

**Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de
Costa Rica**

Número 5, 2013



**Número en Homenaje al Prof. Emérito Dr. Francisco Castillo González con
ocasión de su cumpleaños 70.**

Contenido

Presentación (8-9).

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora.

Director de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales.

I. HISTORIA DEL DERECHO PENAL COSTARRICENSE.

Francisco Castillo González y el Derecho Penal costarricense (11-76).

Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez

Director de posgrados en Derecho de la Universidad de Costa Rica

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

II. APROXIMACIONES FILOSÓFICAS AL DERECHO PENAL.

Capacidad de culpabilidad penal y libertad de decisión. Acerca del debate entre las Neurociencias, la Filosofía de la Mente y el Derecho Penal (78-114).

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

Juez de Apelación de Sentencia.

La racionalidad tecnológica de la justicia penal en Costa Rica y su (Des) Humanización (115-138).

Msc. Christian Fernández Mora

Fiscal de la Unidad de Apelaciones del Ministerio Público de Costa Rica.

Acerca del discurso populista punitivo (139-178).

Prof. Lic. Miguel Zamora Acevedo

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

III. APROXIMACIONES SOCIO-POLÍTICAS AL DERECHO PENAL Y AL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD.

Modelos de control social y prisionalización en Costa Rica (180-198).

Prof. Dr. Ricardo Salas

Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica.

Proposiciones analíticas para el estudio de la violencia en Centroamérica: Una mirada desde la exclusión social (199-226).

Prof. Dr. Rodolfo Calderón Umaña

Profesor de la Escuela de Sociología de la Universidad de Costa Rica.

¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la Amnistía) (227-263).

Prof. Dr. Juan Antonio Lascuráin

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid, España.

IV. REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES.

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 (265-289).

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez.

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

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

Seguridad ciudadana e inseguridad jurídica (290-318).

Prof. Dr. Fernando Velásquez V.

Profesor de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia.

V. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL.

Proporcionalidad y especificidad de género: a propósito de la reforma de la ley de psicotrópicos (320-348).

Prof. Dra Teresa Aguado Correa

Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla, España.

El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las reglas de Brasilia (349-396).

Prof. Dr. Álvaro Burgos Mata

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

VI. ANÁLISIS DOGMÁTICO-PENALES.

Alcance de la Imputación Objetiva en los delitos de omisión impropia (398-435).

Prof. Dra. María José Rodríguez Mesa

Profesora titular de Derecho penal en la Universidad de Cádiz, España.

Bien Jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal (436-509).

Prof. Msc. Carlos Sánchez Escobar

Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas de la República de El Salvador y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer.

Sobre la exigibilidad e inexigibilidad dentro de la teoría del delito (510-547).

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

Jueza de Apelación de Sentencia.

La protección penal del derecho a la imagen en España (548-568).

Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal

Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Valencia, España.

Los delitos de actos racistas o discriminatorios y hostigamiento por motivos de discriminación (569-614).

Prof. Dr. Ricardo Posada Maya

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Los Andes, Colombia.

Constitucionalidad, naturaleza jurídica y límites del comiso en Costa Rica (615-653).

Prof. Msc. Rosaura Chinchilla Calderón

Profesora de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

Jueza de apelación de sentencia.

VII. DERECHO PENITENCIARIO.

Prisiones y hacinamiento crítico en Costa Rica: Intervención necesaria de los tres poderes del Estado (655-680).

Prof. Dr. Roy Murillo Rodríguez

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

Juez de Ejecución Penal.

VIII. BIOÉTICA Y DERECHO PENAL.

Bioética en la donación y trasplante de órganos y tejidos. La polémica del tráfico de órganos para el bioderecho (682-703).

Prof.Dra. Andrea Acosta Gamboa

Directora del Programa de Educación continua y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

IX. MEDICINA FORENSE.

Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales (705-738).

Prof. Dr. Franz Vega Z.

Médico forense del Departamento de Medicina Legal del Poder Judicial de Costa Rica

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

X. DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

El interés personal como regla de participación de las víctimas en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional. Un estudio jurisprudencial (740-767).

Prof. Msc. Cristian Wolffhügel Gutiérrez

Profesor de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia.

Prof. Lic. Juan Pablo Sierra Piñeros

Profesor ad honorem de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia

XI. ENTREVISTA AL PROFESOR DR. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ (769-784) (profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica). A cargo del Prof. Dr. Javier Llobet (profesor de la Maestría en Ciencias Penales y director de posgrados en Derecho de la Universidad de Costa Rica).

PRESENTACIÓN

Revista número 5, en homenaje a Francisco Castillo González, Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Nos corresponde presentar el número 5 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, con el cual se inicia una nueva etapa de esta publicación. Iniciada en el año 2009, el lector se encontrará con una revista ya consolidada, gracias a la destacada gestión que realizó como su director el Profesor Javier Llobet Rodríguez, durante los cuatro números anteriores.

Toca comunicar además, por un lado, que se implementa una nueva imagen para esta publicación periódica, así como también que hemos “migrado” al portal de revistas académicas de la Universidad de Costa Rica, lo cual, indudablemente, permitirá una mayor proyección de la misma a nivel nacional e internacional. Por otra parte -para lo que resulta más importante-, debe indicarse que la Comisión de la Maestría en Ciencias Penales y el Consejo Editorial de la Revista decidieron, por unanimidad, que este número estuviera dedicado al profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Dr. Dr. Francisco Castillo González, como un homenaje, con ocasión de su cumpleaños 70.

Se trata de más de setecientas páginas, sumadas gracias al invaluable apoyo que representan los artículos científicos brindados por miembros de la Judicatura Costarricense, del Ministerio Público, de la Academia costarricense, y por los destacados profesores y profesoras extranjeros que, para esta ocasión especial, hicieron llegar sus aportes desde distintas universidades de España, Colombia y El Salvador; todos ellos con el fin de rendir homenaje a quien así lo merece: al profesor Castillo González, en reconocimiento por su labor intelectual y académica de toda una vida.

Hemos querido que la revista abra con un artículo de Historia del Derecho Penal y que cierre con una entrevista, ambos realizados por el profesor Llobet, para colocar en justa perspectiva la importancia que ha tenido y tiene el pensamiento de Francisco Castillo en la historia de la Dogmática Penal Costarricense. Aparte de lo anterior, para dar contenido a este número, se cuenta con un total de veintidós artículos agrupados bajo distintas “aproximaciones”, enfoques y perspectivas, en relación con temas de la más alta relevancia para las Ciencias Penales.

No sería justo cerrar esta presentación sin agradecer el apoyo brindado por el asistente de la revista, estudiante Gabriel Rojas Barrientos, por el especialista en informática César Mata Bonilla y por el Bachiller Jorge Polanco Cortés, coordinador del Portal de Revistas Académicas de nuestra querida Alma Mater. En la recopilación de los artículos a nivel internacional, resultó también de capital importancia el trabajo incansable realizado por el Profesor Llobet Rodríguez. A todos ellos y a nuestro equipo de colaboradores en la Maestría, nuestro más profundo agradecimiento. Esperamos entonces, que este número, dado su alto nivel, reciba la atención que se merece, dentro y fuera de las fronteras costarricenses.

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora.

**Director de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales
de la Universidad de Costa Rica.**

I. HISTORIA DEL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ Y EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE¹

Javier Llobet Rodríguez

Director de Posgrados en Derecho de la UCR

Catedrático de la UCR

SUMARIO. 1. Homenaje a Francisco Castillo González. 2. Estudios, docencia y actividad profesional. 3. Los aportes de Francisco Castillo González al Derecho Procesal Penal costarricense. 4. Los aportes de Francisco Castillo González al Derecho Penal sustantivo costarricense. 5. El pensamiento de Francisco Castillo González con respecto a la teoría del delito. 6. Publicaciones de Francisco Castillo González. 7. Agradecimiento.

RESUMEN: El presente artículo pretende rendir homenaje al Dr. Francisco Castillo González, profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En el Derecho Penal costarricense puede hablarse de un antes y un después del profesor Francisco Castillo, quien además de ser el principal penalista en Costa Rica también es de los principales en Latinoamérica. En la presente obra se hará un recuento de los aportes más significativos del profesor Castillo tanto al Derecho Procesal Penal como al Derecho Penal sustantivo costarricense, siendo este último el principal objeto de estudio del homenajeado profesor. Al final se hace un listado de las publicaciones del profesor Francisco Castillo que evidencian su vasta obra y enorme contribución al Derecho Penal en Costa Rica.

¹ Versión escrita y ampliada de la exposición oral hecha por el Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez el 17 de septiembre de 2013 en el Homenaje al Prof. Emérito Dr. Dr. Francisco Castillo González con motivo de sus 70 años. Este texto será publicado en el número 5 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, que estará en línea en noviembre de 2013, <http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr>.

PALABRAS CLAVE: Francisco Castillo González, Derecho Penal, Derecho Penal costarricense, Derecho Procesal Penal, Teoría del Delito.

ABSTRACT: This article is a tribute to Dr. Francisco Castillo González, Professor Emeritus of the Faculty of Law of the University of Costa Rica. In the Costa Rican Criminal Law we can speak of a before and after Professor Francisco Castillo, who besides being the principal criminal jurist in Costa Rica is also a major in Latin America. This work will be an account of the most significant contributions of Professor Castillo in Criminal Procedural Law and in Substantive Criminal Law, being this last one his main object of study. At the end we quote a list of publications of Professor Francisco Castillo that demonstrate his vast work and immense contribution to Criminal Law in Costa Rica.

KEYWORDS: Francisco Castillo González, Criminal Law, Costa Rican Criminal Law, Criminal Procedural Law, Theory of Crime.

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 17 de septiembre de 2013.

1. HOMENAJE A FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ

Celebramos los 70 años del querido profesor de la Maestría en Ciencias Penales y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Prof. Dr. Dr. Francisco Castillo González. Ya hace unos seis años se publicó un libro en su homenaje, con la participación de importantes juristas europeos, latinoamericanos y costarricenses². Sin embargo, se hacía necesario un nuevo

² Cf. Llobet Rodríguez, Javier (Compilador). Justicia penal y Estado de Derecho. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007.

reconocimiento con motivo de su cumpleaños número 70³. Como lo he expresado con anterioridad, Francisco Castillo González en Derecho Penal, Alberto Brenes Córdoba en Derecho Civil y Eduardo Ortiz Ortiz en Derecho Administrativo, son de acuerdo con mi criterio los tres más grandes juristas que ha tenido Costa Rica a través de su historia. Se trata de un jurista muy reconocido en Latinoamérica y en ese sentido el gran penalista colombiano Fernando Velásquez Velásquez, quien en sus publicaciones cita con frecuencia las de Francisco Castillo González, se refirió a este como uno de los principales penalistas latinoamericanos, esto en una intervención que hizo en forma pública el 13 de septiembre de 2007, durante una actividad organizada por el Colegio de Jueces y Abogados de Antioquía en Medellín.

2. ESTUDIOS, DOCENCIA Y ACTIVIDAD PROFESIONAL

Francisco Castillo González nació el primero de enero de 1943 en la ciudad de Atenas e ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en 1961, egresándose en 1966. Su tesis de licenciatura la presentó el 2 de junio de 1967, llevando como título “La tipicidad en el Derecho Penal”⁴. A través de la misma se reflejó su vocación hacia el estudio del Derecho Penal.

En la década de los sesenta del siglo XX en la Facultad de Derecho se apreció la necesidad de preparar la misma hacia la renovación de su profesorado, con motivo de lo cual se enviaron profesores a diversos países europeos, como España, Italia, Francia y Alemania, siendo dentro de ese contexto que Francisco Castillo partió a realizar estudios a Europa, primero a

³ Acta de la sesión de la Comisión de la Maestría en Ciencias Penales del 30 de mayo de 2013.

⁴ El Tribunal examinador estuvo integrado por los profesores Carlos José Gutiérrez Gutiérrez, Guillermo Padilla Castro, Daniel Camacho Monge, Ulises Valverde Solano y Marco Aurelio Odio Santos.

Francia y luego a Alemania⁵. Así luego de obtener el título de licenciado en Derecho partió a realizar estudios de doctorado en Derecho Penal, a Burdeos (Francia), en donde obtuvo el título de Doctor en Derecho en 1969, con su tesis “La participación criminal en el Derecho francés y español” (“La participation criminelle en droit francais et espagnol”).

Regresó de Francia a finales de 1969 y se incorporó como profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en 1970, pero poco tiempo después volvió a Europa para la obtención de un segundo doctorado en Derecho, ahora en la Universidad Albert-Ludwig de la ciudad de Friburgo en Brisgovia, con el apoyo del Sistema Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Era lógico el interés de Francisco Castillo de realizar estudios en Alemania, luego de haber finalizado los que había realizado en Francia, debido no solo al gran desarrollo de la dogmática penal alemana, sino además a que en 1970 se llegó a aprobar un nuevo Código Penal en Costa Rica, que en su parte general recibió una fuerte influencia de la dogmática alemana, ello a partir de las discusiones sobre el Código Penal Tipo para Latinoamérica, que se había empezado a discutir en 1963, bajo la organización realizada por Eduardo Novoa Monreal y el Instituto de Ciencias Penales de Chile. En las diversas reuniones en que los profesores latinoamericanos discutieron la parte general del Código Tipo entre 1963 y 1970, tuvo intervención el Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica Guillermo Padilla

⁵ Ha escrito al respecto Enrique Castillo Barrantes: “A fines de los años 60, la Facultad aún contratava todos los profesores por horas, con excepción de uno de medio tiempo, don Jorge Enrique Guier, fundador de la biblioteca, poquísimos tenían título de maestría o doctorado. Ante eso, el decano Lic. Carlos José Gutiérrez y el vicedecano Lic. Eduardo Ortiz Ortiz concibieron un programa de becas al cual la UCR y gobiernos amigos contribuyeron para la formación de profesores en Francia, España, Italia y, en menor medida, Alemania, con el compromiso de la Universidad de darles una plaza y la obligación de los becarios de trabajar a su regreso a tiempo completo un cierto número de años. Fue una revolución: en una década, la Facultad pasó a tener un plantel de unos 40 profesores de tiempo completo y medio tiempo, la mayoría doctores. Eso transformó el Derecho en Costa Rica”. Castillo Barrantes, Enrique. Un buen ejemplo. En: La Prensa Libre, 5 de abril de 2008, <http://www.prensalibre.co.cr/2008/abril/05/opinion09.php>

Castro, quien apoyó que una vez lista la Parte General, Costa Rica fuera el primer país que la asumiera como legislación, lo que llevó a su recepción en el Código Penal costarricense de 1970⁶. Debe resaltarse la influencia que los proyectos alemanes de Código Penal de 1962 y 1966 ejercieron sobre el Código Tipo para Latinoamérica y la gran discusión que se dio con relación al mismo entre autores como Sebastián Soler y Luis Jiménez de Asúa, influenciados por la dogmática alemana⁷.

⁶ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La teoría del delito en la dogmática penal costarricense. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, pp. 48-50.

⁷ Se dijo en la exposición de motivos del Código Penal de 1970: "*Costa Rica puede ufanarse de ser el primer país del Continente, que emite una legislación que acoge las recomendaciones de los más versados penalistas del Continente y que constan ya en la Parte General aprobada del Código Penal Tipo para Latinoamérica*". Padilla Castro, Guillermo. Exposición de motivos del Código Penal. En: Código Penal y leyes conexas. Edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi. San José, Colegio de Abogados, 1972, pp. 54-55. La iniciativa del Código Penal Tipo para Latinoamérica provino del Instituto de Ciencias Penales de Chile bajo la dirección de Eduardo Novoa Monreal, ello en 1962. La primera reunión se efectuó en noviembre de 1963 en Santiago de Chile. Con posterioridad se llevaron a cabo 11 reuniones más en diversos países latinoamericanos y en España. Sobre el Código Penal Tipo para Latinoamérica: Baedeker. Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Costa Rica. En: H.H. Jescheck (Editor). Die Freiheitstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht. Freiburg im Breisgau, 1983, pp. 1122-1228; Baedeker. Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Costa Rica. Pfaffenweiler, 1984, pp. 250-302; Bustos Ramírez, Juan. Control social y sistema penal. Barcelona, 1987, pp. 539-558; Bustos Ramírez, Juan. Principios fundamentales de un derecho penal democrático. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 8, 1994, p. 10; Bustos Ramírez, Juan/Valenzuela Bejas, Manuel. Derecho Penal latinoamericano comparado. Buenos Aires, Depalma, Tomo III, 1983, Tomo I, 1981, pp. 1-15; Cornejo Rosales. Fundamentos del Código Penal Tipo para Latinoamérica. En: Boletín del Instituto de Derecho Comparado (Ecuador), No. 17, 1967-1968, pp. 19-34; Fix Zamudio. Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina. En: Unión de Universidades de América Latina (Editor). VII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho de América Latina. Quito, 1979, pp. 544-546; Grisolia (Editor). Código Penal Tipo para Latinoamérica. Santiago de Chile, 2 Tomos, 1973; Jescheck. Strafen und Massregeln des Mustergesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Recht. En: H. Lüttger y otros (Editor). Festschrift für Ernst Heintz, 1972, pp. 717-735; Novoa Monreal, Eduardo. Franz von Liszt und der Entwurf eines lateinamerikanischen Strafgesetzbuchs. En: Franz von Liszt zum Gedächtnis. Berlín, 1969, pp. 208-219; Novoa Monreal, Eduardo. Panorama sobre el Derecho Penal. En: Unión de Universidades de América Latina (Editor). VII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho de América Latina. Quito, 1979, pp. 88-94; Rivacoba y Rivacoba. Pensamiento Penal y Criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica. En: Estudios Jurídicos sobre la Reforma Penal. Madrid, 1987, pp. 215-225.

Ya en 1971 Francisco Castillo había publicado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica una obra de cuatro tomos mimeografiada, como era común en la época, de Derecho Penal Parte General, que se utilizó como libro de texto en dicha Facultad hasta 1977⁸. El texto fue escrito luego del regreso de Francisco Castillo de sus estudios en Francia y antes de partir a Alemania, pero revelaba un gran dominio de la dogmática alemana.

Durante su estancia en Alemania estuvo como científico invitado en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo en Brisgovia, uno de los institutos de Derecho Penal Comparado más prestigiosos del mundo. La relación con este Instituto nunca lo ha perdido, de modo que con frecuencia realiza estancias de investigación en el mismo, ello para recopilar información actualizada sobre las diversas temáticas que ha estado investigando.

Obtuvo en 1977 en la República Federal de Alemania el título de Doctor en Derecho, luego de la presentación de la tesis “El tratamiento procesal del delito continuado. Una exposición comparada del Derecho alemán, costarricense e italiano” (Die prozessuale Behandlung der fortgesetzten Tat. Eine vergleichende Darstellung des deutschen, des costaricanischen und des italienischen Rechts)⁹. El director de su tesis doctoral fue el profesor Hans-Heinrich Jescheck, uno de los profesores más respetados de la República

⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. San Pedro de Montes de Oca. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1971, 4 tomos (edición mimeografiada). En 1977 Francisco Castillo González prohibió que se siguiera utilizando este texto, para lo cual adujo que luego de su regreso de Alemania no era acorde ya con su pensamiento.

⁹ Castillo González, Francisco. Die prozessuale Behandlung der fortgesetzten Tat. Eine vergleichende Darstellung des deutschen, des costaricanischen und des italienischen Rechts. Friburgo en Brisgovia, Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br., 1977, 213 p.

Federal de Alemania¹⁰. El aprecio que sentía dicho profesor por Francisco Castillo me lo expresó personalmente las veces que lo visité entre 1990 y 1995. Ello mismo me lo indicó en una nota escrita que me envió el 9 de febrero de 2006, pocos años antes de morir, en la que se refirió a Francisco Castillo como su querido discípulo y recordó además el tiempo placentero que pasó en Costa Rica durante la visita que hizo en septiembre de 1980¹¹.

Francisco Castillo González ha tenido un ligamen continuo con la Universidad de Costa Rica desde su regreso de Francia. Así fue profesor de la Facultad de Derecho desde 1970 hasta 1997, año en que obtuvo su jubilación, habiendo recibido años antes el grado de Catedrático. A pesar de su jubilación no se ha desligado de ninguna manera de la Universidad de Costa Rica. Debe resaltarse que ha impartido lecciones en el Posgrado en Ciencias Penales desde su fundación en 1983, tanto en el período en que fue una especialidad, como a partir de que se convirtió en Maestría en 1996. Como Profesor del Posgrado en Ciencias Penales fue profesor de la mayoría de los profesores actuales del mismo.

Fue Vice-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica entre los años 1978-1979, un período importante y bastante convulso de la Facultad, debido a las luchas internas que se dieron, en las que no participó él.

El 10 de febrero de 1983 se le designó coordinador de la Especialidad en Ciencias Penales, siendo con ello quien inició como tal con el grupo de estudiantes de la primera promoción. Su nombramiento fue ratificado por dos

¹⁰ Sobre Hans-Heinrich Jescheck: Sieber, Ulrich. Nachruf. Hans-Heinrich Jescheck zum Gedächtnis. En: ZStW 121 (2009) Heft 4, pp. 813-828.

¹¹ Impartió una conferencia el 4 de septiembre de 1980 en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UCR, ante unos 25 estudiantes, como consecuencia de la iniciativa del Prof. Dr. Francisco Castillo González. Cf. Jescheck, Hans-Heinrich. Cinco años de experiencia con el nuevo Derecho Penal alemán. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 41, 1980, pp. 11-28.

años más el 20 de noviembre de 1985¹². Continuó desempeñándose como coordinador de la Especialidad en Ciencias Penales hasta aproximadamente 1990¹³.

Debe recordarse que los Posgrados en Derecho, que este año cumplen 30 años desde su creación, empezaron con su primera promoción en marzo de 1983 bajo la Dirección general de Enrique Castillo Barrantes, iniciándose con 3 especialidades: Ciencias Penales, Derecho Internacional Privado y Derecho Agrario¹⁴. La primera de estas especialidades, como se indicó, estuvo en sus primeros años de funcionamiento, que llevaron a su consolidación, bajo la coordinación de Francisco Castillo González.

El 15 de marzo de 1994 fue designado Director de Posgrados en Derecho, estando en el cargo hasta el 24 de noviembre de 1995. Sin embargo, aun antes de su nombramiento en marzo de 1994, en diversas ocasiones intervino como Director de Posgrados a partir de 1991¹⁵.

Se desempeñó como Juez Superior Penal suplente y como Magistrado Suplente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, habiendo sido designado en este último puesto el 19 de julio de 1986¹⁶, ejerciendo dicho cargo

¹² Estos datos de acuerdo con la información que se encuentra en los archivos del Posgrado en Derecho.

¹³ En este sentido se encuentran diversos oficios firmados por él como Coordinador hasta 1990, de acuerdo al estudio realizado en los archivos del Posgrado en Derecho.

¹⁴ Un documento importante con respecto a la historia de los posgrados en Derecho en general y la especialidad en Ciencias Penales es: Rowles, James P./García Barzelatto, Ana María Evaluation of the Graduate Legal Studies Program at the University of Costa Rica. Presented at AID Costa Rica, Sumitted by Checchi and Consulting, Inc., julio 1991, http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABM475.pdf.

¹⁵ En este sentido se encuentran diversos oficios entre 1991 y 1995, de acuerdo al estudio realizado en los archivos del Posgrado en Derecho.

¹⁶ Cf. Sáenz Carbonell, Jorge Francisco/Masis Pinto, Mauricio. Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José, Poder Judicial, 2006, p. 308.

hasta 1990. Como magistrado suplente debe destacarse el voto 176-F- del 10 de julio de 1987, redactado por él, que estableció las bases sobre la legítima defensa¹⁷.

En forma paralela a la docencia e investigación, Francisco Castillo González ha sido un exitoso abogado litigante. En una práctica jurídica en que usualmente los abogados defensores tratan de ganar los asuntos fundamentalmente con base en consideraciones probatorias, Francisco Castillo González se ha caracterizado por el agudo análisis jurídico de sus casos. Todo ello lo ha convertido en uno de los principales abogados litigantes de Costa Rica y en defensor de muchas de las causas de gran trascendencia pública.

Ha recibido diversas distinciones en reconocimiento de su trayectoria. En 1979 se le concedió el premio Brenes Córdoba por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, por el libro “El recurso de revisión en materia penal penal”¹⁸, esto al considerársele la mejor obra jurídica del año. Se trata de un libro que continúa siendo aún hoy día, de acuerdo con mi criterio, la principal obra que sobre la temática se ha escrito en castellano. En 2006 el Colegio de Abogados y Abogadas lo premió designándolo abogado insigne, lo anterior en reconocimiento a su amplia trayectoria como académico y su aporte al Derecho Penal¹⁹. En 2007, como se dijo antes, se publicó un libro en Homenaje a él, con la participación de juristas latinoamericanos y europeos²⁰. El 7 de noviembre de

¹⁷ Este voto es citado en las sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 234-F-95 del 28 de abril de 1995; 741-F-96 del 28 de noviembre de 1996; 1137-98 del 20 de noviembre de 1998; 2004-439 del 7 de mayo de 2004 y 2012-1739 del 4 de diciembre de 2012.

¹⁸ Castillo González, Francisco. El recurso de revisión en materia penal. San José, Colegio de Abogados, 1980.

¹⁹ Acuerdo tomado en Acta No. 14-06 de la Junta Directiva del Colegio de Abogadas y Abogadas de Costa Rica, sesión celebrada el 19 de abril de 2006.

²⁰ Véase la nota No. 2. La presentación del libro se llevó a cabo el 31 de julio de 2007 en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, con la presencia del Prof. Dr. José Hurtado Pozo, profesor de la Universidad de Friburgo en Suiza.

2007 la Asamblea de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica lo designó como Profesor Emérito²¹, esto como reconocimiento a su labor como profesor e investigador. Del 15 al 18 de marzo de 2011 la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica organizó unas Jornadas Internacionales de Derecho Penal en honor a Francisco Castillo González, en las que juristas de varios países discutieron sobre su pensamiento penal, a partir de la obra “Derecho Penal. Parte General”²².

Deben resaltarse, como se indica a continuación, los grandes aportes de Francisco Castillo al Derecho Procesal Penal y Penal costarricense luego de realizar estudios en Francia y Alemania, ello a través de numerosos libros y artículos, lo mismo que a partir de sus enseñanzas en las aulas universitarias y en conferencias impartidas.

3. LOS APORTES DE FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ AL DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE

En 1973 se aprobó el Código de Procedimientos Penales, que entró en vigencia en 1975. En dicho Código se reguló con base en el Modelo de la Provincia de Córdoba (Argentina), el juicio oral y público, conforme a lo que se ha denominado en Latinoamérica el sistema procesal penal mixto. Entre las fuentes que ejercieron influencia sobre el Código de Córdoba estaban principalmente los Códigos italianos de 1930 y 1917, pero también ejerció

<http://www.ucr.ac.cr/noticias/2007/7/31/reconocen-trayectoria-de-pionero-en-derecho-penal.html>.

²¹ Asamblea de Facultad de Derecho, sesión No. 6-2007 del 7 de noviembre de 2007, artículo III.

²² Véase: Congreso Internacional en homenaje a Francisco Castillo González, en: http://terragnijurista.com.ar/infogral/homenaje_gonzalez.htm.

influencia la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877²³. El Código Procesal Penal de 1973 implicó una gran revolución jurídica en Costa Rica, ya que supuso la superación del sistema predominante inquisitivo del Código de Procedimientos Penales de 1910. Por ello no puede de ninguna manera sorprender que algunos de los temas a los que se dedicó Francisco Castillo a investigar en Alemania estuvieran relacionados con la nueva legislación, siendo de gran importancia especialmente las investigaciones que hizo sobre el principio de inmediación²⁴ y el principio de publicidad²⁵. Estas publicaciones contribuyeron a traer claridad en lo atinente a los principios que rigen el juicio oral y público. Se anticipó a través de estos artículos mucho tiempo a las discusiones que se han tenido en Latinoamérica y España con respecto a la transmisión televisiva de los juicios orales²⁶. Igualmente planteó una serie de problemas, de los que usualmente se ha ocupado poco la doctrina latinoamericana y española, aunque son preocupación de la alemana, como por ejemplo el quebranto al principio de inmediación que se da con el juez dormido y el juez borracho, lo mismo que las discusiones que pueden darse sobre si sería admisible que el juez fuera ciego o sordo²⁷.

En definitiva Francisco Castillo no solamente se ha ocupado del Derecho Penal sustantivo, sino también del Derecho Procesal Penal, conforme a la tradición alemana, que lleva, a diferencia de lo que ocurre en España, que los profesores que enseñan e investigan con respecto al Derecho Procesal Penal sean los que se ocupan también del Derecho Penal sustantivo. Esta relación

²³ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José, Escuela Judicial, 1993, nota al pie No. 16, p. 18.

²⁴ Cf. Castillo González, Francisco. El principio de inmediación en el proceso penal costarricense. En: Revista Judicial, No. 29, 1984, pp. 17-28.

²⁵ Cf. Castillo González, Francisco. La publicidad en el proceso penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica), No. 32, 1977, pp. 11-34.

²⁶ Castillo González. La publicidad..., pp. 27-29.

²⁷ Cf. Castillo González. El principio de inmediación, p. 19

entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal Penal se reflejó en su tesis doctoral, mencionada arriba, en la que aunque trataba un tema de Derecho Penal sustantivo como lo es el delito continuado, lo relacionaba con su tratamiento por el Derecho Procesal Penal. Ello mismo se encuentra en sus diversas investigaciones de Derecho Penal sustantivo, en las que son frecuentes los análisis de carácter procesal penal, lo que se aprecia en sus 3 tomos del texto “Derecho Penal Parte General”. Debe destacarse además la importancia de su artículo “Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y Derechos Humanos”, publicado en 1980²⁸, en donde apenas un año después de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue el primero en advertir sobre la incompatibilidad del Código de Procedimientos Penales de 1973 con la misma, en lo atinente a la garantía del derecho a recurrir. Se trata de un artículo que se anticipó a la problemática que en definitiva terminaría con la condenatoria en contra de Costa Rica ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Mauricio Herrera, sentencia de 2 de julio de 2004²⁹. Sobre el derecho a recurrir deben resaltarse también los aportes que ha hecho Francisco Castillo con relación a la determinación del interés para impugnar³⁰, la renuncia y el desistimiento del medio impugnativo³¹ y la no reforma en perjuicio³², temáticas sobre las que se encuentra un desarrollo doctrinal bastante reducido en lengua castellana.

²⁸ Castillo González, F.: El derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y Derechos Humanos. En: Revista de Ciencias Penales (Costa Rica), No. 41, 1980, pp. 29-54. En lo que respecta a este artículo véase la cita que hace Julio Maier del mismo: Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, pp. 718-719.

²⁹ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. El derecho del imputado a recurrir la sentencia. En: Nueva Doctrina Penal (Argentina), 2007, pp. 47-72.

³⁰ Castillo González, F.: El interés para impugnar en el proceso penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas. San José, No. 49, 1984, pp. 39-57.

³¹ Castillo González, Francisco. Renuncia y desistimiento del medio impugnativo en el proceso penal. En: Revista Judicial, No. 18, 1980, pp. 59-66.

³² Castillo González, Francisco. La prohibición de la “Reformatio in Peius” en el Código Procesal Penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 26, 1975, pp. 183-210.

4. LOS APORTES DE FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO COSTARRICENSE

Francisco Castillo González con su regreso de Alemania, a partir de sus enseñanzas como Profesor de Derecho Penal Parte General en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de sus múltiples libros y artículos, revolucionó el Derecho Penal costarricense, ya que nos introdujo dentro de la dogmática penal alemana, que como se dijo arriba, había sido asumida por la parte general del Código Penal de 1970.

La mayor cantidad de publicaciones de Francisco Castillo González han sido con relación al Derecho Penal sustantivo. Destaca la gran cantidad de monografías en Derecho Penal Parte Especial, tanto en relación con el Derecho Penal Común, como el Derecho Penal Especial. En los últimos años ha incursionado en el Derecho Penal Económico, a través de diversas monografías, por ejemplo sobre los delitos de legitimación de capitales³³ y de tráfico de influencias³⁴.

Cuando se habla de la discusión sobre el Derecho Penal, se parte del desarrollo de la dogmática alemana desde finales del siglo XIX, siendo la labor de Francisco Castillo pionera en ponernos al tanto del estado de la discusión. Equivocadamente algunos en Costa Rica han hablado de una escuela alemana, encabezada por Francisco Castillo González, contraponiéndola con lo que han llamado la escuela española, conformada por los que han estudiado en España, cuando en realidad la dogmática penal que se estudia en este otro país, lo mismo que en los diversos países de Latinoamérica, en los países europeos con un sistema continental-europeo, en Japón y Corea del Sur, no es sino la dogmática

³³ Castillo González, F. El delito de legitimación de capitales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2012.

³⁴ Castillo González, Francisco. El delito de uso de información privilegiada. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

alemana. Precisamente Francisco Castillo González resalta como una razón fundamental por la cual debe estudiarse la dogmática penal alemana, que la misma ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en sus resoluciones³⁵. Para que ello haya ocurrido debe reconocerse la influencia que ha ejercido Francisco Castillo González, cuyas enseñanzas y publicaciones son tenidas en cuenta por la totalidad de las personas estudiosas del Derecho Penal en Costa Rica, con independencia de si han salido a realizar estudios al extranjero o no y de la Universidad en la que estudien o se hayan graduado. Basta estudiar la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para encontrar la gran cantidad de sentencias que tienen como base lo indicado por Francisco Castillo González³⁶.

Durante mucho tiempo se estuvo esperando que Francisco Castillo escribiera un Manual o un Tratado de Derecho Penal Parte General, ya que en general se había dedicado a publicar monografías sobre diversas temáticas del Derecho Penal sustantivo, tanto de la Parte General como de la Parte Especial. La ausencia de dicha publicación fue una de las razones por las que en 2002 hice referencia al atraso de la dogmática penal costarricense, por la ausencia de obras que trataran de manera sistemática toda la Parte General³⁷. En 2008, sin embargo, Francisco Castillo publicó el primer tomo de su libro “Derecho Penal Parte General”, cuyo segundo y tercer tomo, que completaron la Parte General, fueron publicados en 2010. Al redactar el libro de «Derecho Penal. Parte General» en tres tomos³⁸ superó en mucho todas las expectativas que habíamos

³⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 19.

³⁶ Pueden citarse algunos de los votos más recientes: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 2012-1157 del 17 de agosto de 2012; 2012-1172 del 17 de agosto de 2012; 2012-1204 del 17 de agosto de 2012; 2012-1586 del 18 de octubre de 2012; 2012-1917 del 7 de diciembre de 2012.

³⁷ Llobet Rodríguez, Javier. La teoría del delito en la dogmática penal costarricense, pp. 50-52.

³⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. San José, Editorial Jurídica Continental, T. I (2008), T. II (2010), T. III (2010).

tenido, siendo una obra que podríamos considerar como enciclopédica, no solamente por la gran cantidad de información que contiene, sino también por la extensa y actualizada bibliografía utilizada, que nos informa sobre la evolución histórica y el estado de la cuestión en cada uno de los temas tratados. Una de las características de sus libros que se refleja muy bien en su obra «Derecho Penal. Parte General», es la constante ejemplificación de partir de casos, que desempeñaban un papel didáctico de extremo valor. La relación entre teoría y práctica, a través del análisis de casos, es una característica de la enseñanza alemana del Derecho Penal, bajo la influencia anglosajona.

5. EL PENSAMIENTO DE FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ CON RESPECTO A LA TEORÍA DEL DELITO

La influencia de Jescheck sobre el pensamiento de Francisco Castillo González es reconocida por éste, el que ha señalado que “*En los puntos básicos de mi exposición he tratado de guardar fidelidad al pensamiento de mi maestro, Hans Heinrich Jescheck*”³⁹. Ha reconocido también la influencia ejercida sobre su pensamiento por otros penalistas alemanes, entre ellos Claus Roxin. En este sentido ha dicho: “*En algunos puntos he seguido las doctrinas de Roxin y de otros autores alemanes de pensamiento similar al de Jescheck y Roxin*”⁴⁰. Ha enfatizado que a pesar de haber realizado estudios de posgrado no solamente en Alemania, sino también en Francia, la base de su libro de “Derecho Penal. Parte General” son “*las elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, principalmente porque ellas han examinado en detalle los problemas y aportan soluciones que pueden ser aplicadas en nuestro Derecho Penal y pueden posibilitar su desarrollo*”⁴¹.

³⁹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 19.

⁴⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 19.

⁴¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 19.

Ha hecho mención Francisco Castillo González a la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. Así ha dicho: “*El derecho penal sustantivo puede ser definido en sentido objetivo como el conjunto de normas promulgadas conforme a la Constitución, que prevén la incriminación de comportamientos calificados como delictuosos y las sanciones (penas y medidas de seguridad) previstas como las consecuencias jurídicas más importantes para esos comportamientos*”⁴². Ha indicado además: “*La base para que el Estado pueda reprimir a un sujeto son las normas legales, las cuales, a su vez se fundamentan en el Derecho constitucional. Este involucra la existencia de derechos fundamentales del individuo establecidos en la misma Constitución y por los Tratados y Convenciones Internacionales aprobados y vigentes dentro del ordenamiento jurídico*”⁴³. Al hacer mención al principio constitucional de legalidad ha señalado: “*El principio de legalidad no es la ‘charta magna del reo’, como decía von Liszt, sino la ‘carta magna’ de la confianza del ciudadano en el derecho*”⁴⁴. Se trata de una afirmación que tiene una gran importancia con respecto al sistema de garantías ante la justicia penal en general, ya que en ocasiones se piensa en forma equivocada que se trata de garantías para los delincuentes, motivo por el que son menospreciadas y combatidas, cuando en realidad se trata de garantías que rigen para todas las personas que habitamos en el territorio de la República y que nos protegen a todos frente a la eventual arbitrariedad estatal⁴⁵.

Aspecto fundamental de la concepción del Derecho Penal de Francisco Castillo González, es su posición ideológica sobre el ser humano como el centro

⁴² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p 21.

⁴³ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p 21.

⁴⁴ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 95.

⁴⁵ Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier. La actualidad del pensamiento de Beccaria (A propósito del homenaje a Nodier Agudelo Betancur). En: Velásquez Velásquez, Fernando y otros (Coordinadores). Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur. Bogotá, Ibáñez y otros, 2013, p. 267.

del Estado y del Derecho, de modo que estos tienen un carácter meramente instrumental. En este sentido ha indicado: *“La doctrina del concepto trascendente al sistema solamente tiene el valor de una máxima general, la cual tiene apoyo constitucional al establecer la Constitución al ser humano como centro”*⁴⁶. Esto es lo que se ha llamado la concepción antropocéntrica o heteropoyética del Estado y el Derecho, única compatible con el principio de dignidad de la persona humana, que se contrapone a las concepciones organistas o autopoyéticas, en las que se han apoyado los regímenes autoritarios, por ejemplo el fascismo y el nacionalsocialismo.

En relación con ello resaltarse el desarrollo crítico que ha hecho del Derecho Penal durante el nacionalsocialismo y los caracteres del mismo, por ejemplo, su rechazo de los derechos fundamentales y la concepción de que en vez de derechos se tienen obligaciones frente a la comunidad del pueblo⁴⁷. Igualmente ha destacado las referencias durante el régimen nazi al Programa del Partido Nacionalsocialista, al sano sentimiento del pueblo y al principio de Führer (líder), como aspectos prioritarios en la interpretación del Derecho⁴⁸, que constituye lo que se ha conocido como el escape a las clausuras generales⁴⁹. Hace referencia a las características del “Derecho” Nacionalsocialista, como derecho voluntarista y racista⁵⁰. Igualmente hace mención a la actuación meramente arbitraria que se daba a través de la detención preventiva por parte de la policía y sin ningún control judicial⁵¹. Este desarrollo que hace Francisco

⁴⁶ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 30.

⁴⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 90.

⁴⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 90-91.

⁴⁹ Cf. Rüthers. Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Heidelberg, 1991; Rüthers. Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, Múnich, 1989.

⁵⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 91-92.

⁵¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, 91.

Castillo al tratar el quebranto al principio de legalidad durante el nacionalsocialismo es importante, ya que con frecuencia los libros de Derecho Penal se limitan a hacer referencia a la admisión de la analogía en materia penal, que se dio a través de la reforma al Código Penal en 1935⁵², pero desatienden que ello se da en el contexto de una concepción que rechazaba el principio de seguridad jurídica, los derechos fundamentales, el principio de igualdad y que acudía a clausuras generales de carácter arbitrario e ideológico para dejar sin efecto el Derecho vigente o para la interpretación del mismo conforme a sus intereses políticos y discriminatorios, unido a que al régimen no le interesaba en absoluto el estar sometido a normas y le daba un carácter prioritario a las reacciones de hecho de carácter meramente policial y arbitrario⁵³, que llevaron en definitivo al vil asesinato planificado de millones de personas de la manera más cruel.

Francisco Castillo crítica la concepción autopoyética de carácter sociológico de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, que ha ejercido una influencia en Juan Marcos Rivero en Costa Rica, para lo cual Francisco Castillo polemiza con éste⁵⁴. Con respecto a la teoría de los sistemas ha dicho: *“En la concepción sistemática de Luhmann, el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho para convertirse en un subsistema psicofísico, que el derecho utiliza en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Con ello se aparta Luhmann de la tradición humanista, que parte de una definición antropológica de sentido del mundo y de*

⁵² Par. 2 de la Ley del 28 de junio de 1935 (RGI 1935, I, 839).

⁵³ Sobre el Derecho durante el nacionalsocialismo véase: Llobet Rodríguez, Javier. “Justicia penal” en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo). San José, Editorial Jurídica Continental, 2004; Müller, Ingo. Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz. Múnich, Knauer, 1989; Müller, Ingo. Los juristas del horror (Traducción de Carlos Armando Figueredo). Caracas, Editorial Actum, 2007.

⁵⁴ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 286 y 289; Castillo González, Francisco. Las teorías de la acción en materia penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 116.

*la sociedad. En esta tradición todo, incluida la sociedad, tiende a la unidad y perfección del ser humano. Parte de esta tradición antropocéntrica es el Derecho Penal, que ha construido sus conceptos durante siglos teniendo como centro al ser humano y partiendo de una tradición humanista, que define el mundo y la sociedad a partir del hombre, sea el delincuente o sea la víctima*⁵⁵. Debe tenerse en cuenta que la teoría de los sistemas de Luhmann, según lo reconoce Günther Jakobs, ha ejercido una influencia fundamental en su concepción del funcionalismo penal, fuertemente criticada por Francisco Castillo González⁵⁶, a lo que se hará mención luego.

La concepción antropocéntrica del Estado y el Derecho ha llevado a Francisco Castillo González a sostener en forma coherente un concepto personal del bien jurídico. La necesidad de que el Derecho Penal solo sirva para la protección de los bienes jurídicos fundamentales, ocupa un lugar primordial en su obra, prueba de lo cual es que se trata de la temática con la que inicia su Tratado de Derecho Penal, al analizar la legitimación del Derecho Penal⁵⁷. Ello es de suma importancia, ya que se parte de que el Derecho Penal debe servir a hacer posible la vida en comunidad, tratando de evitar que se produzcan los daños más graves a esa vida y que no puedan ser evitados por medios menos gravosos que el Derecho Penal. Se trata de una concepción que está ligada a las concepciones relativas de la pena, tanto de prevención general como especial, que se opone a una concepción metafísica de la pena como un fin en sí mismo. Con respecto a ello Francisco Castillo González ha rechazado la concepción de la pena como retribución, para lo cual critica la posición sostenida por Hegel y por Immanuel Kant. Al respecto ha señalado *“La teoría de la justicia absoluta, que quiere realizar la justicia a través de la igualdad real entre delito y pena (Kant) y la teoría de una igualdad entre delito y pena (Hegel) se proponen*

⁵⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 290.

⁵⁶ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 291-297.

⁵⁷ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 21-79.

establecer la moralidad absoluta en la tierra, la cual es fundamento de la culpabilidad. En primer lugar, esto es irrealizable, dada la cantidad de delitos que no son conocidos por autoridades (cifra negra). En segundo lugar, la pena no se aplica solamente en los casos en los que la justicia lo manda, sino cuando los intereses de protección social lo requieran. La retribución carente de finalidad, con la que no puede aspirarse a ningún bien ni para el autor ni para la sociedad, resulta lesiva a la dignidad humana desde el punto de vista moral y en un sentido Constitucional. En un Estado de Derecho, como el de hoy, es indiscutible que el hombre no puede ser utilizado para un fin exterior así mismo. Por ello, el autor es el centro de los esfuerzos de la resocialización. Por consiguiente, la teoría absoluta, que se puede expresar con la frase 'Ningún delito sin pena' o 'Ningún delincuente sin expiación', no tiene validez'⁵⁸. Ha indicado que no es correcto afirmar que la rehabilitación es el único fin de la pena. Ha dicho que dicho fin tiene importancia especialmente en la ejecución de la pena⁵⁹, pero en la fijación de la misma no opera de manera exclusiva⁶⁰, ya que pueden tomarse en cuenta las necesidades de prevención especial o general a partir del mínimo de la pena contemplado para el delito⁶¹. Se suma a ello que aunque ha rechazado la concepción absoluta de la pena, ha indicado que la pena adquiere un carácter retributivo cuando las consideraciones preventivas tienen como límite la regulación de una pena mínima para el delito, que impide que pueda con base en criterios preventivos imponerse una pena menor al mínimo⁶². Por otro lado, en un aspecto en el que me he separado de su pensamiento, aunque ha criticado la concepción de Edmund Mezger de la culpabilidad por la conducción por la

⁵⁸ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 455.

⁵⁹ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 457.

⁶⁰ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 457,

⁶¹ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 458.

⁶² Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 455-456.

vida⁶³, señalando que la misma se acerca a un derecho penal de autor⁶⁴, ha dicho que ello no quiere decir que no hayan que considerarse los antecedentes del reo, a pesar de que no hayan influido en la comisión del hecho delictivo⁶⁵. Ha llegado a admitir que puede tenerse en cuenta la reincidencia general como un criterio para la fijación de la pena, aunque no como un factor exclusivo, esto dentro de los factores a tomar en cuenta en la determinación de la pena entre el mínimo y el máximo⁶⁶. Se trata de una posición que, como lo ha indicado Francisco Castillo González, ha encontrado acogida en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia⁶⁷.

Ha criticado a Eugenio Raúl Zaffaroni, en cuanto este hace mención a la consideración de la vulnerabilidad del sujeto como criterio que puede dar lugar a una penalidad menor⁶⁸. Ha estimado que ello favorece a aquellos que delinquen al por mayor y conduce a una infracción del principio de igualdad entre estos y los que cometieron un solo delito en la vida⁶⁹. En este punto debo reconocer que

⁶³ Cf. Mezger. Der Straftat als Ganzes. En: ZStW, 1938, p. 675 y ss.

⁶⁴ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 430.

⁶⁵ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 430.

⁶⁶ Cf. Castillo González. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 430.

⁶⁷ Cf. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 2012-212 del 17 de febrero de 2012; 2012-1836 del 5 de diciembre de 2012. Se ha dicho que la reincidencia es un factor a considerar junto con otros aspectos, pero no es permitido que sea lo único que sirva para fundamentar la pena. Cf. Sala Tercera, voto 2012-136 del 27 de enero de 2012. Esta es la posición asumida por Francisco Castillo González.

⁶⁸ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar 1996, pp. 520-521; Zaffaroni, Eugenio Raúl. En torno a la cuestión criminal. Montevideo/Buenos Aires, Editorial BdeF, 2005, pp. 241-242; Zaffaroni/Alagia/Skolar. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 509-510.

⁶⁹ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 459-460.

me he separado de mi querido maestro⁷⁰, pero comparto el criterio de él de que con base en la vulnerabilidad no podría llegarse a imponer una pena inferior al mínimo legal⁷¹. Ello por supuesto, de acuerdo con mi criterio, plantea el gran problema de las penas previstas en la legislación costarricense y de los mínimos legales demasiado altos para muchos delitos, que llevan a un quebranto del principio de proporcionalidad. La Sala Constitucional, sin embargo, se ha negado a declarar esa inconstitucionalidad, aduciendo que forma parte del ámbito discrecional con el que cuenta el legislador⁷².

Francisco Castillo González ha hecho también un análisis de las concepciones que sobre el Derecho Penal han sido sostenidas Eugenio Raúl Zaffaroni, lo que no podía faltar debido a la gran influencia que ha tenido el mismo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en la que se han utilizado desde hace muchos años sus libros como texto⁷³. Por mi parte debo reconocer la importancia que tiene el pensamiento de Eugenio Raúl Zaffaroni en cuanto a su transmisión de una visión garantista y humanista sobre el sistema penal, que estimo indispensable en la enseñanza del Derecho Penal, lo mismo que la crítica que ha hecho de la Criminología Mediática⁷⁴, que no es sino una

⁷⁰ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Principios de la fijación de la sanción penal juvenil. En: Tiffer/Llobet/Dünkel. ILANUD/DAAD, 2002, pp. 429-432.

⁷¹ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 460. Sobre la vulnerabilidad como un aspecto a considerar en la imposición de la sanción: Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, voto 591-F-97 del 24 de julio de 1997.

⁷² Cf. Sala Constitucional, votos 2011-11697 y 2013-8941 del 3 de julio de 2013. Cf. Aguado Correa, Teresa. El principio constitucional de proporcionalidad. San José, Editorial Jurídica Continental, 2012, pp. 466-468.

⁷³ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, 2005; Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar. Derecho Penal. Parte General, Ediar, 2002.

⁷⁴ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos. Buenos Aires, Ediar, 2011; Zaffaroni, Eugenio Raúl. En torno a la cuestión penal. Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de f., 2012.

de las facetas del populismo punitivo, tan en boga en Costa Rica⁷⁵. Desde esa perspectiva considero importantes también las enseñanzas de Zaffaroni relacionadas con el interaccionismo y la teoría del etiquetamiento, ello a pesar de las críticas realizadas por Francisco Castillo González al respecto⁷⁶. Sin embargo, en lo relativo a la dogmática penal y la teoría del delito estimo que no pueden desconocerse los grandes cambios que han ocurrido en el pensamiento de Zaffaroni a partir de la asunción por el mismo de posiciones de la criminología crítica⁷⁷ y desde que ha afirmado como un ideal futuro la abolición del Derecho Penal, negándole legitimación al Derecho Penal, salvo en cuanto contención del Estado de Policía, lo que es criticado por Francisco Castillo González⁷⁸. La utilización de conceptos de la Criminología Crítica dentro de la misma concepción dogmática del Derecho Penal, hace difícil que pueda enseñarse Derecho Penal a partir de ello, como lo he experimentado cuando he impartido el curso de Derecho Penal Parte General, con base en el Manual de Zaffaroni, como libro de texto. Ello se refleja en las publicaciones de Zaffaroni sobre la Parte General del Derecho Penal, el que al igual que autores como Jakobs, pero desde una concepción opuesta a éste, utiliza un metalenguaje muy difícil de entender para los estudiantes. Relacionado con todo ello, ha indicado Francisco Castillo González: *“Zaffaroni trata de crear un Derecho Penal cuyo contenido se reduce a cumplir una función reductora del mismo derecho penal y convierte a la dogmática penal en una ‘antidogmática’, pues no es posible construir un sistema penal combinando datos provenientes de la criminología, la ciencia empírica y datos provenientes del Derecho penal, ciencia normativa”*⁷⁹. Ha señalado

⁷⁵ Cf. Elbert, Carlos. Populismo penal en Costa Rica. En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, No 2, 2010; Llobet Rodríguez, Javier. Punitiveness in Costa Rica. En: Kury, Helmut (Compilador). Insecurity and Punitiveness. Volumen II de la serie Crime and Crime Policy, Bochum 2011.

⁷⁶ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 45 y 48.

⁷⁷ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Bogotá, Temis, 1993.

⁷⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 41-49.

⁷⁹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 48-49.

además: “quizás la consecuencia que habría que sacarse, si partiéramos de la visión del Derecho penal de Zaffaroni, sería que tendríamos que predicar la abolición del Derecho penal como lo han hecho otros, por ejemplo Plack. Pero es muy difícil compaginar una concepto unitario, como lo pretende Zaffaroni, datos provenientes de la criminología, ciencia empírica y valoraciones de una ciencia normativa como es el Derecho penal”⁸⁰. De acuerdo con mi criterio y conforme a lo indicado arriba, es en el ámbito de la Criminología y de la Política Criminal donde debe reconocerse la importancia de Eugenio Raúl Zaffaroni, pero la misma decrece en lo atinente a sus aportes actuales a la dogmática penal y la teoría del delito. En lo atinente a ello, a pesar de lo crítico que es Francisco Castillo González con respecto a las posiciones de Eugenio Raúl Zaffaroni, ligándolas al anarquismo romántico de la revolución estudiantil de mayo de 1968, y en cuanto se basan en la criminología crítica y el interaccionismo, ha destacado su crítica a la aplicación desigual de la ley en Latinoamérica, que lleva a la impunidad de los poderosos y el incumplimiento en esta región de los principios de un Estado de Derecho⁸¹.

⁸⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 49. Por ejemplo es difícil enseñar el Derecho Penal a partir de una definición del mismo como mera contención del poder de policía y de reafirmación del Estado de Derecho, todo con base en una concepción agnóstica de la pena, que lleva a negar todo fin de la pena. La función de contención del Estado de Policía y de reafirmación del Estado de Derecho debe reconocerse que es propia del garantismo, teniendo por ello una gran relevancia desde el punto de vista político criminal. Sin embargo, es discutible que a partir de mera función de contención del poder de policía pueda estructurarse en forma exclusiva la teoría del Derecho Penal, salvo que se parta de una concepción más bien abolicionista del mismo, tal y como lo indica Francisco Castillo. Zaffaroni y sus compañeros de investigación definen el Derecho Penal de la siguiente manera: “Rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”. Zaffaroni/Alagia/Slokar. Manual de Derecho Penal, p. 24. Véase también: Zaffaroni/Alagia/Slokar. Derecho Penal. Parte General, p. 5. Contrasta dicha definición con la que daba en un pasado Eugenio Raúl Zaffaroni: “El derecho penal (legislación penal) es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama ‘delito’, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 41

⁸¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. T. I, p. 48.

Francisco Castillo González ha sido en general muy crítico con el pensamiento de Eugenio Raúl Zaffaroni en lo atinente a la teoría de la tipicidad conglobante, la que ha considerado como una teoría que no es aceptable ni en cuanto a sus fundamentos ni en cuanto a sus consecuencias⁸², señalando que, aunque Zaffaroni no lo menciona, dicha teoría tiene como su primera fuente la teoría del ámbito libre del derecho⁸³, la que debe ser rechazada. Debe destacarse la importancia que ha tenido la teoría de la tipicidad conglobante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a partir de la utilización como libro de texto del Manual de Derecho Penal de Zaffaroni⁸⁴. Como consecuencia de ello la teoría de la tipicidad conglobante llegó a ser asumida en 1991 por Henry Issa el Khoury y Alfredo Chirino⁸⁵. Francisco Castillo González ha rechazado, por ejemplo, la colisión de deberes de diverso grado como supuesto de tipicidad conglobante, considerando que debe aplicarse la causa de

⁸² Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 39-43; Castillo González. La colisión de deberes de acción en materia penal. San José, Juritexto, 2003, pp. 122-125.

⁸³ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 39-40 y 48.

⁸⁴ Sobre la teoría de la tipicidad conglobante: Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar. T. III, 1981, pp. 485-558; Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 463-476; Zaffaroni, Eugenio Raúl Teoría del delito. Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 393-437.

⁸⁵ Cf. Issa El Khoury Jacob, Henry/Chirino Sánchez, Alfredo. Metodología de resolución de conflictos en materia penal. San José, ILANUD, 1991, pp. 53-61. Alfredo Chirino, conforme a la teoría de la tipicidad conglobante, ha defendido que el cumplimiento de un deber es una causa de atipicidad de la conducta. Cf. Chirino Sánchez, Alfredo. Libertad de expresión y ley penal. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editor). Estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo X. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 180. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en los votos 2009-1099 del 4 de septiembre de 2009 y 2011-1048 del 26 de agosto de 2011 reconoció la falta de tipicidad conglobante en un asunto, por ausencia de quebranto o peligro al bien jurídico tutelado. En lo que respecta a la crítica a la teoría de la tipicidad conglobante: Llobet Rodríguez, Javier. Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado. En: Llobet/Chirino. Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada. San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2000, pp. 38-39; Llobet Rodríguez, Javier. La teoría del delito en la dogmática penal costarricense, pp. 128-129.

justificación del cumplimiento de un deber⁸⁶. Ha indicado que los casos de aquiescencia (acuerdo y consentimiento) del titular del bien jurídico tutelado, deben resolverse según el caso como supuestos de atipicidad o como de causas de justificación⁸⁷. Ha mencionado que los supuestos de actividades fomentadas por el derecho (actividad deportiva, intervenciones quirúrgicas con un fin terapéutico), deben ser resueltos conforme la teoría de la imputación objetiva⁸⁸. Además en relación con la insignificancia como supuesto de atipicidad conglobante, ha dicho que la insignificancia está contemplada de lege lata a través del criterio de oportunidad reglado por insignificancia, regulado en el artículo 22 inciso a) del Código Procesal Penal⁸⁹. Sin embargo, ha dicho además que *“para resolver ciertos casos de insignificancia es necesario aplicar una interpretación teleológica reductora que excluya del tipo penal comportamientos en que la violación al bien jurídico es ínfima. Por medio de la imputación objetiva y la interpretación teleológica reductora se llega a los mismos resultados que Welzel quería lograr con su teoría de la adecuación social de la conducta”*⁹⁰. Debe recordarse que un aspecto común entre la teoría de la adecuación social, formulada por Hans Welzel⁹¹ y la teoría de la tipicidad conglobante, es que

⁸⁶ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 41-42.

⁸⁷Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 43.

⁸⁸ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 43.

⁸⁹ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 40.

⁹⁰ Cf. Castillo González Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 252; Castillo González, Francisco. Las teorías de la acción, p. 59.

⁹¹ Cf. Welzel, Hans. Studien zum System des Strafrechts. En: ZStW, 1939, pp. 516-518. Debe reconocerse que inicialmente Welzel no contempló la insignificancia del hecho como socialmente adecuada, siendo dicha teoría formulada en 1939, en pleno auge del nacionalsocialismo, de modo que su desarrollo inicial era acorde con el mismo. Ello lo expresa él mismo al indicar que son socialmente adecuadas aquellas acciones que *“se mueven de forma funcional dentro del orden histórico de la vida en comunidad del pueblo”* Welzel. Estudios de Derecho Penal. Buenos Aires, BdeF, 2002, p. 50. El texto citado corresponde al artículo publicado en 1939. Debe tenerse en cuenta el sentido nacionalsocialista del término “comunidad del pueblo”. Resalta Welzel en el mismo sentido que *“acciones socialmente adecuadas son todas aquellas actividades en las cuales la comunidad se desarrolla según el orden históricamente establecido”*. Welzel. Estudios..., p. 50. Sobre ello: Llobet Rodríguez. Principio de oportunidad. Principio de

prevén como supuesto de atipicidad la insignificancia. Debe resaltarse que la temática de la insignificancia como supuesto de atipicidad y de aplicación del criterio de oportunidad reglado ha sido objeto de una polémica que he tenido con Alfredo Chirino Sánchez⁹².

La concepción antropocéntrica o heteropoyética del Estado y del Derecho, Penal que ha sostenido Francisco Castillo González, se refleja en el carácter central que le ha otorgado al bien jurídico como limitador del poder estatal de incriminación. Ha partido con ello de una concepción material del bien jurídico, como limitante del poder punitivo, rechazando una concepción formal del bien jurídico. Así ha dicho: *“De acuerdo a la doctrina personal del bien jurídico son ‘bienes jurídicos aquellos objetos que necesita el ser humano para su libre desarrollo’, o ‘los presupuestos para el desarrollo de una persona y sus condiciones’. Esta teoría parte del presupuesto de que hay bienes jurídicos individuales, que son los fundamentales, y bienes jurídicos universales, que deben ser protegidos en tanto sirvan para proteger bienes jurídicos individuales. Los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales son compatibles con esta teoría, en tanto que ellos sirvan, mediatamente, para los bienes jurídicos*

insignificancia y criterio de oportunidad reglado. En: Llobet Rodríguez/Chirino Sánchez. Principio de oportunidad y persecución de la delincuencia organizada. San José, Areté, 2000, pp. 27-34. Véase también: Hattenhauer. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts. Heidelberg, C. F. Müller, 1983, Par. 662, p. 315-316; Vogel, Joachim. Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht. Berlín, Berliners Wissenschaft-Verlag, 2004, p. 74; Politoff, Sergio. Adecuación social y terror en América Latina, el papel de la justicia. En: Derecho Penal y Criminología (Colombia), No. 22, 1984, pp. 73-75. Posteriormente con la caída del nacionalsocialismo y el advenimiento de la República Federal de Alemania, Hans Welzel hizo una corrección de sus concepciones sobre el contenido de la ética social, lo mismo que de la teoría de la adecuación social, haciéndolas compatibles con los principios del Estado Social de Derecho y de dignidad de la persona humana

⁹² Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado, pp. pp. 17-149; Chirino Sánchez, Alfredo. A propósito del principio de oportunidad y del criterio de “insignificancia del hecho”. En: González Álvarez, Daniel (Editor). Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José, Colegio de Abogados/Asociación de Ciencias Penales, 1996; pp. 105-143.

*individuales*⁹³. Ha agregado: “*La teoría personal del bien jurídico, entendida en el sentido en que lo hace esta corriente, tiene un importante efecto limitador de la punición de hechos que lesionen bienes jurídicos universales o supraindividuales, sin excluir como inconstitucionales los tipos penales que protegen estos bienes jurídicos, siempre y cuando tengan relación, directa o indirecta, con un bien jurídico individual*”⁹⁴. Esta concepción personal del bien jurídico lo ha llevado a rechazar que se llegue a una abstracción del mismo, vaciándolo del contenido limitador. En este sentido ha señalado: “*El bien jurídico no puede transformarse en una abstracción. No puede concebirse con independencia de su titular, pues si esto ocurre ello equivaldría a un completo vaciamiento del bien jurídico. En tal caso, el interés en la protección del bien jurídico sería ocupado 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*”⁹⁵. La concepción personal del bien jurídico ha hecho que no haya admitido la penalización de la tentativa inidónea o delito imposible⁹⁶, para lo cual ha citado el voto 1588-98 del 10 de marzo de 1998 de la Sala Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de la medida de seguridad que se contemplaba en el Código Penal para la tentativa inidónea⁹⁷.

⁹³ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 32-33.

⁹⁴ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 33.

⁹⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 31.

⁹⁶ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 31; Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. III, pp. 278-282.

⁹⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 70-74; Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 31. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier. Delitos contra la vida. San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, pp. 73-75. El voto de la Sala Constitucional 1588-98 se basó en el voto 153-A-97 del 23 de setiembre de 1997, dispuesto por el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Sobre ello véase: González Castro, José Arnoldo/Campos Zúñiga, Mayra/Vargas Rojas, Omar. Teoría del delito a la luz de la jurisprudencia. San José, Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 233-256.

Se ha opuesto Francisco Castillo González a la Escuela de Fráncfort del Meno, encabezada por Winfried Hassemer, que se encuentra en el extremo opuesto al funcionalismo radical de Günther Jakobs en Alemania⁹⁸. Para ello ha considerado que la Escuela de Fráncfort no protege adecuadamente los bienes

⁹⁸ En lo que respecta a la Escuela de Fráncfort y la defensa de la misma del Derecho Penal liberal y su crítica al Derecho Penal moderno: Hassemer. "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" – ein neuer Rechtsbegriff? En: StV (Alemania), 1982; Hassemer. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), enero-abril de 1992, pp. 235-248; Hassemer. Unverfügbares im Strafprozess. En: Festschrift für Werner Maihofer (Editor: A. Kaufmann/E. J. Mesmacker/H. F. Zacher). Fráncfort del Meno, 1988, pp. 183-204; Hassemer. Pacta sunt servanda – auch im Strafprozess? BGH, NJW 1989, 2270. En: JuS (Alemania), 1989, pp. 890-895; Hassemer. Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. En: KritV (Alemania), 1990, pp. 260-278; Hassemer. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderen Erscheinungsmassnahmen der organisierten Kriminalität (OrgKG). En: KJ (Alemania), 1992, pp. 64-73; Hassemer. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 8, 1994, pp. 3-9; Hassemer. La ciencia jurídico penal en la República Federal alemana. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), enero-abril de 1993, pp. 68-80; Hassemer. Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. En: StV (Alemania), 1995, pp. 483-490; Hassemer, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad (Traducción: Francisco Muñoz Conde/Ma. Del Mar Díaz Pita). Valencia, Tirant lo blanch, 1999; Hassemer, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy (Traducción: Patricia Ziffer). Buenos Aires, Ad-hoc, 1998; Hassemer, Winfried. Freiheitliches Strafrecht. Berlín, Philo Verlagsgesellschaft, 2001; Hassemer, Winfried. Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000; Hassemer, Winfried. Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt. Berlín, Berliner Wissenschaft Verlag, 2008; Hassemer/Muñoz Conde. Responsabilidad por el producto en Derecho Penal. Valencia, Tirant lo blanch, 1995, pp. 15-47; Herzog. Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Heidelberg, Decker's Verlag, 1990; Herzog. Nullum Crimen sine periculo sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln. En: Lüdersen y otros (Editores). Strafrecht und ultima ratio Prinzip. Fráncfort del Meno y otros, Peter Lang, 1990, pp. 105-112; Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Editores). La insostenible situación del Derecho Penal. Valencia, Editorial Comares, 2000. En contra de las conclusiones a las que llega la Escuela de Fráncfort con relación a lo que ésta denomina Derecho Penal Moderno: Schünemann. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), enero-abril de 1996, pp. 187-217. Señala, sin embargo, Jesús María Silva Sánchez que la denominada Escuela de Fráncfort no existe como tal, puesto que existen profundas diferencias ideológicas y metodológicas entre los profesores de Fráncfort. Cf. Silva Sánchez. Prólogo a la edición española. En: Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt (ed.)/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española). Granada, Editorial Comares, 2000, p. XII.

jurídicos de carácter colectivo⁹⁹. La Escuela de Fráncfort del Meno tiene diversos adeptos en Costa Rica, siendo el más destacado Alfredo Chirino Sánchez, con quien ha polemizado Francisco Castillo¹⁰⁰. Debe anotarse que Hassemer aunque mantiene una posición muy crítica con respecto a lo que se ha conocido como bienes jurídicos colectivos, no se opone de manera absoluta a los mismos, en cuanto sean mediatizados como bienes individuales¹⁰¹. En este sentido indica Francisco Castillo: "*Hassemer incluye dentro de los bienes individuales bienes jurídicos que, tradicionalmente, se han visto como bienes jurídicos supraindividuales. Tal es el caso de las falsedades documentales y de algunos delitos contra la administración de justicia como el perjurio y el falso testimonio*"¹⁰². La posición de Winfried Hassemer, partiendo del concepto personal de bien jurídico, es, sin embargo, mucho más restrictiva que la de Francisco Castillo, defendiendo la vuelta al Derecho Penal nuclear y proponiendo para los bienes jurídicos colectivos en general un cuestionable derecho de intervención¹⁰³, que se encontraría entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio Administrativo, entre el Derecho Civil y el Derecho Público, señalando que dicho Derecho de Intervención tendría un nivel de garantías y formalidades inferior al Derecho Penal¹⁰⁴, pero también menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.

⁹⁹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 56-65.

¹⁰⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 66, nota al pie 248.

¹⁰¹ Cf. Hassemer, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, pp. 275-286.

¹⁰² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, p. 57.

¹⁰³ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, p. 58. Sobre el Derecho de intervención: Hassemer/Muñoz Conde. Responsabilidad por el producto..., p. 46; Hassemer. Strafen im Rechtsstaat, pp. 291-292.

¹⁰⁴ Se ha llegado por la doctrina a asociar este Derecho de Intervención con el Derecho Penal de segunda velocidad, propuesto por José María Silva Sánchez, el que admite una cierta relativización de las garantías penales y procesales en el ámbito de los nuevos riesgos que existen en la sociedad, siempre y cuando no se lleguen a imponer penas privativas de libertad. Cf. Gracia Martín, Luis. Prolegómenos para la lucha por la

Francisco Castillo González ha reclamado el respeto al principio de última ratio y al carácter fragmentario del Derecho Penal, consecuencia de ello. Así ha dicho: *“Creemos que los legisladores no deben abusar de su competencia constitucional de crear delitos. Hay multitud de hechos que pueden ser mejor tratados por otras ramas del derecho que por el derecho penal. No hay que olvidarse que el delito es también un lujo social, porque el Estado tiene que pagar a legisladores para definirlo, a personas del Ministerio Público para investigarlo, a los jueces para declararlo, a los carceleros para ejecutarlo, y tiene que mantener al delincuente mientras esté privado de libertad. Desde el punto de vista social el delito es también un gran mal que obliga al declarado delincuente a romper con su medio de trabajo y con sus relaciones familiares y sociales, lo que trae por consecuencia más desorden social en la familia (hijos, esposa). Por ello, este mal social debe mantenerse dentro de los límites de lo estrictamente necesario para que el Estado ejercite el necesario control social y así pueda cumplir su función de asegurar la existencia de los derechos de los asociados, de proteger a la sociedad y de generar la paz social”*¹⁰⁵. Debe reconocerse, sin embargo, que aunque se ha mostrado crítico con relación al Derecho Penal del riesgo, no ha llegado a rechazar en forma absoluta el mismo ni el Derecho Penal simbólico. Ha exigido que los mismos, para su constitucionalidad, tengan relación con la protección de bienes jurídicos, todo de acuerdo con la teoría personal del bien jurídico. En este sentido ha señalado: *“Consideramos que esta legislación de riesgo por sí misma no es condenable ‘a priori’. Todo va a depender de si el tipo penal hace o no referencia concreta a un bien individual. En el primer caso, el tipo penal es constitucional. En el segundo es*

modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 153-154. La relación entre el Derecho de Intervención de Hassemer y el Derecho Penal de segunda velocidad de Silva Sánchez, es reconocida por este último. Cf. Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires, B de f, 2006, pp. 170-171.

¹⁰⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 67.

*inconstitucional*¹⁰⁶. Ha dicho además: “*Si la legislación simbólica o las disposiciones del Derecho Penal del riesgo no tienen referencia al bien jurídico personal, ellas deben declararse inaplicables por efecto de la interpretación teleológica sistemática del correspondiente tipo penal o por medio del mecanismo de revisión de su constitucionalidad por la Sala Constitucional*”¹⁰⁷.

Francisco Castillo González nos ha adentrado en las discusiones dogmáticas más actuales, que han superado, desde la década de los sesenta del siglo pasado, la polémica entre causalismo y finalismo. Al morir Hans Welzel en 1975, el concepto de ilícito personal, de acuerdo al cual el dolo y la culpa no forman parte de la culpabilidad, sino del tipo penal, se había impuesto en Alemania. Así hoy día la teoría del injusto personal es aceptada en forma casi unánime en Alemania¹⁰⁸. Sin embargo, debe advertirse que la aceptación generalizada del concepto de injusto personal y de la mayoría de las consecuencias de la sistemática propuesta por el finalismo, no ha supuesto, la aceptación de la vinculación del legislador a las estructuras lógico objetivas, ni la teoría estricta de la culpabilidad, ni del concepto de acción propuesto por el

¹⁰⁶ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 66. Sobre el Derecho Penal del riesgo: Mendoza Buergo, Blanca. El Derecho Penal en la sociedad del riesgo. Madrid, Civitas, 2001; Seelmann, Kurt. Risikostrafrecht. Die Risikogesellschaft” und ihre “symbolische Gesetzgebung” im Umwelt und Betäubungsmittelstrafrecht. En: KritV (Alemania), 1992, pp. 452-471; Herzog, Felix. Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo. En: Revista Penal (España), No. 4, julio de 1999, pp. 54-57; Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. Una crítica a la posición de la Escuela de Frankfurt en contra del Derecho Penal del riesgo en: Schünemann, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1996, pp. 28-36.

¹⁰⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 66.

¹⁰⁸ Sobre el estado de la discusión en Alemania véase: Schünemann. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En: El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales (Editado por Schünemann). España, 1991, pp. 33-80; Silva Sánchez, Jesús María. Introducción. En: El sistema moderno del derecho penal..., pp. 11-22; Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Múnich, 1992, pp. 110-122; Schmidhäuser. Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? En: Juristenzeitung (Alemania), 1986, pp. 109-116. Véase también los textos citados en la nota siguiente.

finalismo. Más bien – aunque parezca paradójico, la doctrina penal alemana actual no se considera una heredera del finalismo, sino más bien fruto de la confrontación con éste¹⁰⁹. Lo anterior es aplicable también a Francisco Castillo González. En efecto lejos de asumir un concepto ontológico de acción, defendido por el finalismo, ha adoptado uno normativo¹¹⁰, aunque reconociendo el aporte del finalismo al concepto de injusto personal. En este sentido ha indicado: “*Hoy día el dolo y la culpa como parte del injusto tienen un lugar asegurado en la dogmática penal, lo mismo que la doctrina personal del injusto (...). La teoría moderna sobre el injusto personal tiene su fundamento último en la teoría finalista. La dogmática penal moderna, sería impensable sin los aportes del finalismo*”¹¹¹. Esta asunción de la teoría del injusto personal por Francisco Castillo González se reflejó a partir de sus libros “El delito de falso testimonio”¹¹² y “denuncia calumniosa, simulación de delito y autocalumnia”¹¹³, publicados en 1982, en los que hizo mención a la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. La teoría del injusto personal, bajo la influencia del finalismo, fue

¹⁰⁹ Cf. Hirsch, Hans-Joachim. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht. En: Strafrechts und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Berlín, 1989, pp. 65-79; Hirsch, Hans-Joachim. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. En: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln. Alemania, 1988, pp. 399-427; Hirsch. Der Streit um Handlungs und Unrechtlehre insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. En: ZStW (Alemania), 1981, pp. 831-863; Hirsch. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. En: Estudios Jurídicos de la Reforma Penal. España, 1987, pp. 19-45. Como excepción a la admisión de la teoría del injusto personal se cita en general el texto de Baumann y Weber. Cf. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bielefeld, Gieseking Verlag Bielefeld, 1985, p. 387 y ss.

¹¹⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 320.

¹¹¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 253.

¹¹² Cf. Castillo González, Francisco. El delito de falso testimonio. San José, Juricentro, 1982.

¹¹³ Cf. Castillo González, Francisco. Denuncia calumniosa, simulación de delito y autocalumnia. San José, Ediciones Pasdiana, 1982.

asumida por la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en 1992¹¹⁴ y hoy día es aceptada por la doctrina mayoritaria costarricense¹¹⁵.

Ha rechazado Francisco Castillo González la concepción subjetiva del injusto, que le da preponderancia absoluta al desvalor del acto sobre el desvalor del resultado¹¹⁶, que fue desarrollada en Alemania por Zielinski¹¹⁷, quien como discípulo de Armin Kaufmann¹¹⁸, no hizo sino desarrollar en forma coherente los postulados del finalismo hasta sus últimas consecuencias. Se trata de una concepción que ha sido acogida en Latinoamérica por Marcelo Sancinetti¹¹⁹, quien ha pretendido incluso ligarla al pensamiento de Günther Jakobs¹²⁰, lo que

¹¹⁴ Cf. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 446-F-92 del 25 de setiembre de 1992. Cf. González Castro, José Arnoldo/Campos Zúñiga, Mayra/Vargas Rojas, Omar. Teoría del delito a la luz de la jurisprudencia. San José, Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 75-77. Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, Javier. La teoría del delito en el proyecto de Código Penal. En: *Ivstitia (Costa Rica)*, No. 109-110, pp. 40-41.

¹¹⁵ Sin embargo, Alfonso Navas Aparicio ha defendido en Costa Rica la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad, debido a que considera que esa es la previsión establecida en el Código Penal. Cf. Navas Aparicio, Alfonso. La orientación causalista del delito en Costa Rica y sus efectos en sede de error. En: *Defensa Pública*, No. 3, 2003, pp. 91-110.

¹¹⁶ Cf. Castillo González, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, pp. 246-248. Véase también: Castillo González, Francisco. *Las teorías de la acción en materia penal*, pp. 48-52.

¹¹⁷ Cf. Zielinski, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Berlín, Duncker & Humbolt, 1973; Zielinski, Diethart. El resultado en el concepto final del ilícito. En: *Doctrina Penal (Argentina)*, abril-junio de 1988, pp. 283-313; Zielinski, Diethart. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito (Traducción de Marcelo A. Sancinetti). Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

¹¹⁸ Cf. Kaufmann, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Colonia, 1982.

¹¹⁹ Cf. Sancinetti, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 1991; Sancinetti, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Bogotá, Temis, 1995.

¹²⁰ Cf. Sancinetti, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Bogotá, Temis, 1995; Sancinetti, Marcelo. *¿Responsabilidad por acciones y responsabilidad por resultados?* Bogotá, Universidad del Externado, 1996; Sancinetti, Marcelo. *¿Relevancia*

en general no ha sido admitido en Alemania, al considerarse incompatible con la concepción normativista de éste. Ha señalado Francisco Castillo: “*Dentro del injusto personal, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado son comportamientos de igual rango*”¹²¹. Indicó más adelante: “*La teoría subjetiva de lo injusto debe rechazarse. Es cierto que el desvalor de la acción ni aumenta ni disminuye con el resultado. Sin embargo, lo injusto no se agota en el desvalor de la acción. Si no existiera el desvalor del resultado junto al desvalor de la acción, el resultado sería una simple condición de punibilidad. Lo injusto no consiste en el rechazo del mandato de una norma sino en la causación de un daño social*”¹²².

El aspecto que ha dado lugar a mayor polémica en Costa Rica es la teoría de la imputación objetiva, que ha sido ampliamente desarrollada por Francisco Castillo González¹²³. Esta teoría en la discusión dogmática alemana ha llegado a ocupar la posición que tuvo en su momento la discusión entre el causalismo y el finalismo, tratándose de una concepción todavía en elaboración, no pudiendo ser considerada una doctrina unitaria, de modo que se puede hablar de diversas teorías de la imputación objetiva¹²⁴, lo que es en gran parte consecuencia de la ausencia de consenso sobre los diversos criterios de imputación objetiva que se han ido elaborando a partir de las premisas originales de la existencia de causalidad física conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, el aumento de un riesgo no permitido y la realización del riesgo en el resultado, de acuerdo con el fin de la norma. En general la doctrina alemana, con la excepción

del desvalor del resultado en la teoría de la imputación de Jakobs? En: Baigún, David y otros (Editores). De las penas. Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 451-480.

¹²¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 246.

¹²² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 248.

¹²³ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 442-503; Castillo González, Francisco. Causalidad e imputación del resultado. San José, Juritexto, 2003.

¹²⁴ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 518.

de los escasos seguidores del finalismo¹²⁵, se ha pronunciado a favor de la teoría de la imputación objetiva, lo que también es la posición a la que se ha tendido en España y en la misma Latinoamérica. En Costa Rica, en gran parte debido a malentendidos con respecto a la imputación objetiva, se produjo en su momento lo que Juan Marcos Rivero llamó la “satanización de la teoría de la imputación

¹²⁵ Cf. Kaufmann, Armin. ¿Atribución objetiva en el delito doloso? En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XL, Fas. 3, setiembre-diciembre de 1985pp. 807-826. Véase también la crítica de Wolfgang Schöne, discípulo de Armin Kaufmann: Schöne, Wolfgang. El problema de la imputación objetiva. Revista Estudiantil la Toga (España), mayo de 1984, pp. 51-61. En lo atinente a la crítica española afín al finalismo: Rueda Martín, María Ángeles. La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico penales en el ámbito del injusto). Barcelona, Bosch, 2001. Gracia Martín, Luis. En: Rueda Martín, María Ángeles. La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito del injusto). Barcelona, Bosch, 2001, pp. 7-33. Desde el finalismo es de dónde han provenido las mayores críticas a la teoría de la imputación objetiva, a partir del artículo que en contra de la misma escribió Armin Kaufmann, mencionado arriba, lo que debe ser explicado por el temor del finalismo de que el énfasis que el mismo le daba al tipo subjetivo en los delitos dolosos, fuera eclipsado por el énfasis al tipo objetivo, a través de la teoría de la imputación objetiva. Sobre ello indica Mariana Sacher de Köster: “*Esta teoría parte de un predominio del tipo objetivo en la teoría del delito, y por ello, se genera con sus postulados una controversia con los principios de su antecesora, la teoría final de acción*”. Sacher de Köster, Mariana. Evolución del tipo subjetivo. Bogotá, Universidad del Externado, 1998, p. 94. Sobre ello: Rueda Martín, María Ángeles. La teoría..., pp. 344-348; Llobet Rodríguez, Javier. La teoría..., p. 158. Además el finalismo dentro de su concepción del dolo introduce aspectos que formarían parte de la teoría de la causalidad adecuada, antecesora de la teoría de la imputación objetiva. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La teoría..., pp. 120-122. En este sentido indica Bernardo Feijóo: “*Criterios como las reglas generales u ordinarias de experiencia o el riesgo general de la vida que no se puede dominar finalmente son criterios objetivos independientes de los subjetivos como la finalidad del autor. Se trata de criterios rudimentarios de “imputación objetiva*”. Feijóo, Bernardo. Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”. Barcelona, Bosch, 2001, p. 194. Véase también la p. 193. Sobre ello consúltese también: Martínez Escamilla, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid, Edersa, 1992, p. 90.

objetiva”¹²⁶, afirmación que fue apoyada en forma entusiasta por mí¹²⁷. En efecto se llegó por algunos a considerarla como una teoría de carácter autoritario, que propiciaba la responsabilidad objetiva y por consiguiente implicaba un quebranto al principio de culpabilidad, que no reconocía el carácter protector de bienes jurídicos del Derecho Penal y que llevaba a la asunción de una concepción causalista de la estructura de la teoría del delito. La afirmación sobre la satanización de la teoría de la imputación objetiva no fue recibida con agrado por algunos y provocó una discusión entre Francisco Dall’ Anese Ruiz, Alfredo Chirino Sánchez, Juan Marcos Rivero Sánchez y Javier Llobet Rodríguez¹²⁸, que tal vez es la discusión más importante que se ha dado desde la perspectiva dogmático penal en Costa Rica, sumándose a la misma Francisco Castillo González, el que respaldó la teoría de la imputación objetiva como una concepción conforme a la Constitución Política, a la protección de bienes jurídicos y al principio de culpabilidad¹²⁹.

Debe tenerse en cuenta que la teoría de la imputación objetiva puede ser un instrumento eficaz como correctivo al tipo penal objetivo en los delitos dolosos. Igualmente la teoría de la imputación objetiva puede desempeñar una función de importancia en los delitos culposos, en los que en general se lleva a cabo un análisis conforme a la teoría de la imputación objetiva, lo que motivó que Armin Kaufmann criticara que la teoría de la imputación objetiva llevaba grabada

¹²⁶ Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Prólogo. En: Borja Jiménez, Emiliano. Tendencias contemporáneas en la teoría del delito. San José, Editorial Jurídica Areté, 2000.

¹²⁷ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Prólogo. En: Borja Jiménez, Emiliano. Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, pp. 14-15.

¹²⁸ Cf. Dall’ Anese Ruiz, Francisco/Chirino Sánchez, Alfredo. Delito, autoritarismo y estado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002; Rivero Sánchez, Juan Marcos. (¿Muchas?) nueces..., ¡poco ruido! Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002; Llobet Rodríguez, Javier. La teoría del delito en la dogmática penal costarricense, pp. 64-214.

¹²⁹ Castillo González, Francisco. Causalidad e imputación del resultado, pp. 12, 170-175.

en la frente su procedencia de los delitos culposos¹³⁰. Francisco Castillo reconoce al respecto que *“el campo natural y lógico de aplicación de la imputación objetiva es el delito culposo de resultado, de acción o de omisión impropia”*¹³¹.

En sus consideraciones con respecto a la teoría de la imputación objetiva ha analizado Francisco Castillo las críticas que se le han formulado, concluyendo: *“Sin lugar de dudas la imputación objetiva permite establecer estructuras abstractas generales que, por encima de los tipos de la Parte Especial, pueden aplicarse a una categoría determinada de delitos, que son los delitos de resultado. Esta estructura general es la creación de un riesgo jurídicamente no permitido (o jurídicamente permitido, en el caso inverso) que permite contrarrestar y equiparar la enorme amplitud de la relación de causalidad, medida conforme a la teoría de la igualdad de condiciones, con la aplicación de los criterios de imputación. Podemos entonces afirmar que la imputación objetiva es una doctrina general de la imputación en los delitos de resultado, es decir, en los delitos puros de resultado, en los delitos de omisión impropia y en los delitos de peligro concreto. No es aplicable esta teoría en los delitos de mera actividad, aunque en estos son aplicables algunos de los criterios de imputación desarrollados por la doctrina para los tipos de la Parte Especial. Esta es la tesis de la que partiremos”*¹³². Ha distinguido Francisco Castillo entre las consideraciones de la teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin y las de Günther Jakobs, estimando como inaceptable la posición que sostiene este último sobre dicha teoría¹³³. Ello es importante, ya que gran parte de las críticas que se han formulado a la teoría de la imputación objetiva en Costa Rica han

¹³⁰ Cf. Kaufmann, Armin. ¿Atribución objetiva en el delito doloso?, p. 814.

¹³¹ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 519.

¹³² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 467.

¹³³ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 518-519.

partido de la falta de diferenciación entre las posiciones de Roxin y de Jakobs, tal y como lo señalé en su momento¹³⁴. Debe ser resaltado el repaso que ha hecho Francisco Castillo González de diversos votos en que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el antiguo Tribunal de Casación Penal, que llegaron a asumir la teoría de la imputación objetiva.

En lo relativo al principio de auto-responsabilidad, propuesto por la teoría de la imputación objetiva Francisco Castillo González ha hecho una distinción entre la autopuesta en peligro por la víctima y la puesta en peligro llevada a cabo por un tercero, pero consentida por la víctima. Al respecto ha criticado la equiparación entre ambos supuestos realizada por Claus Roxin y por algunas resoluciones del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, especialmente por el voto 2005-531 del 9 de junio de 2005¹³⁵. Ha estimado que solamente debería eximir de responsabilidad al tercero el supuesto de autopuesta en peligro por la víctima, pero no el de la puesta en peligro ajena consentida por la víctima. Ha dicho: *“Estamos de acuerdo en que, con las excepciones preindicadas, la imputación objetiva excluye la imputación al tipo objetivo los casos de puesta en peligro libre y voluntaria de la víctima y que esta construcción concuerda, en términos generales, con las hipótesis de la puesta en peligro por un tercero consentida por la víctima. Pero no podemos estar de acuerdo con la solución que proponen Roxin y Hellmann para los casos de puesta en peligro por un tercero consentida por la víctima, y ello porque no es la víctima quien carga con la responsabilidad del resultado. Quien pone en peligro y quien consiente en ser puesto en peligro cargan ambos en igual medida con la responsabilidad del comportamiento del primero y con el resultado producido. Pero tal reparto de responsabilidades no puede llevar, por razones normativas a la imputación del resultado a la acción de quien es puesto en peligro. El que pone en peligro, a diferencia de quien es puesto en peligro, tiene en sus manos el dominio del*

¹³⁴ Llobet Rodríguez, Javier. La teoría..., pp. 168-193.

¹³⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 485 y 518.

acontecimiento y esto fundamenta su responsabilidad por el resultado. No puede concluirse que quien está puesto en peligro, por tener conocimiento del peligro y consentir en él, sea el responsable del resultado. La cuota de responsabilidad de quien es puesto en peligro no basta para achacarle todo el peso de la imputación del injusto desde el punto de vista valorativo y para excluir la responsabilidad de quien pone en peligro, pues ello requeriría que la responsabilidad de la víctima fuera preponderante. Pero la responsabilidad de la víctima no es preponderante, pues el control sobre la situación peligrosa radica en quien pone en peligro, excepto que la ley excluya su responsabilidad, por otras causas de exclusión de responsabilidad (...)¹³⁶.

En lo atinente a la antijuridicidad, debe destacarse que Francisco Castillo González ha asumido la distinción entre antijuridicidad formal y material, desarrollada fundamentalmente por la concepción neoclásica del delito¹³⁷, que es consecuencia de la importancia que se le concede a la necesidad de que el Derecho Penal intervenga solamente en los casos de quebranto y peligro al bien jurídico tutelado¹³⁸. Ha señalado que *“para que el delito exista se requiere la*

¹³⁶ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 485-486. Véase también, p. 519.

¹³⁷ Sobre ello véase: Martínez Escamilla, Margarita, op. cit., p. 13, la que destaca el concepto de antijuridicidad material de la escuela neoclásica. Sin embargo, Emiliano Borja indica: *“Se ha señalado también que a partir de la teoría neoclásica del delito, la antijuridicidad deja de ser concebida formalmente (como mera contradicción con el ordenamiento jurídico) y es entendida bajo la perspectiva material, es decir como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Aunque no podemos compartir esta opinión entendida en sentido literal y estricto, puesto que (...) ya Von Liszt había introducido la famosa distinción en la tercera edición de su tratado, si bien es cierto que a ser en el seno de la concepción normativa donde va a alcanzar su pleno significado”*. Borja, Emiliano. Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito. San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2000, pp. 60-61.

¹³⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 75-76; Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 28-33.

*antijuridicidad formal y la antijuridicidad formal*¹³⁹. Se trata de una distinción que ha sido asumida por autores como Hans-Heinrich Jescheck y Claus Roxin¹⁴⁰.

En lo correspondiente a las causas de justificación ha sostenido que la falta de conocimiento de las circunstancias objetivas que harían justificada la acción, lleva a la existencia de una tentativa inidónea o delito imposible, no punible. Ha señalado que *“si existe la situación objetiva justificante y el autor, al actuar la desconoce, no hay causa de justificación”*¹⁴¹. Ha agregado: *“Cuando esto ocurre existe el desvalor de la acción, pero no el desvalor del resultado. Desvalor de la acción existe porque al agente le falta dolo de justificación. Desvalor del resultado no existe, porque a causa de la situación objetiva justificante, el resultado que el agente produce es ajustado a derecho. Como lo exponen algunos autores, en estos casos estamos en presencia de un delito imposible, porque el autor no puede realizar un resultado jurídicamente desvalorado”*¹⁴². La doctrina dominante alemana en efecto, como consecuencia de la teoría del injusto material, exige que para que sea aplicable una causa de justificación se requiere que el sujeto haya actuado teniendo conocimiento de las circunstancias que harían justificada la acción. Sin embargo, a diferencia de lo indicado por Francisco Castillo González, se considera por la doctrina dominante que la conducta del sujeto es punible. Debe reconocerse que Claus Roxin señala que si el sujeto desconocía la situación objetiva justificante, se estaría ante una tentativa inidónea¹⁴³, que es precisamente la posición que sostiene Francisco Castillo González, quien cita a Claus Roxin en apoyo de su tesis. La diferencia fundamental es que este último y la dogmática penal alemana consideran como punible la tentativa inidónea, salvo casos de excepción, mientras que Francisco

¹³⁹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 77.

¹⁴⁰ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 75-76.

¹⁴¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 69.

¹⁴² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 69.

¹⁴³ Roxin. Derecho Penal. Parte General, T. I, Par. 15, No. 109, p. 667.

Castillo González y la jurisprudencia costarricense la consideran como no punible.

Otro aspecto relevante es que no ha admitido la legítima defensa en defensa de la propiedad, esto en particular en los supuestos en que el sujeto huye con el botín y se dispara para detenerlo, causándole lesiones o la muerte. Sobre ello ha señalado: *“En mi opinión en tal caso no puede justificarse la legítima defensa ni la muerte ni el homicidio del ladrón que huye y no representa ningún peligro para los persecutores y transeúntes. Resolver lo contrario sería condenar al ladrón que huye con el botín a la pena de muerte o lesiones. Lo anterior vale también para el caso de una persecución por la policía”*¹⁴⁴. Ha agregado: *“En el caso de que el ladrón huya armado (con el botín o sin él), en tanto que representa un peligro para los persecutores o para terceros, cabe la legítima defensa masiva. Pero no es la defensa de la propiedad ante el ataque antijurídico lo que se toma en cuenta para autorizar la legítima defensa masiva, sino el peligro generado por el delincuente por el posible empleo de armas contra las personas”*¹⁴⁵. En sus consideraciones se ha apartado al respecto de la doctrina mayoritaria, que autoriza la legítima defensa en defensa de la propiedad, salvo grave desproporción entre lo que se trata de tutelar a través de la acción de defensa y el daño que se causa al infractor¹⁴⁶.

Francisco Castillo, al igual que la doctrina mayoritaria, ha rechazado la teoría estricta la culpabilidad, propuesta por el finalismo, conforme al cual el error sobre las circunstancias que harían justificada la acción, debe ser considerado como un error de prohibición indirecto, de modo que lleva a la exclusión de la culpabilidad cuando el mismo es invencible y provoca una disminución de la

¹⁴⁴ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 125.

¹⁴⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 125.

¹⁴⁶ Así: Roxin. Derecho..., Par. 15, No. 46; Jescheck/Weigend. Tratado..., Par. 32, No. III y V, pp. 369-375; Welzel. Derecho..., Par. 14, No. 2.

culpabilidad y de la pena, cuando se trata de un error vencible¹⁴⁷. Francisco Castillo González si bien ha aceptado que este error, denominado de tipo permisivo, debe ser resuelto de manera similar al error de tipo, ha rechazado la teoría de los elementos negativos del tipo. Ha estimado que el error de tipo permisivo constituye un error diverso del error de tipo y del error de prohibición, aunque debe darse una solución similar a la que se debe dar al error de tipo, por asemejarse al mismo, aun cuando no constituya propiamente un error de tipo. Para ello ha admitido la teoría de la doble posición del dolo¹⁴⁸. Es importante anotar que con frecuencia en Costa Rica se dice que la teoría estricta de culpabilidad tiene un carácter mayoritario en la doctrina, lo que no es acertado¹⁴⁹. Se ha llegado a sostener en Costa Rica que el error sobre las circunstancias que harían justificada la acción elimina la culpabilidad cuando es invencible, pero sólo la atenúa cuando es vencible, debiendo condenarse por delito doloso. Lo anterior se ha justificado con base en consideraciones de orden teórico, provenientes del finalismo. Esta es la posición que ha sido asumida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, desde el voto 446-F-92 del 25 de setiembre de 1992¹⁵⁰, el mismo en que asumió la teoría del injusto personal. El problema es que dicha interpretación no es acorde con la normativa legal existente en Costa Rica, la que expresamente le da un tratamiento similar al error de tipo permisivo que al error de tipo (Artículo 34 párrafo 2) del Código Penal)¹⁵¹.

¹⁴⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 621-624.

¹⁴⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 616-627; Castillo González, Francisco. El error de prohibición. San José, Juritexto, 2001, pp. 37-55.

¹⁴⁹ En este sentido señala Claus Roxin que la teoría estricta de la culpabilidad no se ha impuesto en Alemania. Cf. Roxin, Claus. La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal (Traducción: Gómez Rivero, Carmen/García Cantizano, María del Carmen). Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 39. Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, Javier. Delitos contra la vida, p. 71.

¹⁵⁰ El criterio sostenido en este voto ha sido mantenido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, véase: votos 2009-946 del 29 de julio de 2009; 2010-868 del 13 de agosto de 2010; 2011-1042 del 26 de agosto de 2011.

¹⁵¹ Sobre el tema véase en particular el voto 713-2001 del 14 de setiembre del 2001, dictada por el Tribunal de Casación Penal. Este voto del Tribunal de Casación Penal

Ha criticado Francisco Castillo González las concepciones funcionalistas tanto la de Claus Roxin¹⁵² como la de Günther Jakobs¹⁵³, aunque con respecto al primero de ellos ha sido menos crítico y ha admitido algunas de sus propuestas. Debe recordarse que luego de las discusiones que sobre la política criminal se iniciaron en 1966 con el proyecto alternativo alemán de Código Penal, elaborado por un grupo de jóvenes profesores, encabezado por Claus Roxin, en 1970, éste llegó con su libro “Política criminal y sistema del Derecho Penal”¹⁵⁴ a proponer el ligamen entre la dogmática penal y la política criminal, superando la división tajante de los mismos, que se extraía de la frase de Franz von Liszt de que “el Derecho Penal debe ser el límite infranqueable de la política criminal”. Se inició con ello lo que se ha llamado el funcionalismo penal, que en su versión moderada ha sido representado por Claus Roxin, cuyo aporte principal, es su versión de la teoría de la imputación objetiva¹⁵⁵.

Si bien Francisco Castillo ha aceptado los aportes de Roxin en cuanto a la teoría de la imputación objetiva, ha rechazado la posición de éste con respecto a la responsabilidad, como categoría que substituye a la concepción tradicional

que hace una distinción entre error de tipo, error de tipo permisivo y error de prohibición, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de Alfredo Chirino, quien ha defendido la teoría estricta de la culpabilidad. Acerca de esta temática véase: Chinchilla Calderón, Rosaura. Principio de legalidad. San José, Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 113-144.

¹⁵² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 267-277.

¹⁵³ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 277-307.

¹⁵⁴ Cf. Roxin, Claus. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 1973; Roxin, Claus. Política criminal y sistema del Derecho Penal (Traducción: Francisco Muñoz Conde). Barcelona, Bosch, 1972; Roxin, Claus. Política criminal y sistema de Derecho Penal (Traducción de Francisco Muñoz Conde). Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

¹⁵⁵ Cf. Roxin, Claus. Finalität und objektive Zurechnung. En: Dornseifer, Gerhard y otros. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Colonia y otros, Carl Heymanns Verlag, 1989, pp. 237-252; Roxin, Claus. Finalidad e imputación objetiva. En: Cuadernos de Política Criminal (España), No. 40, 1990, pp. 131-146; Roxin, Claus. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal. En: Roxin, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal (Traductor Diego Manuel Luzón Peña). Madrid, Reus, 1976, pp. 128-148, Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General (Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid, Civitas, 1997, Par. 11, No. 37-112, pp. 362-402.

de la culpabilidad. Al respecto Roxin ha substituido el concepto de culpabilidad tradicional y lo ha substituido por el de responsabilidad, que incluye la culpabilidad, pero le agrega la necesidad de la pena como un aspecto adicional, lo que permite que no se imponga pena, a pesar de afirmarse la culpabilidad en el sentido tradicional, cuando no existen necesidades preventivas. Para Roxin las consideraciones de política criminal que forman parte de la responsabilidad, expresadas a través de la necesidad de la pena, no llegan a funcionar como un límite al concepto tradicional de la culpabilidad, sino como un requisito adicional para que pueda imponerse una pena¹⁵⁶. La posición de Roxin sobre la culpabilidad y responsabilidad tiene relevancia también con relación a la valoración del desistimiento voluntario y la exención de pena como consecuencia del mismo. Francisco Castillo González ha rechazado esta posición, indicando: *“La pena debe imponerse, aunque sea en el mínimo, si hay culpabilidad y aunque no haya necesidad de ella por motivos de prevención general o especial”*¹⁵⁷.

La concepción de Roxin sobre la necesidad de la pena como un presupuesto de la responsabilidad tiene implicaciones con respecto a la fijación de la pena, por ejemplo en cuanto a que el grado de culpabilidad suponga un parámetro que establezca un límite a la pena a imponer, pero que admite una pena inferior a la culpabilidad, tomando en cuenta consideraciones de carácter preventivo, especialmente de prevención especial positiva y en segundo lugar de prevención general positiva¹⁵⁸. Se trata de una posición con respecto a la fijación de la pena que ha sido asumida por mí¹⁵⁹ y fue sostenida en algunos

¹⁵⁶ Cf. Roxin, Claus. Política criminal y sistema del Derecho Penal, pp. 59-60; Roxin, Claus. La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal, pp. 46-50, 72-73.

¹⁵⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, p. 451.

¹⁵⁸ Sobre esta posición véase: Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, p. 451.

¹⁵⁹ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Principios de la fijación de la sanción penal juvenil, pp. 371-453.

votos del antiguo Tribunal de Casación Penal¹⁶⁰. Francisco Castillo González ha rechazado la posición de Roxin en cuanto a la fijación de la pena, asumiendo la teoría del ámbito de la culpabilidad, aunque reconoce que dentro del mínimo y el máximo de la pena prevista pueden considerarse aspectos de prevención general y especial, afirmando que existe una relación jerárquica entre la culpabilidad y la prevención, que lleva al principio “prevención en el ámbito de la represión”¹⁶¹. La concepción de Francisco Castillo conforme a la teoría del ámbito de la culpabilidad, no es tan distante de la sostenida por Claus Roxin, aunque le dé un papel mucho más limitado a la prevención general y especial en cuanto puedan llevar a una penalidad menor. Así ha indicado Francisco Castillo: *“El principio de culpabilidad limita la pena y dentro de este ámbito limitado deben considerarse los fines de la pena (...). La pena se convierte en una pena por culpabilidad”*¹⁶².

La concepción de la ausencia de necesidad de la pena como uno de los presupuestos de la responsabilidad, de acuerdo con Roxin tiene implicaciones también con respecto a la admisión de la reparación (en nuestra legislación la conciliación, la suspensión del procedimiento a prueba y la reparación integral del daño), como supuesto que puede dar lugar al sobreseimiento de la causa, por falta de necesidades preventivas y de acuerdo al principio de ultima ratio, ello en la medida en que a través de la reparación se pueden cumplir funciones de prevención especial positiva y de prevención general positiva¹⁶³. Con ello le ha

¹⁶⁰ Cf. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, votos 781-F-97 del primero de octubre de 1997, 586-2001 del 10 de agosto de 2001; 898-2001 del 9 de noviembre de 2001 y 1034-2001 del 14 de diciembre de 2001.

¹⁶¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 451.

¹⁶² Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 451.

¹⁶³ Cf. Roxin, Claus. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlussbericht. En: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener, Kurt (Editores). Freiburg in Breisgau, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1990, pp. 367-375; Roxin, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: Maier y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 129-156; Roxin, Claus.

dado Roxin a la reparación un carácter penal, no entendiéndola como una reparación en el sentido civil del término¹⁶⁴, que haría justificadas las críticas de Juan Marcos Rivero de que se produce una reprivatización del Derecho Penal o una penalización del Derecho Civil¹⁶⁵. La concepción de Roxin con respecto a la justificación de la reparación y los fines preventivos que puede cumplir la misma, debo reconocer que ha ejercido influencia en mi pensamiento¹⁶⁶. En lo atinente a Francisco Castillo González aunque no ha aceptado la concepción de la necesidad de la pena para afirmar la responsabilidad, de modo que no ha relacionado ello con la justificación de la reparación como supuesto de exención de pena, en lo atinente a institutos como la conciliación, la reparación del daño y la suspensión del procedimiento a prueba parece admitir que la exención de pena obedece a consideraciones preventivas. Ha indicado: *“Debe tenerse en cuenta que nuestro sistema ha desarrollado una serie de instituciones que son correctivos del sistema de culpabilidad basado en la expiación. Tal es el caso de la conciliación en ciertos delitos (art. 36 cód. Proc. pen.), de la reparación integral*

Fundamentos político-criminales del Derecho Penal. Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 205-238.

¹⁶⁴ Cf. Müller-Dietz. Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (Par. 56b II Nr. 1 StGB). En: Jahr (Editor). Gedächtnisschrift für Dietrich Schutz. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, pp. 253-269.

¹⁶⁵ Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada. Editorial Comares, 2004, pp. 163, 170-185; Rivero Sánchez. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134. Albin Eser hace referencia a los diversos problemas que implican las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que llevan a una “reprivatización” del Derecho Penal, lo que conduce a un enfrentamiento con las máximas en que se ha basado. Aun cuando advierte frente a los problemas que ello puede traer, no se pronuncia en contra de ello. Eser. Funktionwandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur “Reprivatisierung” des Strafrechts? En: Kroeschell (Editor). Recht und Verfahren, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 21-53.

¹⁶⁶ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil. En: Libro en Homenaje a Julio Maier. Buenos Aires (Argentina), Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886; Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil. En: *iusdoctrina*, 2011. En: <http://www.iusdoctrina.ucr.ac.cr/images/PDF/articulo%206-1.pdf>.

del daño en ciertos delitos (art. 30 inciso j) cód. Proc. pen.), de la suspensión del procedimiento a prueba (art. 25 cód. Proc. pen.), prueba por determinado tiempo de la condena de ejecución condicional (art. 59 ss. cód. pen) y del perdón judicial (art. 93 cód. pen.), además de instituciones procesales como los criterios de oportunidad del Ministerio Público (art. 22 cód. Proc. Pen.). Schoch y Scheffler dicen que estas instituciones son correctivos adicionales del principio de culpabilidad basado en la expiación, porque ellas permiten realizar fines preventivos especiales y generales de igual o menor manera que los que se logran partiendo de los fines de la pena”¹⁶⁷.

Francisco Castillo González ha rechazado la concepción de la responsabilidad de Roxin que incluye la culpabilidad y la necesidad de la pena. Ha considerado que la concepción tradicional de la culpabilidad como un reproche, debe ser mantenida desprovista de consideraciones político-criminales¹⁶⁸. Ha indicado: *“Roxin acentúa la necesidad y la importancia en un Estado democrático del principio de culpabilidad. Pero considera que culpabilidad y prevención son elementos contenidos en el nivel de ‘responsabilidad’. Aunque Roxin establece que culpabilidad y prevención están al mismo nivel, considera que la prevención tiene una función fundamentadora y al mismo tiempo limitante, mientras que el principio de culpabilidad tiene únicamente una función limitante. En efecto, de sus exposiciones se derivan que él fundamenta los fines preventivos de la pena, mientras que el principio de culpabilidad solamente sirve como medio de limitación de la pena. Lo cual significa que en la doctrina de Roxin está escondido (y no es explícito como en Jakobs) el principio de primacía de la prevención sobre el principio de culpabilidad. La culpabilidad es simplemente la limitación a la punición estatal, pero materialmente no es más que ‘actuar antijurídico a pesar del reclamo normativo’. Conforme a la posición de Roxin, cabe preguntarse ‘si bajo el punto*

¹⁶⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 457-458.

¹⁶⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 274-277.

*de vista penal una sanción es necesaria contra el particular autor'. Por ello se considera que Roxin sostiene una concepción funcionalista sobre la culpabilidad y la pena. El punto de vista de Roxin es equivocado. La cuestión es si la pena es merecida. La culpabilidad es, por consiguiente, presupuesto de la pena y no simple limitación de ella*¹⁶⁹.

Ha criticado, con razón, la concepción funcionalista radical de Günther Jakobs¹⁷⁰. Este abandonó sus orígenes finalistas, como discípulo de Hans Welzel¹⁷¹, y la relación con el ontologismo y las estructuras lógico objetivas, para asumir una concepción normativista, influenciada primordialmente por la concepción sociológica de la teoría de los sistemas de Luhmann¹⁷² y en segundo

¹⁶⁹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 437.

¹⁷⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 35-39, 302-307.

¹⁷¹ Günther Jakobs había sido escogido incluso por Hans Welzel para que continuara actualizando las nuevas ediciones del Tratado de Derecho Penal, pero Jakobs, debido a la evolución de su pensamiento y al distanciamiento del mismo con el de Welzel, decidió no cumplir con lo encomendado por éste y más bien en 1983 publicó su propio Tratado.

¹⁷² Sobre la influencia de Luhmann sobre Jakobs véase: Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 78, 306-307 Indica Emiliano Borja refiriéndose a Jakobs: *“El autor utiliza el instrumental conceptual de la teoría de los sistemas de Luhmann”*. Borja Jiménez, Emiliano. Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, p. 109. Debe advertirse, sin embargo, Jakobs ha señalado que su coincidencia con los planteamientos de Luhmann no es exacta: *“La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho Penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de Luhmann. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones, no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales”*. Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional (Traducción: Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijóo Sánchez). Madrid, Civitas, 1996, p. 16. Sobre ello dicen Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio que la influencia de Luhmann sobre Jakobs ha sido sobrevalorada. Dicen: *“Junto a esa influencia, se manifiesta abiertamente en la concepción de la prevención general de Jakobs el*

lugar por el pensamiento de Hegel¹⁷³. Mientras Claus Roxin estructura su concepción fundamentalmente en la prevención especial positiva y reconoce la influencia de Franz von Lizst al respecto¹⁷⁴, ocupando un lugar secundario la prevención general positiva, Günther Jakobs parte de la prevención general positiva para estructurar su sistema, todo sobre la base de que el delito supone la defraudación de las expectativas que se tenían de que se produjera un comportamiento conforme a Derecho y la necesidad de confirmación del orden jurídico a través de la imposición de una pena¹⁷⁵. Ello lleva a Günther Jakobs a rechazar que el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos, indicando que debe reforzar la fidelidad al Derecho¹⁷⁶. Francisco Castillo González aunque ha reconocido la importancia de Günther Jakobs y su obra, ha criticado fuertemente sus posiciones. Así ha señalado: *“Debe rechazarse la tesis esbozada principalmente por Jakobs (...). Para esta la función del Derecho Penal es proteger la norma para estabilizar el sistema (...). Ahora bien, un Derecho Penal basado en la protección del sistema, cuyo centro no radique en el ser humano es inaceptable, no solamente desde el punto de vista ideológico (la posición de Jakobs es también ideológica), sino también desde el punto de vista de vista legal, pues la Constitución Política y la Convención de Derechos Humanos ponen*

influjo, en modo alguno menor, de una tradición filosófica que se remonta al menos hasta Hegel y el de una corriente de pensamiento jurídico penal que recorre casi todo el siglo XIX y de manera más oculta, casi subterránea llega hasta nuestros días”. Peñaranda Ramos, Enrique/Suárez González, Carlos/Cancio Meliá, Manuel. El nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 30-31.

¹⁷³ Sobre la influencia de Hegel en Jakobs: Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 302.

¹⁷⁴ Cf. Roxin, Claus. Fundamentos político criminales del Derecho Penal, pp. 239-290.

¹⁷⁵ Cf. Jakobs, Günther. Sobre la teoría de la pena (Traducción: Manuel Cancio Meliá). Bogotá, Universidad del Externado, 1998.

¹⁷⁶ Cf. Jakobs, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

como centro del sistema jurídico al ser humano”¹⁷⁷. Ha indicado además: “La protección de las normas sin la referencia específica al bien jurídico que ellas protegen carece de sentido. Igualmente carece de sentido reprimir una conducta que en concreto no produzca daño social, simplemente porque ella viola la norma, pues si ello hiciéramos caeríamos en el autoritarismo”¹⁷⁸. Por otro lado, la culpabilidad es concebida por Günther Jakobs desde su concepción funcionalista basada en la prevención general positiva, o sea, de acuerdo con su criterio en la necesidad del mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico¹⁷⁹, de modo que las consideraciones de ésta no sirven para limitar eventualmente la imposición de una pena, sino más bien como aspecto determinante en el análisis de la culpabilidad, de modo que la misma capacidad de culpabilidad debe ser analizada a partir de la prevención general positiva. Jakobs estructura de esta manera las diversas categorías del delito en atención a la contribución que prestan al mantenimiento del orden social. Con ello la culpabilidad pierde su carácter limitador de las ideas preventivas, adquiriendo más bien sentido con base dichas ideas, en particular en las de prevención general positiva¹⁸⁰. En cuanto al concepto de culpabilidad de Jakobs ha dicho Francisco Castillo González: “El concepto de culpabilidad determinado por los fines de la pena (prevención general positiva) implica prescindir de la ‘atribuibilidad’ o ‘reprochabilidad’, que es el fundamento del concepto material de

¹⁷⁷ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 78-79.

¹⁷⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 39.

¹⁷⁹ Cf. Jakobs, Günther. El principio de culpabilidad. En: Jakobs, Günther. Fundamentos del Derecho Penal (Traducción de Manuel Cancio Meliá/Enrique Peñaranda Ramos). Buenos Aires, Ad-hoc, 1996, pp. 13-70; Jakobs, Günther. Culpabilidad y prevención. En: Jakobs, Günther. Estudios de Derecho Penal (Traducción: Enrique Peñaranda/Carlos Suárez/Manuel Cancio Meliá). Madrid, UAM Ediciones/Civitas, 1997, pp. 73-99; Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General (Traducción: Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano de Murillo). Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 581-584; Jakobs, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1993, pp. 480-484.

¹⁸⁰ Una crítica a la concepción de Jakobs con respecto a la culpabilidad en: Stübinger, Stephan. Nicht ohne meine Schuld! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs. En: Kritische Justiz (Alemania), 1993, pp. 35-48.

*culpabilidad. El concepto de culpabilidad definido por los fines de la pena contradice nuestro derecho positivo que parte, para definir la culpabilidad del concepto de 'reproche' a quien, pudiendo exigírsele razonablemente una conducta conforme a derecho, escogió la conducta contraria a derecho*¹⁸¹.

La concepción de Günther Jakobs lo ha llevado en los últimos tiempos a justificar la distinción entre ciudadanos y enemigos, negándole el carácter de personas a estos últimos, ya que de acuerdo con él no puede ser considerado persona quien de manera permanente se encuentra enfrentado al orden jurídico. Con base en ello llega a hacer una diferenciación entre el Derecho Penal del ciudadano y el Derecho Penal del enemigo. Ello lo ha conducido a relativizar las garantías propias de un Estado de Derecho en el Derecho Penal del enemigo, mientras en Derecho Penal del ciudadano se mantiene el respeto de las garantías¹⁸². Se trata de una concepción contraria al principio de dignidad de la persona humana, al que no se le da importancia en la concepción de Günther Jakobs, considerando que dicho principio podría ser admitido como tal, pero que ello no sería una exigencia necesaria¹⁸³. Con respecto a ello es necesario citar lo que ha indicado Francisco Castillo González: *“No es aceptable en nuestro Derecho penal la distinción que hace Jakobs entre ‘persona’ (‘buen ciudadano’)*

¹⁸¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, p. 304.

¹⁸² Cf. Jakobs, G. Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. En: Jakobs/Cancio. Derecho Penal del enemigo. Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56; Jakobs. La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente (Traducción: Teresa Manso Porto). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp.29-35; Jakobs. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von der Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). En: Eser/Hassemer/Burkhardt (Editores). Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbessung und Ausblick. München, Verlag C. H. Beck, 2000, pp. 47-56; Jakobs. Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal (Traducción: Cancio/Feijóo). Madrid, Civitas, 2003, pp. 57-59.

¹⁸³ En este sentido dice Jakobs: *“La formulación clásica de Hegel, “El mandato del Derecho es por tanto: sé una persona y respeta a los demás como personas” es perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque siga siendo posible adoptar otros puntos de vista distintos”*. Jakobs. Sociedad, norma y persona..., p. 39.

e 'individuo' ('enemigo'). Jakobs parte de un concepto de persona que no concuerda con el entendimiento de este concepto por la doctrina constitucional y penal"¹⁸⁴. Indica que para Jakobs que para los "individuos' que se autoexcluyen y se despersonifican la pena estatal no tiene sentido, porque la pena solamente tiene sentido si el destinatario de ella es persona. Sin embargo, en nuestra materia constitucional, persona es una entidad físico espiritual, dotada de conciencia, que le permite distinguir entre lo bueno y lo malo, sujeto de derechos y deberes, cuya calidad de persona no la pierde por haber cometido un delito. Este es el mismo concepto que vale para el Derecho penal nacional, en virtud del principio de la interpretación de los tipos conforme a la Constitución, de la cual es parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos"¹⁸⁵.

Se ha ocupado Francisco Castillo de las discusiones que especialmente luego del 11 de septiembre de 2001 se han dado con respecto a la autorización de la tortura para la prevención de actos terroristas, como expresión extrema del Derecho Penal del enemigo. Igualmente de la utilización de la tortura para lograr encontrar a personas que se encuentran raptadas o secuestradas. Ha hecho así mención al caso Daschner¹⁸⁶. En Alemania el caso seguido en contra de Daschner, Vicepresidente de la Policía de Fráncfort, desató una gran polémica. En septiembre de 2002 había sido secuestrado un niño de once años, hijo de un banquero, siendo el responsable detenido por la policía, pero sin que se supiera el paradero del niño. En la mañana del primero de octubre de 2002 Daschner amenazó al detenido con aplicar la tortura si no revelaba en qué lugar estaba el niño. Como consecuencia de ello la persona detenida indicó dónde estaba escondido éste, quien, sin embargo, había sido muerto poco después del

¹⁸⁴ Cf. Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, p. 304. Véase también: Castillo González, Francisco. Las teorías de la acción en materia penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 146-150.

¹⁸⁵ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, p. 304.

¹⁸⁶ Véase: Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 188-191.

secuestro. Luego de que el caso fue conocido en febrero de 2003 se desató una gran discusión en Alemania, en donde la doctrina en general rechazó la posibilidad de una autorización de la tortura en ese caso, lo mismo que se pudiera dejar de penar a Daschner, aunque no faltaron defensores de éste, principalmente en el ámbito policial. En definitiva Daschner fue condenado en octubre de 2004, aunque no a una pena privativa de libertad efectiva, sino a una pena de multa (10,800 euros), suspendiéndose condicionalmente la pena privativa de libertad¹⁸⁷. Francisco Castillo González menciona igualmente el caso hipotético conocido como de la bomba de tiempo, según el cual la Policía llega a capturar a un presunto terrorista, que habría puesto una bomba de tiempo en una ciudad, que si explota ocasionará una gran cantidad de muertes. Ante la ausencia de pistas sobre el lugar en el que fue colocada la bomba y ante la premura de tiempo, se discute si la Policía estaría autorizada a practicar la tortura en contra del detenido, para lograr la información sobre la ubicación de la bomba y lograr desactivarla¹⁸⁸. Francisco Castillo González ha rechazado la práctica de la tortura como causa de justificación en tales supuestos. Ha señalado: *“En el caso de los policías, como representantes del Estado, solamente pueden ejercer sus funciones conforme a las disposiciones legales. Ahora bien, la prohibición de la tortura, contenida en la Convención de la ONU contra la tortura, aprobada por una ley interna, limita sus facultades y les prohíbe realizar una acción de legítima defensa en contra de la prohibición absoluta de la tortura. Esta prohibición forma parte del Estado de Derecho y es un bien indisponible para las autoridades”*¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Sobre este caso: Roxin, Claus. Kann staatliche Folter im Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein? En: Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München, Verlag C.H. Beck, 2005, pp. 461-472; Baumann, Susanne. Der “Fall Daschner”. Deutschen Institut für Menschenrechte (Compilador). En: Jahrbuch Menschenrechte 2006. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2005, pp. 322-326.

¹⁸⁸ Véase: Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, pp. 188-191.

¹⁸⁹ Véase: Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 190-191 y 276.

En lo correspondiente a la distinción entre actos de ejecución y actos preparatorios, Francisco Castillo González ha asumido la doctrina individual objetiva, proveniente del finalismo y que es mayoritaria en Alemania. Sin embargo, se ha separado de la misma en cuanto se sostiene por ésta la teoría de la impresión, que lleva a la punición de la tentativa inidónea, salvo los casos de actuación irracional del sujeto. Lo anterior con base en que estos supuestos de conducta absurda no pueden provocar ninguna conmoción en la comunidad, por lo que podría disponerse la no punición. Ha señalado Francisco Castillo González: *“la interpretación que aporta la teoría individual objetiva, como actos inmediatamente anteriores a la realización de la acción típica, que le permite al agente, según su representación y su plan de autor – pasar de modo directo, sin acciones intermedias a realizar la acción típica, es compatible con el artículo 24 de nuestro código penal, a condición de que se parte del supuesto de que los actos realizados por el agente son idóneos para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado”*¹⁹⁰. Se trata de una posición que ha sido compartida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia desde principios de la década de los noventa del siglo XX¹⁹¹. Debe anotarse que la mención al peligro para el bien jurídico, introducido como un aspecto adicional por Francisco Castillo González a la teoría objetivo individual, tiene una base en la teoría neoclásica y el neokantismo, y está relacionada con la teoría material objetiva de la distinción entre tentativa y meros actos preparatorios¹⁹².

En lo que atañe a la distinción entre autoría y participación ha seguido la teoría del dominio del hecho, que indica que ésta se aplica salvo en los delitos especiales propios, delitos de propia mano, delitos de omisión impropia e impropia. Ha dicho: *“Para la distinción entre autoría y participación distinguimos entre delitos comunes y delitos que tienen características especiales respecto a*

¹⁹⁰ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 242.

¹⁹¹ Cf. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 559-F-95 del 15 de octubre de 1995; 2010-1426 del 23 de diciembre de 2010; 2011-380 del 8 de abril de 2011.

¹⁹² Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Delitos contra la vida..., p. 73.

la autoría (delitos especiales propios, delitos de propia mano, delitos de omisión propia e impropia). En los delitos que tienen características especiales respecto a la autoría, autor inmediato, autor accesorio, autor mediato o coautor, solamente puede serlo quien tenga las características especiales requeridas por el tipo penal de la Parte Especial. Quien carezca de estas cualidades podrá ser instigador o cómplice, pero no autor, ni coautor. En los delitos sin características especiales respecto a la autoría, la doctrina moderna sigue la teoría del dominio del hecho. Conforme a esta doctrina, autor es la figura central del acontecimiento, es decir, quien domina, con su voluntad, el hecho y quien puede decir él cómo del hecho punible y él sí o no del hecho punible. El autor tiene la capacidad de conformar el hecho punible y de decidir si el hecho punible se detiene o sigue adelante. El cómplice y el instigador tienen, en los delitos comunes, un papel subordinado a la voluntad del autor”¹⁹³. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia asumió la teoría del dominio del hecho desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, luego de una visita que hizo Enrique Bacigalupo a Costa Rica¹⁹⁴. Sin embargo, debe reconocerse que con respecto a los delitos especiales propios, por ejemplo el peculado, no se ha hecho por la Sala Tercera la distinción que hace Francisco Castillo González, en cuanto éste no admite la coautoría del sujeto que no tiene la característica de funcionario¹⁹⁵.

Ha rechazado la teoría de la autoría mediata con base en la utilización de un aparato organizado de poder, formulada por Claus Roxin¹⁹⁶ y que ha sido

¹⁹³ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. III, pp. 473-474.

¹⁹⁴ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Prólogo. En: Schöne, Wolfgang. Acerca del orden jurídico penal. San José, Editorial Juricentro, 1992, p. 12. Esta información de la influencia de Enrique Bacigalupo fue suministrada por el recordado Prof. Dr. Luis Paulino Mora Mora.

¹⁹⁵ Cf. Sala Tercera, votos 2007-339 del 30 de abril de 2007; 2008-232 del 11 de marzo de 2008; 2011-499 del 11 de mayo de 2011.

¹⁹⁶ Cf. Roxin, Claus. La teoría del delito en la discusión actual (Traducción de Manuel Abanto). Lima, 2007, Editora Jurídica Grijley, pp. 513-536.

utilizada en Latinoamérica para sancionar el terrorismo de Estado. La posición de Francisco Castillo González, parecida a la asumida por Hans-Heinrich Jescheck¹⁹⁷, llega a consecuencias prácticas similares a la de Claus Roxin en cuanto a la punibilidad, pero rechaza que se esté ante una autoría mediata por los que detentan el poder, afirmando más bien la existencia de una co-autoría entre los mismos y los autores inmediatos del delito. Ha indicado: *“Para nosotros, en el caso denominado ‘dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado’ hay una coautoría entre el hombre del aparato del poder-, que tiene el dominio del hecho, precisamente por tener el aparato de poder – y el ejecutor, que es el que realiza el hecho por sí mismo. Ocurre, por tanto, la imputación de la conducta de uno al otro. La discusión sobre la responsabilidad del hombre de atrás en el caso del apartado de poder organizado tiene gran importancia dogmática. Sin embargo, desde el punto de vista práctico y desde el punto de vista de la pena abstracta da lo mismo que se considere al hombre del aparato y al ejecutor respectivamente como autor mediano y como autor inmediato, o a ambos como coautores o como autores accesorios. Incluso si se califica al ‘hombre de atrás’, perteneciente al aparato como instigador y al ejecutor como autor inmediato, en el derecho penal alemán y en el derecho penal costarricense, en su estado actual, no tiene mayor importancia práctica, pues la pena que, en abstracto, sanciona la autoría y la instigación es igual”*¹⁹⁸.

Ha defendido la constitucionalidad de la regulación costarricense de la omisión impropia, en cuanto a que no supone un quebranto al principio de legalidad¹⁹⁹, posición que ha sido avalada por la Sala Constitucional²⁰⁰. En lo relativo a la posición de garante sigue la teoría de las funciones, que *“define la*

¹⁹⁷ Cf. Jescheck/Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General (Traducción de Miguel Olmedo Cardenette). Granada, Comares, 2002, Par. 62, No. II, 8, p. 722.

¹⁹⁸ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. III, p. 470.

¹⁹⁹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. I, pp. 135-139.

²⁰⁰ Cf. Sala Constitucional, voto 2728-98 del 24 de abril de 1998. Véase además voto 2002-10356 del 30 de octubre de 2002.

*posición de garante conforme a la función de protección del bien jurídico frente a cualquier peligro y conforme a la función de vigilancia de una fuente de peligro para el bien jurídico*²⁰¹. Debe resaltarse que la teoría de las funciones, que supone un gran aporte de Armin Kaufmann desde el finalismo, a través de su tesis de habilitación, se ha terminado imponiendo en Alemania, desechándose la vieja teoría formal, que fundamentaba la posición de garante en la ley, el contrato o la conducta precedente.

6. PUBLICACIONES DE FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ

Una lista ordenada cronológicamente de los libros escritos por Francisco Castillo González es la siguiente:

- 1) Observaciones sobre algunos aspectos de la Parte General del Código Penal de 1970. San José, Colegio de Abogados, 1970 (edición mimeografiada).
- 2) Derecho Penal Centroamericano. Parte General. San Pedro de Montes de Oca, Universidad de Costa Rica (edición mimeografiada).
- 3) Derecho Penal. Parte General. San Pedro de Montes de Oca. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1971, 4 tomos (edición mimeografiada).
- 4) Unidad de acción, concurso de delitos y delito continuado. San Pedro de Montes de Oca, Universidad de Costa Rica, 1974 (edición mimeografiada).

²⁰¹ Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, T. III, p. 203.

- 5) El recurso de revisión en materia penal. San José, Colegio de Abogados, 1980.
- 6) El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense. San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.
- 7) El delito de falso testimonio. San José, Juricentro, 1982.
- 8) Denuncia calumniosa, simulación de delito y autocalumnia. San José, Ediciones Pasdiana, 1982.
- 9) Esterilización voluntaria en el Derecho Penal costarricense. San José, Ediciones Pasdiana, 1984.
- 10) La sentencia penal inexistente. San José, Ediciones Pasdiana, 1986.
- 11) La autoría mediata. San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.
- 12) La excepción de verdad en los delitos contra el honor. San José, Ediciones Pasdiana, 1988.
- 13) El delito de extorsión. San José, Setelex, 1991.
- 14) La participación criminal en el Derecho Penal costarricense. San José, Editorial Juritexto, 1993.
- 15) El consentimiento del derecho habiente en materia penal. San José, Juritexto, 1998.

- 16) El dolo. Su estructura y sus manifestaciones. San José, Juritexto, 1999.
- 17) El delito de peculado. San José, Juritexto, 2000.
- 18) El delito de estafa. San José, Juritexto, 2000.
- 19) El error de prohibición. San José, Editorial Juritexto, 2001.
- 20) La colisión de deberes de acción en materia penal. San José, Editorial Juritexto, 2003.
- 21) Causalidad e imputación del resultado. San José, Editorial Juritexto, 2003.
- 22) Tentativa y desistimiento voluntario. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003.
- 23) La legítima defensa. San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.
- 24) Autoría y participación en el Derecho Penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2006.
- 25) El delito de omisión impropia. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007.
- 26) Las teorías de la acción en materia penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2008.
- 27) El bien jurídico jurídicamente protegido. San José, Editorial Jurídica Continental, 2008.
- 28) Derecho Penal. Parte General. Tomo I. San José, Editorial Jurídica Continental, 2008.

- 29) Derecho Penal. Parte General. Tomo II. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010.
- 30) Derecho Penal. Parte General. Tomo III. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010.
- 31) El delito de información privilegiada. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.
- 32) Suicidio e instigación y ayuda al suicidio. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.
- 33) El delito de legitimación de capitales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2012.
- 34) Los delitos de apropiación, San José, Editorial Jurídica Continental, 2012.
- 35) El delito de estafa. San José, Editorial Jurídica Continental, 2013.

Ha publicado numerosos artículos en revistas y libros colectivos. Una enumeración siguiendo un orden cronológico es la siguiente:

- 1) Observaciones sobre los delitos culposos. En Revista de Ciencias Jurídicas. No. 15, 1970, pp. 275-334.
- 2) El falso testimonio. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 17, 1971, pp. 131-200.
- 3) El encubrimiento. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 18, 1971, pp. 157-224.

- 4) Acusación y denuncia calumnia y la calumnia real. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, 1974, pp. 327-359.
- 5) Los vicios formales en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, 1974, pp. 327-359.
- 6) La prohibición de la “Reformatio in Peius” en el Código Procesal Penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 26, 1975, pp. 183-210.
- 7) Observaciones sobre el delito de violación. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 29, 1976, pp. 159-190.
- 8) La publicidad en el proceso penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 32, 1977, pp. 11-34.
- 9) Fases del procedimiento de impugnación penal. En: Revista Judicial, No. 8, 1978, pp. 23-26.
- 10) El efecto extensivo de los recursos. En: Revista Judicial, No. 10, 1978, pp. 27-34.
- 11) Posición del perito en el proceso penal costarricense. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 34, 1978, pp. 49-76. Una versión de este artículo fue publicada en idioma italiano en Italia, según me lo indicó Francisco Castillo González, pero no he podido localizar la cita.
- 12) El delito de daños. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 38, 1979, pp. 139-164.
- 13) Elementos subjetivos de las causas de justificación. En: Revista Judicial, No. 14, 1979, pp. 11-16.

- 14) Derecho a la protección de la vida privada, el domicilio, la correspondencia y el honor. En: Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas (Compiladora). San José, Editorial Juricentro, 1979, pp. 77-83.
- 15) Prueba indiciaria. En: Revista Judicial, No. 11, 1979, pp. 35-46.
- 16) Agente provocador. En: Revista Judicial, No. 16, 1980, pp. 9-16.
- 17) Renuncia y desistimiento del medio impugnativo en el proceso penal. En: Revista Judicial, No. 18, 1980, pp. 59-66.
- 18) Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 41, 1980, pp. 29-54.
- 19) Hurto de uso. En: Revista Judicial, No. 15, 1980, pp. 9-18.
- 20) Costa Rica (En coautoría con Markus Maurer). En: Jescheck-Löfler (Editores). Quellen und Schriftum des Strafrechts. Band II. Aussereuropäische Staaten. Munich, Verlag C. H. Beck, 1980, pp. 647-650.
- 21) Participación necesaria. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 48, 1982, pp. 61-78.
- 22) Actio libera in causa en el Derecho Penal. Revista Judicial, No. 26, 1983, pp. 25-34.
- 23) El principio de inmediación en el proceso penal costarricense. En: Revista Judicial, No. 29, 1984, pp. 17-28.
- 24) El interés para impugnar en el proceso penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 49, 1984, pp. 39-57.
- 25) Disposiciones penales de la Ley de Inquilinato. En: Ivstitia, No. 22, octubre de 1988.

- 26) Prueba indiciaria. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, No. 1, enero-junio de 1995, pp. 79-91.
- 27) La posición del juez en Costa Rica. En: La Justicia como garante de los Derechos Humanos y la independencia del juez. San José, ILANUD y otros, 1996, pp. 68-127.
- 28) La exclusión dolosa de la tipicidad y analogía in malam parten. El caso del Banco Anglo Costarricense. En: Ciencias Penales, No. 22, 2004, pp. 67-73.
- 29) Exclusión dolosa de tipicidad y analogía en malam partem. En: Interpretación y Aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005 (Perú), http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_14.pdf
- 30) Principio de culpabilidad y actio libera in causa. En defensa de su regulación legislativa. En: La Reforma al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal en Perú. Anuario de Derecho Penal, 2009 (Perú), http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_04.pdf, pp. 99-114.
- 31) Evolución del hecho culposo en Costa Rica de 1924 a la actualidad. De forma de culpabilidad a delito autónomo. En: Llobet Rodríguez, Javier/Durán Chavarría, Douglas. Política criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 323-338.
- 32) Imputación objetiva y el delito de estafa. En: Chirino Sánchez, Alfredo/Martínez Acevedo, Hernán (Compiladores. Ensayos sobre Derecho Penal Económico y de la Empresa. San José, Editorial Jurídica Continental, 2013, pp. 251-276.

Francisco Castillo también ha polemizado por la Prensa, en la que ha publicado una serie de artículos de opinión. Algunos de los artículos que ha publicado son los siguientes:

- 1) El derecho a recurrir. La Nación (periódico), 15 de marzo de 1986, p. 16 A.
- 2) Reforma al art. 216 del C Penal. En: La Nación (periódico), 6 de abril de 1988, p. 16 A.
- 3) Nuestra justicia y el siglo XXI. En: La Nación (periódico), 31 de enero de 1999.
- 4) Libertad de prensa y derechos humanos. No hay derechos absolutos. En: La Nación (periódico), primero de febrero de 2001.
- 5) Debido proceso y Constitución. No se pueden dejar de lado los derechos de los procesados. En: La Nación (periódico), 31 de diciembre de 2001.
- 6) Consecuencias del caso Herrera Ulloa. En: La Nación (periódico), 6 de agosto de 2004, p. 26 A.
- 7) Una aclaración obligada. Quien usa de su derecho no delinque. En: La Nación (periódico), 20 de agosto de 2004.
- 8) Exceso de celo. Las razones de un error. En: La Nación (periódico), 13 de octubre de 2004.
- 9) Las lamentaciones de Walter Reiche. En: La Nación (periódico), 9 de diciembre de 2009.

7. AGRADECIMIENTO

Puede hablarse de un antes y un después de Francisco Castillo González en relación con el Derecho Penal costarricense. La Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, son parte del legado de las enseñanzas que ha dejado en Costa Rica y que han llevado un aumento paulatino del nivel académico e investigativo en nuestro país en lo que respecta al Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal.

Como su alumno de los cursos de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la especialidad de Ciencias Penales de la misma, a nombre de los Posgrados en Derecho y de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, de alumnos, profesores y operadores del sistema penal, quiero expresarle a mi querido maestro Francisco Castillo González la admiración y gratitud por las enseñanzas que nos ha dejado a todos en Costa Rica.

II. APROXIMACIONES FILOSÓFICAS AL DERECHO PENAL

**CAPACIDAD DE CULPABILIDAD PENAL Y LIBERTAD DE DECISIÓN.
ACERCA DEL DEBATE ENTRE LAS NEUROCIENCIAS, LA FILOSOFÍA DE
LA MENTE Y EL DERECHO PENAL**

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora.

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

Director de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales.

“La verdad no se nos revela de golpe. Aunque el mundo esté lleno de gente que va por ahí creyendo saberlo todo de ti o de tu vecino, en realidad lo que no se sabe carece de fondo. La verdad acerca de nosotros mismos es interminable. Como lo son las mentiras.”²⁰²

RESUMEN. En el artículo se analiza, de manera crítica, el concepto de capacidad de culpabilidad penal tradicionalmente formulado por la dogmática penal alemana. Así, se le cuestiona desde una perspectiva metodológica realista y desde un enfoque sociojurídico, para luego confrontarlo con los más recientes descubrimientos de la neurociencia y con algunas posiciones de la filosofía de la mente. Frente a la afirmación realizada desde un enfoque neurocientífico fisicalista-determinista, en el sentido de que el ser humano no tiene libertad para decidir, se debe tener en claro que dicho concepto -el de *libertad de decisión*- no significa lo mismo en ese ámbito del conocimiento y en el derecho. Finalmente, se toma partido por una perspectiva compatibilista, según la cual en el concepto de capacidad de culpabilidad penal se pueden integrar datos sobre el desarrollo funcional y estructural del cerebro humano para que sean valorados, desde

²⁰² Philip Roth. *La Mancha Humana*, según cita de Solís Avendaño, Manuel. Memoria descartada y sufrimiento invisibilizado. La violencia política de los años 40 vista desde el Hospital Psiquiátrico. San José, editorial de la Universidad de Costa Rica, 2013, xxxii

criterios normativos, en relación con su incidencia sobre la capacidad de comprensión y de acción que tiene el sujeto juzgado, respecto de las normas penales.

PALABRAS CLAVE. Teoría del Delito. Culpabilidad Penal. Capacidad de culpabilidad o imputabilidad penal. Selectividad primaria de los requisitos de la capacidad de culpabilidad. Criterios metodológicos para la elección de los requisitos de la culpabilidad penal. Neurociencias y libertad de decisión. Filosofía de la mente y libertad de decisión. Dogmática penal y libertad de decisión.

ABSTRACT: The article discusses, critically, the concept of criminal culpability capacity traditionally formulated by the German criminal dogmatic. It is questioned from a methodological and from a realistic socio-legal approach, to then compare this with the latest discoveries in neuroscience and some positions in the philosophy of the mind. Given the statement from a neuroscientist physicalist-determinist approach, in the sense that man is not free to decide, it should be clear that this concept -the freedom of decision- is treated differently on the legal approach. Finally, we opted for a compatibilist perspective, according to which in the concept of criminal culpability capacity, data from structural and functional development of the human brain can be integrated to be valued from normative criteria in relation to the impact that it may have over the understanding of action that a person under judgment can have.

KEYWORDS: Theory of Crime. Criminal Guilt. Capacity of guilt or criminal responsibility. Primary selectivity of the requirements of capacity of guilt. Methodological criteria for the choice of criminal culpability requirements. Neuroscience and freedom of choice. Philosophy of mind and freedom of choice. Criminal Dogmatic and freedom of choice.

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 21 de octubre de 2013.

INTRODUCCIÓN

El primer contacto que tuve con la dogmática penal alemana, fue a través de los numerosos y variados estudios realizados por el Dr. Francisco Castillo González, profesor emérito de la Universidad de Costa Rica. Si uno ha sido alumno, y no solo eso, si uno ha leído al profesor Castillo, puede notar el enorme esfuerzo y la disciplina que implica el trabajo que ha emprendido a través de todos estos años y que ha culminado, recientemente, con la publicación de los tres tomos de su manual de derecho penal. Siendo así, quiero comenzar mi artículo en esta revista, que editamos en homenaje a nuestro profesor con ocasión de su cumpleaños 70, agradeciéndole por sus aportes a la dogmática penal costarricense y por habernos permitido el contacto con aquellas ideas, tal como fueron planteadas originalmente, y no a través de los refritos y distorsiones que se hacen de ellas en otras latitudes. Ese esfuerzo es digno de alabanza y por supuesto, de reconocimiento.

Pero el buen alumno no se contenta con felicitar, ni con felicitarse, por haber tenido un buen profesor. No, en algún momento el alumno debe cuestionar las ideas y planteamientos de sus profesores, y lanza retos en ese plano, de las ideas, a nivel de la discusión académica. En este sentido, es evidente que en la propuesta de sistema dogmático-penal de don Francisco se nota una enorme influencia alemana. Eso significa, consecuentemente, que algunos de los cuestionamientos más importantes que uno puede dirigir contra la doctrina penal alemana, también pueden enfilarse respecto de algunos de los planteamientos del profesor. Convencido de que las ideas no avanzan si uno se queda atrapado entre los halagos, voy a optar entonces por aquel camino de la reflexión crítica.

Para ello voy a hacer un análisis del concepto de capacidad de culpabilidad o imputabilidad penal, concepto que, como bien se sabe, forma parte de la culpabilidad en sentido estricto, componente último, a su vez, del concepto técnico jurídico de delito. Pero no voy a hacer un análisis de ese concepto desde “dentro” de la dogmática penal, sino desde “fuera” de ella, es decir, desde un enfoque meta-dogmático del que, según considero, no debería desentenderse

aquella disciplina. Quiero exponer, por lo tanto, algunos aspectos que me parecen débiles, frágiles, incongruentes o polémicos en el planteamiento que usualmente hace la doctrina penal alemana acerca del concepto técnico jurídico de capacidad de culpabilidad. Con esa orientación, este artículo se compone de tres partes esenciales:

1. **Un cuestionamiento metodológico.** Se trata de una crítica desde la metodología jurídica [realista] respecto de la manera en que, tradicionalmente, la dogmática penal alemana ha construido el concepto de capacidad de culpabilidad.
2. **Un cuestionamiento socio-jurídico.** A partir del cual voy a exponer algunos datos que usualmente permanecen ocultos, acerca de la manera en que la dogmática penal alemana y la práctica legislativa han seleccionado los requisitos vinculados al concepto de capacidad de culpabilidad.
3. **Una confrontación del concepto con los más recientes descubrimientos de la neurociencia.** Extremo en el cual haré una breve reseña de la **discusión** que ha sido planteada en Alemania entre el derecho penal, la neurociencia y la filosofía de la mente, acerca de la existencia o no de libertad de decisión en los seres humanos; condición aquella que subyace en el concepto de capacidad de culpabilidad y, en general, en el concepto de culpabilidad penal. Esa discusión rebasa en mucho los límites de un enfoque dogmático penal pero, dependiendo de la posición que se asuma, puede incidir o no en el contenido de los conceptos que ella formula.

Se trata, en síntesis, de un cuestionamiento metodológico y socio-jurídico y de algunos apuntes acerca del [inconcluso] debate que se ha suscitado en Alemania entre la neurociencia, la filosofía de la mente y la dogmática penal.

Esta es, en fin, mi mejor manera de rendir homenaje a quien así lo merece: al profesor Francisco Castillo González y su pensamiento.

1. ACERCA DEL MODO DE FORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE CULPABILIDAD O IMPUTABILIDAD PENAL

Como bien se sabe, el derecho penal de tradición jurídica continental utiliza una serie de conceptos o categorías de análisis con el fin determinar cuándo una persona ha cometido un delito, en sentido jurídico. Su comportamiento debe ser típico, antijurídico y además culpable. Culpable significa aquí que el comportamiento debe ser realizado por un sujeto con capacidad de culpabilidad (imputable), que no actúe bajo error de prohibición invencible y además que no actúe bajo circunstancias que excluyen la exigibilidad de que se comporte conforme a derecho.

En la construcción dogmática, el concepto de culpabilidad es entendido, finalmente, como un reproche o desaprobación personal respecto de quien actúa de manera contraria al derecho. Para poder formular ese juicio de reproche, se establecen una serie de requisitos previos que, supuestamente, deben ser verificados. El primero de esos requisitos, siguiendo el esquema analítico “estratificado” para el análisis de la culpabilidad, es el de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Para que a una persona se le pueda formular un juicio de reproche, para que se le pueda declarar como penalmente responsable, lo primero que se debe verificar es si dicha persona posee o no capacidad de culpabilidad.

En la perspectiva dogmática, con el concepto de capacidad de culpabilidad o imputabilidad, se designa y se analiza la posibilidad, psíquica-biológica, del sujeto de determinarse para el cumplimiento de lo ordenado por el derecho. En el análisis de imputabilidad se sigue un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos. En este nivel se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (**enfermedades mentales**) de

carácter orgánico, o de base biológica; pero también se determina la existencia de trastornos cuya causa no es orgánica, corporal o biológica, a los cuales se denomina como **trastornos de la conciencia**²⁰³.

Ese análisis se realiza en el entendido de que, para que exista culpabilidad, para que pueda reprocharse una conducta ilícita a una persona, es necesario que el autor haya tenido una capacidad psíquica que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación. La constatación de si existe o no una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia, es relevante en el tanto que esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de voluntad del sujeto en relación con un ilícito penal. Sin capacidad mental no existe autodeterminación y, por lo tanto, no puede haber juicio de desaprobación por realizar un ilícito penal. Por eso puede decirse que la imputabilidad en el derecho penal de adultos posee dos niveles de análisis:

El primero de ellos en el cual se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de conciencia. Esta actividad, de constatación, le corresponde al profesional en psiquiatría o en psicología forense.

El segundo nivel, de carácter normativo valorativo, se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de un ilícito particular. Esta actividad, de valoración, le compete al juez. El código penal vigente en Costa Rica se adhiere a este concepto mediante su

²⁰³ Entre estos se incluyen trastornos como el agotamiento, el exceso de fatiga, las acciones bajo hipnosis, los estados post hipnóticos, y algunas formas de estado pasional, que a pesar de presentarse en personas psicológicamente normales o psiquiátricamente sanas, disminuyen la conciencia de manera considerable. Dentro de los trastornos de la conciencia la doctrina penal incluye también otras anomalías psíquicas graves como las “desviaciones psíquicas de lo normal” (como las psicopatías, las neurosis y las anomalías de los instintos), que no se basan en una enfermedad corporal. Para todo, Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B.I, München, 2006. En español, del mismo autor. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, 1ª reimpression de la 1ª edición, 1999.pp.822-836

artículo 42²⁰⁴, en el cual se establece una presunción generalizada de imputabilidad.

Ahora bien, ya desde un punto de vista crítico, es necesario analizar más detalladamente el concepto que acabamos de dar y, con ello, destacar los extraños métodos de definición que utiliza la dogmática penal. En realidad, en la dogmática penal no se reflexiona sobre la imputabilidad penal, sino sobre su ausencia²⁰⁵. Para comprender mejor los motivos por los que se procede de esta extraña manera debe destacarse que en el derecho, en general -y el derecho penal no es la excepción,- existen dos grandes caminos metodológicos para la formulación de los conceptos dogmáticos: uno puede seguir, por un lado -como lo ha hecho la mayor parte de la dogmática penal alemana- una orientación ontologicista normativa; pero, por otro lado también se puede seguir un enfoque realista.

El ontologismo jurídico construye sus conceptos de manera artificial, abstracta, y luego pretende acomodar o analizar la realidad desde esos conceptos. Es, claramente, un proceso de formulación deductivo. En él se utilizan postulados nomológico deductivos, en que un tema o situación es explicada mediante su vinculación con una condición marco. Las explicaciones nomológico-deductivas, a pesar de que cumplen con criterios analíticos mínimos, tienen una grave deficiencia: no son falseables (ni demostrables). En ellas falta

²⁰⁴ El Código penal costarricense, en su artículo 42, parte de la presunción de imputabilidad del autor de un ilícito penal. Se asume esta presunción desde que se afirma que: “*Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes*”. Con base en esta norma, se presume la capacidad de culpabilidad y se acredita su ausencia.

²⁰⁵ Al respecto, destacando que esa es una característica de todos los componentes centrales de la culpabilidad penal: Günther, Klaus. *Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts*, en: *Jenseits des staatlichen Strafrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007. Puede verse la traducción que realicé de este artículo: El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad, en: *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, #25, Mayo 2008.

la demostración empírica. El panorama de la dogmática penal alemana está dominado por esta manera de proceder. El realismo jurídico, en términos generales, procede de manera inversa: busca un contacto con algunos datos de realidad y, luego, a partir de esos datos reales, construye sus conceptos. Utiliza postulados nomológico deductivos, pero se preocupa por vincularlos con ciertos elementos que permitan algún grado de verificación o falsación empírica.

En las propuestas dogmáticas basadas en el modelo ontologicista normativo se prescinde, con distinta intensidad, de una base real empírica para el concepto de culpabilidad penal y de sus componentes: la capacidad de culpabilidad, el conocimiento actual o potencial de injusto y la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho²⁰⁶.

En este punto alguien podría objetarme que en el concepto de incapacidad de culpabilidad penal hay una base empírica real: el primer nivel de dicho concepto está conformado por criterios médico psiquiátricos acerca de ciertos fenómenos (enfermedad mental, grave trastorno de conciencia) cuya constatación debe realizarse para afirmar la existencia de incapacidad de culpabilidad (o inimputabilidad, como se le denomina en nuestro medio). Precisamente, al hablar de aquellos supuestos que constituyen una enfermedad o un trastorno de la conciencia, se hace referencia a datos fácticos relevantes en tanto afectan la capacidad de comprensión y de dirección de un sujeto concreto. A quien objetara mis argumentos de esa manera le diría que tiene razón, pero solo parcialmente. Si se repara con mayor detalle, se podrá notar que, para la definición del primer componente del concepto de culpabilidad, la dogmática penal procede de manera negativa. ¿Qué significa eso?

Cuando en la vida cotidiana se pregunta que es una silla, seguramente no se responderá que una silla es aquello a lo que le faltan los atributos de una mesa. Pues bien, la doctrina penal sí procede de esa forma. Cuando define la

²⁰⁶ Más detalladamente Chan Mora, Gustavo. El Error de Prohibición Culturalmente Condicionado. Una Fundamentación Sociojurídica; San José, editorial Jurídica Continental, 2013, pp.27-56.

capacidad de culpabilidad (nótese que me pregunto sobre la capacidad de culpabilidad, no sobre la incapacidad de culpabilidad) la dogmática penal responde que la primera es aquello que existe cuando no se dan las causas que la excluyen, o que es aquello que existe cuando no se presentan los elementos que caracterizan la incapacidad de culpabilidad. **Pero, a todo esto ¿qué es la capacidad de culpabilidad?**

Casi en ningún manual de derecho penal, o de psiquiatría forense, podemos encontrar una respuesta para esta pregunta. La doctrina penal usualmente no hace reflexiones de este tipo. **De modo que esta es la primera crítica que quiero plantear: La dogmática penal utiliza, predominantemente, un método ontologicista normativo y no una metodología realista para construir sus conceptos. Con ello solo define la capacidad de culpabilidad como ausencia de incapacidad, lo cual es una tautología, evidentemente.**

Algún sector académico -en Fráncfort del Meno el profesor Klaus Günther, por ejemplo- se ha encargado de esclarecer que el concepto de capacidad de culpabilidad es utilizado en la dogmática penal, en realidad, como sinónimo de normalidad presunta²⁰⁷. Existe un cierto grado de normalidad en el comportamiento de la gente, una supuesta normalidad estadística, reconocida normativamente, que nos permite concluir que la gente usualmente se comporta conforme a derecho porque tiene las capacidades psíquicas para hacerlo. Como esta normalidad usualmente existe en la gente, también debe presumirse para el sujeto concreto que esté siendo juzgado en un proceso penal. Por eso la capacidad de culpabilidad se presume y su excepción, la incapacidad de culpabilidad y sus requisitos, deben ser demostrados, mediante la asistencia de la psiquiatría forense. Si la mayoría de las personas puede controlarse y omitir la violación de normas jurídico-penales, por lo tanto también debe hacerlo el sujeto concreto juzgado. Se trata de una conclusión de lo que se debe hacer,

²⁰⁷ Günther, Klaus. Op. Cit, Apdo III.

formulada a partir de lo que, supuestamente, se puede hacer por la generalidad de las personas (¡!).

Dejando de lado una crítica detallada acerca de la manera en que se define y utiliza esa idea de *normalidad psíquica*²⁰⁸, lo cierto es que ella se encuentra vinculada a un concepto de **libertad para decidir**, sobre el que, como se verá, previamente ha operado un proceso de selectividad política y normativa, para integrarlo, mediante ciertos presupuestos, como base del concepto de culpabilidad penal. Dicho de otra manera, *el legislador* (o, en su caso, el autor de la dogmática penal que formula el concepto) selecciona previamente los requisitos de la normalidad psíquica (capacidad de culpabilidad) o anormalidad psíquica (incapacidad de culpabilidad) bajo las cuales se estipula que un ser humano puede o no decidir libremente.

²⁰⁸ De manera sucinta, puede indicarse que el argumento referido es frágil y problemático básicamente por las siguientes razones: (1.-) Esa normalidad psíquica, estadísticamente sustentada, en la que se apoya la presunción de imputabilidad, nunca ha sido verificada, ni toma en cuenta la existencia de la cifra negra. Como indicaba décadas atrás algún planteamiento de la antipsiquiatría ¿Quién ha verificado el estado psiquiátrico de la población de nuestro país? ¿Quién ha decidido adónde se encuentra exactamente el límite entre normalidad y anormalidad psíquica? (2.-) Esa normalidad a partir de la cual se presume la imputabilidad, es ya una presunción de culpabilidad, que contraviene el principio de presunción de inocencia según el cual aquella debería demostrarse. (3.-) Desde el punto de vista lógico, en todo caso, desde un dato del ser (una supuesta normalidad psíquica estadísticamente sustentada) no se puede inferir un enunciado de deber ser. La inferencia que propone la dogmática penal es, a más tardar desde lo dicho por David Hume, una burda falacia naturalista. (4.-) Esa normalidad presunta no rige para un amplio sector de la población: los jóvenes, quienes usualmente tienen un grado de evolución psicológica cognitiva, moral, psico-social y neurológica distinta a la de los adultos. (5.-) La presunción de normalidad que sustenta la presunción de capacidad de culpabilidad en el derecho penal, implica una generalización en la que no se vincula el injusto penal con el sujeto que está siendo juzgado, sino con un modelo ideal, con un dato general. Esa conexión con el sujeto concreto juzgado surge solamente cuando se argumenta la excepción a la imputabilidad. Esto implica, a su vez, que el juicio de reproche, -que se supone debe ser juicio **personal** de reproche-, se hace finalmente a partir de un parámetro ideal abstracto -ese sujeto presuntamente normal, ese ciudadano promedio- y no a partir de las capacidades psíquicas reales, positivamente fijadas, de quien está siendo juzgado. Esto pone en duda, desde sus bases, la legitimidad racional y la coherencia lógica del concepto mismo de capacidad/incapacidad de culpabilidad penal.

Ahora bien, si se le pregunta a un neurocientífico en qué consiste esa normalidad psíquica, seguramente responderá, por ejemplo, que esta depende de un grado suficiente de desarrollo en las estructuras y funciones del cerebro humano. Será este grado de desarrollo, finalmente, el que permitirá o no que la gente tome decisiones conforme a (o en contra del) derecho. A diferencia de aquella *normalidad psíquica*, a la que se hizo referencia en el párrafo anterior, ese grado de desarrollo estructural y funcional del cerebro humano puede ser acreditado (y no debe ser presumido) para cada sujeto²⁰⁹. El problema es que, a la vez que se realizan esas afirmaciones, algún sector de la neurociencia, como expondré más adelante, también afirma que el ser humano no puede tomar decisiones libremente o, más tajantemente, que del todo no puede decidir.

Lo anteriormente expuesto plantea, desde mi perspectiva, dos interesantes problemas:

A.- ¿Bajo qué criterios se seleccionan (y deberían seleccionarse) los requisitos o componentes del concepto de capacidad o incapacidad de culpabilidad penal?

B.- ¿Qué posición tomar (para la formulación de aquellos conceptos) frente a la investigación y la afirmación de las neurociencias de que el ser humano no tiene libertad de decisión?

Nos encontramos frente a una disyuntiva (quizás aparente) en la que se debe escoger entre trabajar con un concepto [metafísico, ontologicista normativo] de capacidad de culpabilidad (y en general, de culpabilidad) vinculado a la idea de libertad para decidir, pero que carece de base empírica real; o trabajar con un concepto [realista] de base empírica -aportada, por ejemplo, por algunos datos de las neurociencias- para el que se debe resolver el hecho de

²⁰⁹ Obviamente, estos datos no forman parte (digámoslo claramente: no han sido seleccionados como requisitos) del actual concepto de capacidad de culpabilidad penal.

que algún sector de esas disciplinas de conocimiento niega aquella libertad para la toma de decisiones.

2.- UNA REFLEXIÓN SOCIO-JURÍDICA (Y POLÍTICA): ¿QUIÉN Y BAJO QUÉ CRITERIOS SELECCIONA LOS COMPONENTES O REQUISITOS DE LA CAPACIDAD O INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD PENAL?

La pregunta, así planteada, tal vez no sea tan clara. Voy a partir de un ejemplo histórico para explicarme mejor: en el año 1975 cuando se discutía el contenido que debía asignarse al artículo 20 del Código Penal alemán, se planteaba si mantener como requisitos de la incapacidad de culpabilidad únicamente la enfermedad mental y los graves trastornos de conciencia, o si incluir algunas formas graves de deprivación social como factores que podían incidir en la capacidad de comprensión y de dirección de los sujetos respecto de las normas penales²¹⁰.

La discusión no se resolvió mediante criterios científicos o mediante argumentaciones teóricas muy elaboradas, sino que se cerró mediante criterios exclusivamente políticos, es decir, mediante consideraciones acerca del ejercicio del poder punitivo del Estado [alemán]. Hubo voces en el *Bundestag* que dijeron que, de realizar esa consideración de factores económico-sociales, el concepto de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad se transformaría en un portillo para la delincuencia. Por eso los legisladores alemanes decidieron mantener ese concepto como el “ojo de una aguja”, por el que, como sucede con las puertas del cielo, solo pueden pasar muy pocos²¹¹. De este modo, los parlamentarios alemanes decidieron no incorporar otros requisitos o factores reales que, de ser

²¹⁰ Así, Günther, Klaus. Op.Cit. Apartado IV.

²¹¹ El criterio esencial que se dio para realizar esa selección fue que se buscaba evitar abrir un “portillo para los antisociales”. Crítico al respecto: Klaus Günther, Op. Cit., 2007, p. 71-97 La instrumentalización del ser humano, bajo tal argumento, es evidente, e inaceptable.

considerados, también permitirían afirmar la incapacidad de culpabilidad del autor de un ilícito penal. Sobre esta manera de proceder se pueden destacar las siguientes ideas:

A. Los requisitos o factores que permiten afirmar la incapacidad de culpabilidad penal, y con ello la incapacidad para decidir libremente, se seleccionaron a partir de criterios políticos.

Esa elección, políticamente condicionada, se llevó a cabo **en Alemania**, en el Poder Legislativo de ese país. El Código Penal costarricense, y muchos otros en Latinoamérica, adoptan un precepto casi idéntico al alemán para regular el tratamiento de la incapacidad de culpabilidad penal. Esto significa que, para la regulación de la inimputabilidad penal (valga el exceso retórico para la ironía) la asamblea legislativa de Costa Rica se convirtió en “órgano derivado del parlamento alemán”. Una discusión que se llevó a cabo allá, nunca se llevó a cabo en Costa Rica en ningún foro, por lo que se adoptó un concepto importado, sin realizar una discusión abierta acerca de ese tema.

B. La elección de los requisitos de la incapacidad de culpabilidad penal (y con ello, de la incapacidad para decidir libremente) también es producto de un proceso de selectividad primaria.

A partir del ejemplo anteriormente expuesto, quisiera llamar la atención sobre este fenómeno que, usualmente, pasa desapercibido, incluso para la criminología crítica, ya que en ella se hace referencia a la selectividad primaria únicamente como un proceso de selección desigual de aquellas conductas que serán definidas como penalmente típicas. En otras palabras, la selectividad primaria solamente se comprende en clave de tipicidad penal.

Frecuentemente se olvida, por lo tanto, que en la elección de los componentes o requisitos de la incapacidad de culpabilidad penal (y, valga agregar, en la elección de los requisitos del conocimiento de injusto y del error de prohibición, y de la exigibilidad-inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho) también opera un proceso de selección políticamente orientado, es

decir, un proceso [arbitrario] en el cual se prescinde de una orientación científica o metodológica sólidamente fundada para elegir aquellos requerimientos del concepto del que nos ocupamos.

La manera arbitraria en que esa decisión, en que esa elección política, se realiza, queda en evidencia si traemos a la memoria la idea expuesta por Von Liszt ya desde el año 1898, cuando indicaba: “[somos] *Nosotros, la clase dominante, [quienes] decidimos ahora quién debe ser castigado y quién no (...) nosotros declaramos hoy a los enfermos mentales (Geisteskranken) como no punibles*”²¹².

Aunque referido a otra categoría de análisis de la culpabilidad, otro ejemplo de la arbitrariedad con que opera esta selección lo encontramos mediante las investigaciones de la sociología y la antropología jurídica. En el ámbito anglosajón, por ejemplo, en un interesante trabajo sobre los indígenas Cheyenne, Karl Lewellyn mostró a inicios del siglo pasado cómo en este grupo cultural minoritario los factores y situaciones considerados como “justificantes” o “exculpantes” de una acción ilícita, divergían de aquellos seleccionados en la cultura jurídica dominante frente al mismo comportamiento²¹³. Esto era obviado, de manera absoluta, en las leyes vigentes en el contexto del colonialismo interno estadounidense, ejercido sobre los pueblos originarios. Un proceso similar opera en nuestro medio cuando se rechaza del todo la posibilidad de que las pautas culturales de una minoría étnica puedan generar un error de prohibición.

Respecto de este proceso de selectividad arbitrariamente orientado, también podemos mencionar la decisión del legislador costarricense de remitir al Código Penal y, con ello, de considerar únicamente la enfermedad mental y los

²¹² Von Liszt, Franz. Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik , en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Revista 18 (1898), nota al pie 13, p.256.

²¹³ Lewellyn K./ Hoebel E. A., The Cheyenne Way (1941), in: Fisher, W.W./Horwitz, M.J./Reed T.A. (editors) American Legal Realism, Oxford, Oxford University Press, 1993.

graves trastornos de conciencia como factores de exclusión de la capacidad de culpabilidad de los jóvenes acusados de cometer un injusto penal. Con ello operó un proceso de selección en que se dejó de lado toda consideración del grado de madurez, del desarrollo psicológico, cognitivo, moral y psicosocial de los jóvenes, como factores que pueden afectar su capacidad de comprensión y decisión respecto de una acción ilícita particular, independientemente de la existencia o no de una enfermedad mental²¹⁴.

Consecuentemente, esta es la segunda crítica que quiero formular: los requisitos que integran el concepto de capacidad/incapacidad de culpabilidad finalmente son el producto de un proceso de selectividad arbitrariamente fundado.

Frente a ese proceso de selectividad, se impone plantear la siguiente cuestión: ¿Bajo qué criterios, bajo qué parámetros, debería realizarse la selección de los requisitos que debe tener el concepto de capacidad / incapacidad de culpabilidad penal? Esa discusión nunca se plantea abiertamente en el ámbito de la dogmática penal. Y no se hace, sencillamente, porque la dogmática penal no puede responder la pregunta por sí sola (y, para saldar la cuestión, no basta con decir simplemente que en ese ámbito el legislador es soberano, porque esta última afirmación, desde el punto de vista argumentativo, no es más que una falacia de autoridad, con la que no se resuelve nada).²¹⁵

²¹⁴ Pueden consultarse al respecto algunos de los trabajos que he escrito sobre este tema. Así: Chan Mora, Gustavo. **El concepto de capacidad de culpabilidad (Imputabilidad) en el derecho penal juvenil alemán**; en: Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia, No 3, 2009; del mismo autor: **Fundamentos Psicológico-Evolutivos y Neurocientíficos para el Tratamiento Diferenciado de la Responsabilidad [¡y de la culpabilidad!] Penal de los Jóvenes**; en: Revista Electrónica de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, número 3, 2011.

²¹⁵ También el legislador debe encontrar algunos límites al ejercicio del Poder de Definición Penal que ejerce. Esto debería estar claro, desde que ejerce tal poder en el contexto de un Estado Democrático de Derecho. Algunos criterios metadogmáticos pueden servir para limitar ese Poder de selección.

Sobre el punto, he venido sosteniendo que, en la tradición mayoritaria de la dogmática penal alemana, en ese proceso de selectividad, se ha optado por asignar un significado ideal abstracto, y no empírico real, para los requisitos de las categorías de análisis que componen el concepto de culpabilidad. Frente a ello, considero que cada uno de los sub-componentes que integran la culpabilidad penal -y eso incluye la capacidad y la incapacidad de culpabilidad- deberían tener la estructura de un “concepto de dos niveles”.

Si se sigue una perspectiva realista, el primer nivel de aquellos conceptos siempre debería estar conformado por datos constatables, por una base empírica-real, y el segundo nivel estaría compuesto por criterios normativos, formulados para valorar la incidencia de aquellos factores sobre la capacidad de comprensión y dirección del sujeto juzgado, respecto de un injusto penal particular.

Esto nos lleva al problema acerca de cómo elegir esos requisitos de base real, lo cual no puede ser resuelto exclusivamente desde la dogmática penal. En términos generales basta con decir que, para seleccionar aquellos componentes teórico-empíricos del concepto en estudio, resulta pertinente seguir los siguientes criterios²¹⁶:

A.- Desde un punto de vista metodológico,²¹⁷ en relación con cualquier concepto teórico, y esto vale para el concepto de imputabilidad/inimputabilidad penal, se recomienda la utilización de múltiples indicadores independientes, ya que esto amplía la *extensión empírica* de tal concepto. Esto permite comparar los resultados de distintas operacionalizaciones y, por lo tanto, posibilita una

²¹⁶ Si bien entiendo que tal selectividad no puede eliminarse, también considero que sí puede reducirse el grado de arbitrariedad presente al momento de seleccionar los datos empíricos que deberán considerarse en las distintas categorías que componen el concepto de culpabilidad penal.

²¹⁷ Así, Schnell, R./ Hill, P.B./ Esser, E. *Methoden der empirischen Sozialforschung*, München- Wien, R. Oldenbourg Verlag, 7. Auflage, 2005, pp. 133-136.

mayor exactitud y verificabilidad empírica en caso de que existan errores de medición.

B.- Para definir esos componentes reales se debe optar por aplicar aquellas teorías que han sido mejor acreditadas. Dado que existen muy pocas teorías que solamente hayan sido confirmadas, se acepta como razonable aplicar aquellas que no sostienen exclusivamente explicaciones erróneas. Empero, una seguridad absoluta, brindada por teorías del todo irrefutables, no existe, ni existirá nunca. Según indica Opp:

“Luego, no se debe aplicar una teoría en una explicación [nomológico-deductiva], si mediante los métodos de la investigación sociológica-empírica ésta solamente ha sido refutada y no ha sido verificada”²¹⁸

C.- Si existe una diversidad de teorías de base empírica que han tenido el mismo grado de verificación o refutación, y estas se contradicen entre sí, debe elegirse aquella que haya sido mejor acreditada.

D.- Si existen varias teorías que se contradicen entre sí y no se puede decidir cuál ha sido mejor acreditada, ni tampoco alguna de ellas ha sido refutada, entonces la selección del dato real que integre el primer nivel del concepto en estudio debe recurrir a criterios normativos. Tal como apunta Volk:

“No está claro bajo cuáles máximas se puede averiguar, cuáles reglas de correspondencia son admisibles y apropiadas. Para su elección y, con ello, para la selección de los datos empíricos considerados como relevantes, la teoría de la ciencia no está en capacidad de ofrecer directrices vinculantes. A todas luces,

²¹⁸ Para todo Opp, Karl Dieter. *Soziologie im Recht*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, pp. 44- 49. Traducción libre. Lo escrito entre paréntesis se adiciona. Se deben rechazar de manera absoluta aquellas teorías que no han tenido ninguna acreditación hasta ahora, así como aquellas que únicamente han sido refutadas.

*en este punto se trata, de nuevo, de derivar los criterios necesarios desde fundamentos normativos.”*²¹⁹

La selección de un dato empírico, de una regla de correspondencia, de una teoría empírica, para un concepto de dos niveles, abre un espacio de decisión que las disciplinas empíricas a que se recurre, finalmente, no pueden resolver por sí solas. No puede establecerse, de manera general, cuáles indicadores empíricos son necesarios para poder realizar una medición respecto de un constructo teórico (por ejemplo, el de la capacidad de culpabilidad penal) y, finalmente, tampoco puede establecerse de manera general cual teoría empírica debe escogerse con ese fin. La teoría de la ciencia tampoco puede brindar directrices absolutas, vinculantes para hacer esa selección.

Los criterios para decidir serán, finalmente, teleológicos, pragmáticos y normativos, van más allá de las recomendaciones metodológicas aludidas y se encuentran fuera de las teorías de base empírica utilizadas.²²⁰ Desde mi perspectiva, algunos datos (acerca del proceso de desarrollo estructural y funcional del cerebro humano) aportados por la investigación neurocientífica cumplen con aquellos criterios metodológicos y, por lo tanto, deberían ser considerados como componentes empíricos, como requisitos de naturaleza real para el primer nivel del concepto de capacidad de culpabilidad penal.

Pero además, la formulación de un concepto con ese contenido se justifica:

A.- Por un criterio teleológico: con un concepto de capacidad de culpabilidad de base empírica, se puede realizar una mejor consideración y análisis de las capacidades de rendimiento reales de un sujeto concreto (y no de un parámetro ideal abstracto, como lo es el criterio generalizado, de normalidad

²¹⁹ VOLK, K. Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.) Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, C.H. Becks Verlag, München, 1979, pp.85-86. Según traducción libre del idioma alemán realizada por el autor.

²²⁰ Schnell. Ibid, pp. 79-80

presunta, del hombre promedio) para integrar la normas penales en su toma de decisiones.

Al seleccionar ciertos datos sobre el grado de desarrollo estructural y funcional del cerebro humano se puede alcanzar el objetivo de distinguir empíricamente algunas diferencias o particularidades neurológicas de los sujetos, que estén relacionadas con la comprensión y posibilidad de actuar en relación con los preceptos de las normas penales.

B.- Por un criterio pragmático. La selección de aquellas teorías e indicadores empíricos de las neurociencias, permite modificar tanto el método de formulación y contenido del concepto de capacidad de culpabilidad penal, como su aplicación y los resultados de dicha aplicación.

C.- Pero además, tal formulación del concepto de capacidad de culpabilidad penal se justifica con base en criterios epistemológicos, éticos y supra-constitucionales²²¹. Esto significa que, para la formulación de un concepto realista de capacidad de culpabilidad, aparte de seguir los criterios metodológicos arriba indicados, se deben escoger aquellos datos y teorías de base empírica a que ya se ha hecho alusión porque:

(1.-) Permiten superar una formulación exclusivamente negativa y metafísica del concepto de capacidad de culpabilidad.

(2.-) Posibilitan un mejor **reconocimiento** de los atributos (neurológicos) individuales involucrados y requeridos en la capacidad de comprensión y decisión de los sujetos juzgados penalmente.

²²¹ Me conformo acá con mencionar estos criterios: Una teoría ética del Reconocimiento (Axel Honneth) y el principio de igualdad, dotado de un sentido material específico.

(3.-) Sirven para formular un concepto de capacidad de culpabilidad más acorde con un contenido material de igualdad (entendido acá como trato penal diferenciado de acuerdo con las particularidades neurológicas de los sujetos).

Ahora bien, lo expuesto hasta ahora se enfrenta con una importante dificultad. Si se sostiene una metodología realista para la formulación del concepto de imputabilidad penal, con una estructura como la descrita, en que uno de sus niveles tenga un contenido empíricamente constatable (mediante las neurociencias), sucede que uno se topa de frente con una discusión enorme, que se ha suscitado en los últimos años en Alemania. En esta discusión se enfrentan posiciones desde la neurociencia, la filosofía de la mente y el derecho penal. La dificultad mayor emerge, sobre todo, porque algún sector de aquella primera disciplina aporta datos “duros” con los que pretende sustentar su afirmación de que los seres humanos no pueden decidir libremente.

3.- ¿EXISTE O NO LIBERTAD DE DECISIÓN EN LOS SERES HUMANOS? EL DEBATE ENTRE LA NEUROCIENCIA, LA FILOSOFÍA DE LA MENTE Y EL DERECHO PENAL

Como ya lo indiqué, en el concepto de capacidad de culpabilidad subyace -y esa se supone que es la base del reproche penal- un concepto de libre voluntad, de libertad de decisión o de libre albedrío. Solamente existe autorización para sancionar con una pena, con una sanción penal, a quien tiene cierta libertad para decidir. Esta libertad está asociada, a su vez, con una capacidad para comprender. Precisamente, en el caso del enfermo mental, esa capacidad para comprender, y para decidir sobre las propias acciones, se excluye. Por ello, no se le debe castigar sino que se le debe aplicar una medida de seguridad curativa.

Esta idea presupone que en los casos en que no existe una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia, el sujeto actuante tiene la libertad para decidir, tiene libre voluntad. Si se le sanciona es porque teniendo libertad

para decidir, decidió actuar en contra de lo que establece el derecho. En la actualidad dicho presupuesto es intensamente cuestionado y discutido en Alemania, sobre todo como consecuencia de los experimentos del neurobiólogo estadounidense Benjamin Libet. En esa discusión, como ya adelanté, participan estudiosos e investigadores de distintas disciplinas del conocimiento: de las neurociencias, la filosofía de la mente y del Derecho penal²²².

La idea de la libertad de decisión como rasgo esencial del ser humano (fundamental para un derecho penal basado en el principio y el concepto de culpabilidad) está en el centro de una enorme controversia. Así por ejemplo, en el año 2004, once connotados neurocientíficos alemanes emitieron el denominado *manifiesto de la neurociencia*, mediante el cual informaban que la libertad humana o, más precisamente, la posibilidad de decidir libre y concientemente nuestros comportamientos, es **solo una ilusión**²²³. Destacados neurólogos alemanes, mundialmente reconocidos, como Gerhard Roth, Wolfgang Prinz y Wolf Singer, respaldaron el manifiesto. La radicalidad de sus posiciones puede ser entendida de mejor manera mediante una cita de Gerard Roth:

²²² La bibliografía existente sobre el tema, en idioma alemán, se ha vuelto casi inabarcable. Sobre el tema: Merkel, Reinhard. Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008; Dietrich Herzberg, Rolf. Willensunfreiheit und Schuldvorwurf. Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2010; Roth, Gerhard/Grün, Klaus Jürgen (editores). Das Gehirn und seine Freiheit. Beiträge zur neurowissenschaftlichen Grundlegung der Philosophie. Göttingen, Vadenhoeck & Ruprecht, 2009; Stompe, Thomas/ Schanda, Hans (editores). Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften. Berlin, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2010; Lampe, Ernst Joachim/Pauen, Michael/Roth, Gerhard (editores). Willensfreiheit und rechtliche Ordnung. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2008; Sturma, Dieter (editor). Philosophie und Neurowissenschaften. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2006; Geyer, Christian (editor). Hirnforschung und Willensfreiheit. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2004; Singer, Wolf. Ein neues Menschenbild? Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2003; Pauen, Michael/Roth, Gerhard. Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2008.

²²³ Así, *Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung*, en: *Gehirn und Geist*, 3/2004, pp.30-37

“Me parece que es correcta la proposición de que no es el Yo [consciente] sino el cerebro el que ha decidido; luego, tomar una decisión es un proceso cuya manifestación es demostrable objetivamente. Oprimir el botón izquierdo o el derecho es una decisión y con la adecuada dedicación se puede investigar experimentalmente qué sucede en el cerebro antes y en el momento en que esa decisión se toma. En caso de que sea cierto que no es el Yo consciente el que toma la decisión sobre una acción, ¿entonces quien decide realmente?”²²⁴

Con base en el uso de tomografías axiales y tomografías de emisión de positrones, se está afirmando, y no solo afirmando, sino también se está demostrando -al menos eso sostienen quienes siguen esta posición- que los seres humanos no toman sus decisiones libre y voluntariamente. Las investigaciones neurológicas más recientes arrojan datos mediante los cuales, supuestamente, se constata que, en todo comportamiento humano, en toda decisión ante un dilema, existen procesos neuronales inconscientes que siempre preceden a la decisión voluntaria.

Con esto se quiere decir, en el fondo, que la conciencia o el pensamiento humanos son solo un epifenómeno²²⁵ que emerge de la complejidad de la

²²⁴ Así, Roth, Gerhard. *Worüber dürfen Hirnforscher reden- und in Welcher Weise?* En: *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Op. Cit. pp.77. La traducción del idioma alemán es libre y ha sido realizada por el autor.

²²⁵ Con el concepto de “epifenómeno” se designan entidades que efectivamente tienen una causa, pero que a la vez no tienen efectos. Este concepto puede tener una acepción rígida o una atenuada. En el primer caso se designan como epifenómenos aquellas condiciones que no tienen absolutamente ningún efecto. En un sentido atenuado se trata de todas las condiciones de un sistema que no tienen un efecto **significativo** sobre el sistema mismo como, por ejemplo, el humo de una locomotora a vapor que naturalmente produce ciertos efectos pero ninguno sobre la locomotora misma. El diccionario de la real academia española de la lengua recoge la acepción que existe para el término en psicología: “1. Epifenómeno. m. Psicol. Fenómeno accesorio que acompaña al fenómeno principal y que no tiene influencia sobre él.” Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, vigésima segunda edición, versión electrónica en Internet: <http://www.rae.es>. En este sentido se debe indicar precisamente, que según entiende la perspectiva epifenomenológica las actividades mentales, y por consiguiente todas las acciones humanas, son causadas exclusivamente por eventos físicos en el cerebro, pero a su vez aquellas actividades no tienen ningún efecto sobre ningún evento físico del cerebro. El comportamiento es causado por músculos que se contraen al recibir impulsos neuronales y los impulsos neuronales son generados por la entrada de

actividad cerebral y que solo refleja e interpreta procesos neuronales acontecidos previamente. Es con base en esta idea central que se sostiene que la idea del libre albedrío es solo una ilusión del ser humano. Toda decisión humana no es el producto de una voluntad consciente involucrada en ella, de una conducción consciente de las acciones, sino el resultado de los sucesos neuronales que acontecen en el cerebro, sobre los cuales el sujeto no ejerce, ni puede ejercer, ningún control.

Esta afirmación no es ni pequeña, ni poca cosa, si se parte de que el Derecho penal de la culpabilidad y, en general, todo el derecho, se sustenta en la idea de que los sujetos pueden controlar y dirigir sus acciones, voluntaria y conscientemente. Con esta afirmación, en realidad, la neurociencia esboza un nuevo modelo de ser humano. En ese modelo, un concepto como el de libertad de decisión, no tiene cabida.

Los más radicales seguidores del determinismo neurobiológico parten de que los datos de las investigaciones neurocientíficas deberían conducir, obligatoriamente, a un cuestionamiento, o a una abolición, de aquel sistema jurídico que rige, al menos, en la cultura occidental (y que se basa en la idea de

otras neuronas o por otros órganos de la percepción. Según la visión epifenomenológica las actividades mentales conscientes, la "conciencia inmaterial" no juega ningún papel como causa en este proceso. Algunos enfoques en la filosofía de la mente (vbgr. el fisicalismo) y en la moderna neurociencia han afirmado que los atributos de la conciencia son solamente epifenómenos del cerebro, entendido como sustrato físico de impulsos neuronales. Sin embargo, existen numerosas objeciones respecto de la idea de que la actividad consciente no provoca ningún efecto. Una de ellas, por ejemplo, es la de que tal idea contraviene en extremo nuestra propia intuición: en la vida cotidiana es frecuente que una sensación de angustia (mental) pueda causar que alguien emprenda una huida (consecuencia física) o que un sentimiento de amor cause un beso. Algunas concepciones recientes pretenden sustentar filosóficamente un concepto de determinabilidad y un concepto de libertad que superen esta idea, con base en los cuales se le pueda atribuir responsabilidad a una persona por sus acciones. Para una síntesis sobre la perspectiva epifenomenológica puede verse: Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/>. Sobre la perspectiva determinista y el concepto de voluntad consciente: Wegner, D.M. (2002), *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, M.A. MIT Press.

la libertad de decisión), para instalar en su lugar un Derecho penal de medidas de seguridad, basado en la medicina neurocientífica.

Sobre esta discusión quisiera destacar que, en realidad, en el siglo XX aquella idea de la libertad para decidir ha sido puesta en entredicho, por lo menos, desde cuatro perspectivas bien definidas²²⁶:

(1.-) El psicoanálisis. Freud y sus discípulos, por ejemplo, parten de que importantes componentes de nuestra realidad psíquica y, con ello, de nuestras motivaciones para actuar, tienen un carácter subconsciente. En el tanto existe el subconsciente, no se puede hablar de la libertad de acción, no se puede hablar de un sujeto actuante que decide conscientemente todas sus acciones y comportamientos.

(2.-) Ciertas perspectivas en las ciencias sociales. Algunos enfoques plantean que las circunstancias sociales en las que nacemos y nos socializamos influyen sobre nuestra manera de pensar y de actuar. Por lo tanto, relaciones sociales desfavorables influyen marcadamente sobre el grado de libertad que tendremos para tomar nuestras decisiones.

(3.-) De parte de las ciencias naturales también proceden objeciones contra la idea de que el ser humano posee libertad para decidir y para ser responsabilizado por sus acciones. Por un lado, por ejemplo, algún enfoque de la investigación conductual comparativa ha documentado que el comportamiento agresivo de los seres humanos tiene sus raíces en el pasado tribal de los primates y, por otro lado, los genetistas del comportamiento se empeñan en advertir que una parte importante de la agresividad humana está determinada genéticamente.

(4.-) Finalmente, el más reciente y radical “ataque” contra la idea de la libertad para actuar y decidir ha sido sostenido por los modernos exponentes de

²²⁶ Al respecto: Stompe, Thomas/ Schanda, Hans. Prólogo en: *Der freie Wille und Schulfähigkeit*, Op. Cit., VII-VII.

la investigación neurológica, de las neurociencias, a los que ya se ha hecho somera alusión.

Conviene enfatizar también que en esta discusión subyace un cuestionamiento más amplio acerca de cómo se produce el pensamiento humano. El tema no es nuevo. Ya desde la antigüedad griega los filósofos, y desde la temprana edad media los teólogos, se han ocupado del problema de la libertad del ser humano para decidir, y del tema de la conciencia o el pensamiento como atributos de la condición humana. A grandes rasgos, la reflexión filosófica ha tratado de dilucidar cómo se relacionan los fenómenos mentales con los ámbitos de lo físico y lo biológico. Para ello se han formulado respuestas desde, por lo menos, dos grandes perspectivas:

A.- Un enfoque materialista o fisicalista, según el cual los fenómenos mentales del ser humano (y entre ellos la toma de decisiones) pueden explicarse desde una base completamente física.

B.- Un enfoque dualista, que sostiene que el ámbito de lo mental es autónomo y no puede reducirse al ámbito de lo físico.²²⁷

Según una posición fisicalista-determinista radical, presente en las afirmaciones de algunos neurocientíficos, todos los fenómenos mentales de las personas (es decir, las acciones, convicciones, deseos, intenciones, decisiones) se reducen a la condición de resultados neuronales. Frente a esta posición radical algunos filósofos de la mente, seguidores de una posición compatibilista o dualista, han respondido que si bien la conciencia (o la toma de decisiones conscientes) se basa en alguna actividad neuronal, no puede reducirse solo a ella.

²²⁷ Hago una simplificación extrema, ya que las explicaciones construidas al efecto son mucho más complejas. Al respecto: Beckermann, Ansgar. *Das Leib-Seele-Problem. Eine Einführung in die Philosophie des Geistes*. Paderborn, Wilhelm Fink Verlag, 2008, pp. 7-20; del mismo autor, detalladamente: *Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes*. Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 3a edición, 2008.

Desde una filosofía de la mente de base dualista se le objeta al neurologismo radical un error fundamental de categorización: la actividad neuronal y la conciencia o pensamiento (requerido para la toma de decisiones) no pueden ser abarcadas con los mismos conceptos, con el mismo instrumental analítico, ontológico y epistemológico. El concepto de libertad de decisión escapa, de igual manera que el concepto de conciencia, a una comprensión o explicación construida exclusivamente desde la perspectiva de un tercero que observa objetivamente. Expuesto de otra manera, se problematiza si una teoría neurofisiológica del cerebro puede brindar una explicación adecuada de las convicciones mentales, las intenciones prácticas, las vivencias emocionales de los seres humanos, únicamente a partir de entidades físicas básicas, como los procesos neuronales.

Otra objeción importante desde aquella perspectiva indica que la teoría determinista radical esbozada por algunos neurocientíficos (que solo quiere y es capaz de explicar los fenómenos de la mente a partir de procesos neuronales) ya es, a su vez, producto de un fenómeno mental ¡que no se puede explicar únicamente a partir de procesos neuronales! Con ello se tendría la prueba de que el proceso de investigación y explicación científicos se desarrollan de manera consciente y no gracias a la mera actividad de sinapsis neuronales, porque en dicho proceso el objeto de estudio, por ejemplo, se eligió de manera voluntaria.

En ese tanto, una teoría que reduce todos los fenómenos mentales a fenómenos neuronales físicos, no conscientes, estaría basada en una petición de principio, porque aquello que se quiere explicar (la conciencia humana o la toma de decisiones conscientes), ya se tiene como requisito y condición de la explicación que formula una teoría neurológica que reduce todo a procesos neuronales físicos. La participación en la investigación científica misma carecería de sentido y sería contradictoria, si se entiende que nuestras convicciones mentales no pueden ser influenciadas por la fuerza de los motivos, y solo pueden ser dirigidas por la actividad neurológica.

Esta idea puede ser explicada de mejor manera con un ejemplo.²²⁸ Imaginemos una mesa de discusión, en la cual disertan un neurocientífico y un viejo filósofo de la mente. Utilizando tomografías funcionales, el primero muestra que, antes de cualquier decisión consciente, existe un proceso neuronal preconsciente, no dirigido voluntariamente por el sujeto que se enfrenta a un dilema en el cual debe decidir. Con ello demuestra su posición de que la libertad de decisión es solo una ilusión, a tal grado de que logra convencer al viejo filósofo quien acepta, finalmente, que estaba equivocado y que debía revisar sus ideas acerca de la libertad de decisión en el ser humano.

El ejemplo encierra, aparentemente, una paradoja: al neurocientífico habría que reconocerle que ganó la discusión, porque logró convencer al filósofo; pero, a la vez, habría que objetarle que no puede explicar, desde una base exclusivamente fisiológica-neuronal, cómo pudo realizar el viejo filósofo tal cambio de convicciones o de su manera de pensar. Si los argumentos o reflexiones conscientes no pudieran tener ningún efecto en la manera de pensar (ámbito supuestamente dominado por procesos neuronales), entonces no tendría tampoco ningún sentido intentar convencer a otro mediante motivos o argumentos, ni esas acciones tendrían efecto alguno [¡como el que sí tuvieron en el viejo filósofo!].

Por otra parte, también se ha cuestionado al planteamiento neurológico que sus ideas deterministas-fisicalistas, han sido enfatizadas para el caso de la toma de decisiones vinculadas a actos delictivos, y no se explica nunca porqué se han dejado de lado otros ámbitos en los que también hay que decidir. Lo cierto es que la idea sería aplicable a todo ámbito en el que se tomen decisiones y esto incluye, por ejemplo, las decisiones de los jueces, o los actos del gobierno o, como se ha visto, la propia investigación científica que, desde la perspectiva fisicalista radical, no serían realizados con base en una decisión voluntaria, sino como producto exclusivo de procesos neuronales. La idea es aplicable para toda

²²⁸ Tomo el ejemplo de Schopenhoff, Eberhard. Der freie Wille- ein problemgeschichtlicher Abriss. En: Stompe/Schanda (editores), Der freie Wille (...), Op.Cit., p8.

actividad en que esté involucrado el intelecto humano, desde nuestras acciones cotidianas más irrelevantes, hasta la acción misma de los investigadores de la neurociencia, cuyas propuestas teóricas, investigaciones, e incluso la selección de su objeto de estudio, no serían realizadas por ellos voluntariamente, sino ¡por sus cerebros! Si la posición de ciertos neurocientíficos radicales debiera interpretarse seriamente las consecuencias serían enormes, no solo para el Derecho penal, sino para todo el derecho, para nuestra cultura y nuestra sociedad.

La respuesta de la filosofía de la mente ha sido muy sólida, pero ¿Cómo debería reaccionar la dogmática penal en su formulación del concepto de culpabilidad y, en concreto, del concepto de capacidad de culpabilidad, frente a estos descubrimientos de la neurociencia? Los resultados de la investigación neurológica más reciente obligan a plantear de nuevo la pregunta esencial acerca de qué se entiende bajo el concepto de libre voluntad humana, con el que trabaja la dogmática penal. De manera sucinta, puede indicarse que, frente a este problema, el Derecho penal ha reaccionado, por lo menos desde tres posiciones distintas²²⁹:

(1.-) En primer lugar, se puede seguir una perspectiva determinista, según la cual el ser humano no es, ni actúa nunca libremente. En ese tanto la culpabilidad y la capacidad de culpabilidad penal deben ser consideradas como ficciones injustas. Si nuestras acciones están determinadas *a priori* por nuestra actividad cerebral, entonces la búsqueda de enfermedades mentales o la posibilidad de formular un reproche por la comisión de un delito, no tendrían ninguna razón de ser. Si nuestro cerebro manda, mediante procesos preconscientes, no controlados por el sujeto, entonces la libertad no existe y decae la legitimidad para imponer penas.

Si la pena es el resultado de un reproche que se formula a quien tiene la libertad de decidir, por lo tanto, desvirtuada la existencia de esa libertad, no se

²²⁹ Günther, Klaus. Op.Cit. Apartado V.

deberían imponer sanciones de este tipo. Esta idea culmina en la propuesta de que se debe sustituir un Derecho penal basado en la idea de culpabilidad (por las propias acciones cometidas) por un Derecho penal preventivo (capaz de intervenir incluso antes de que los sujetos actúen) y curativo, en el que las medidas de seguridad, en este caso basadas en los más modernos avances de la medicina neurológica, sustituyan a las penas.

Es obvio que esta posición afecta las bases mismas del Derecho penal que conocemos actualmente.

(2.-) En segundo lugar, una posición indeterminista se desentenderá del todo de los datos de la investigación neurocientífica y dirá que, independientemente de aquella, el ser humano actúa libremente. Se contentará con hacer una afirmación normativa de este tipo, y seguirá procediendo de la misma manera, es decir, presuponiendo la libertad de decisión y también la capacidad de culpabilidad, sin necesidad de dotarla de ninguna base empírica.

En este sentido se matricula, por ejemplo la posición del Tribunal Federal Alemán, el cual, ya desde 1952, entiende que la culpabilidad se basa en el *poder actuar de otro modo (Andershandelnkonnen)*.²³⁰ Actúa culpablemente quien, al momento de cometer un delito pudo (tuvo la libertad de) comportarse de otro modo adecuado a la norma jurídica y no lo hizo.²³¹

²³⁰ Así Günther, Klaus. Op.Cit. Apartado V.

²³¹ La crítica de Paul Bockelmann y de Arthur Kaufman frente a esta posición de la jurisprudencia alemana, bastante extendida en nuestro medio aún hoy en día, fue planteada de manera demoledora ya desde los años 60 y 70 del siglo pasado: A un autor nunca podría probarsele que al momento del hecho podía comportarse de otra forma distinta del ilícito; esto, vista la duda, debería operar a su favor. Una aplicación rigurosa del principio de in dubio pro reo impediría el dictado de condenatorias en casi todos los casos. Así: Bockelmann, Paul. *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit* en: *ZstW*, 75, 1963, p. 372 y sgtes; Kaufmann, Arthur. *Das Schuldprinzip, Anhang*, 2a edición, Heidelberg, 1976, p. 263 y sgtes.

(3.-) En tercer lugar, se pueden suscribir posiciones agnósticas frente al determinismo y al indeterminismo, como las sostenidas, por ejemplo, por Claus Roxin, o por el funcionalismo radical de Günther Jakobs.

El primero intenta desentenderse del problema del libre albedrío mediante la formulación del concepto de **asequibilidad normativa** como base del concepto de culpabilidad y todos sus componentes. Independientemente del problema de la libertad, lo que debe verificarse es si el sujeto, conforme a ciertos requisitos empíricos y normativos, puede acceder a las normas penales para considerarlas a la hora de tomar una decisión de actuar²³².

Jakobs por su parte, renuncia a todo requisito empírico para el concepto de capacidad de culpabilidad y, en general, para todos los componentes del concepto de culpabilidad, y entiende esos conceptos exclusivamente como postulados normativos. No interesa constatar ciertos atributos en el sujeto, vinculados con una idea de libertad de decisión, pues lo que interesa es reinstalar la vigencia de una norma puesta en entredicho por quien comete un delito²³³.

Este es un panorama complejo en el que uno, francamente, no debería apostar por las respuestas fáciles. Desde mi perspectiva diré (sin pretender para nada cerrar la discusión) que si uno opta por un enfoque metodológico realista, para la formulación de los conceptos dogmático-penales, no es fácil sustentar la propuesta de un concepto de capacidad de culpabilidad con una base material, empíricamente constatable, cuando al mismo tiempo disciplinas científicas de base empírica (las neurociencias), nos dicen que existen numerosas evidencias de que el ser humano no actúa libremente.

Sin embargo, según considero, al llevar los argumentos hasta sus extremos, algunos filósofos de la mente nos han ayudado a percibir un aspecto esencial: el concepto de libertad de decisión utilizado en la neurociencia,

²³² Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Op. Cit., §19, número al margen 36.

²³³ Jakobs, Günther. *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit*, en: Dieter Henrich (editor), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, 1982, p. 69 y siguientes.

contraviene el sentido o contenido de significado que se le asigna a ese mismo concepto en nuestras vidas; y, lo que resulta más importante, con lo expuesto hasta ahora, algo parece indicar que esa **libertad para decidir** de la que se habla en las neurociencias, no es la misma de la que hablamos en el Derecho penal. Siendo así, me parece que una línea de discusión futura, para intentar resolver este problema, debe pasar por lo menos por tres ejes distintos:

(1.-) Se debe tener en claro que detrás del concepto de libertad de decisión subyace lo que, en términos del segundo Wittgenstein, se denomina como un juego de lenguaje. Las palabras obtienen sus significados dependiendo del contexto, por ejemplo del contexto teórico en que se utilizan. Eso significa que el concepto de libertad de decisión tiene distinto significado en las ciencias neurológicas y en el derecho.

(2.-) Uno puede asumir una posición compatibilista en la que, a pesar de los resultados de las más recientes investigaciones de las ciencias neurológicas, se puede trabajar en el Derecho penal con una idea de libertad de decisión y con un concepto de capacidad de culpabilidad vinculados a una noción de libertad para motivarse, conceptos para los cuales, además, se puede seleccionar, racionalmente, una base empírica (suministrada también por las neurociencias).

Desde mi perspectiva, esta idea de libertad de decisión difiere de la que existe en las ciencias naturales y remite a la idea de que los seres humanos pueden considerar las normas penales, es decir, pueden motivarse para actuar en contra de o conforme a ellas, también de acuerdo con el grado de desarrollo funcional y estructural de su cerebro.

(3.-) Para el concepto de capacidad de culpabilidad se puede recurrir a una estructura de dos niveles, en que aquellos requerimientos empíricos, referidos a ciertos grados mínimos de desarrollo estructural y funcional neurológico, se vinculen con criterios jurídico-normativos, para valorar cuando un desarrollo insuficiente de esos atributos disminuye o anula la capacidad de comprender y de actuar en relación con una norma penal concreta.

CONCLUSIÓN

Respecto de la dogmática penal, en general, se debe asumir más bien una posición escéptica: en ella hay demasiadas respuestas fáciles, demasiadas contradicciones, muchos problemas mal planteados, numerosas mistificaciones... Una actitud sana, y sobre todo realista, debería ser entonces la de entender que la aspiración de racionalidad, coherencia y sistematicidad que se propone, solo puede alcanzarse de manera muy restringida, sobre todo si se tiene claro que aquellas deficiencias metodológicas y aquel proceso arbitrario de selectividad, políticamente fundado, también son rasgos esenciales de las construcciones dogmático-penales mayoritarias.

Por otra parte, frente a la seducción que provocan en la actualidad los resultados de la investigación neurocientífica, deberíamos tener en claro, para finalizar, algunas distinciones esenciales. Para ello me sirve el escenario planteado por Platón en "El Fedón"²³⁴. Enfrentados a la pregunta ¿Por qué no huyó Sócrates de la prisión?, podemos pensar en dos tipos de respuestas:

(1.-) La primera dirá: porque sus pies y sus huesos no se movieron. Aquí se responde acerca de las causas, las cuales pueden explicar el hecho de que Sócrates no huyera de la prisión, como cualquier otro resultado en el mundo físico.

(2.-) La segunda indagará acerca de los motivos que movieron a Sócrates. En esta perspectiva, la respuesta indicará: porque el siguió su *Daimonion*, su voz interior y, a pesar de estar encerrado injustamente, quiso obedecer las leyes del Estado.

Los motivos determinan las acciones humanas, pero no las causan. Lo que diferencia las acciones humanas de los hechos físicos es la estructura de su intencionalidad: los seres humanos actúan para alcanzar objetivos, que quieren

²³⁴ Platón. Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes. Volumen III: **Fedón**. Banquete. Fedro. Madrid, Editorial Gredos, 2003; Schokenhoff. Op. Cit., pp.5-6.

lograr con sus acciones. Para poder reconocernos como sujetos actuantes, es esencial que el concepto de culpabilidad penal, en cada uno de sus componentes, distinga entre causas y motivos, y pueda atribuir para las acciones y decisiones de los seres humanos la posibilidad de motivarse racionalmente, en este caso, para acatar o no lo que indica una norma jurídica.

Los neurocientíficos de enfoque fisicalista-determinista, eliminan la existencia de motivos y, con ello, cualquier posibilidad de reflexión ética o de formular un reproche penal (¡jo de cualquier naturaleza!) respecto de nuestros comportamientos. La renuncia a la pregunta sobre los motivos, cuya respuesta está mucho más allá que en la neurociencia (por ejemplo en el concepto de sujeto arraigado en nuestra cultura) nos anula como seres humanos y nos reduce a la condición única de cerebros interactuantes, lo cual, obviamente no somos.

Yo por mi parte considero (¡por lo menos hasta este momento y hasta que mi libertad de pensar y decidir no me indique lo contrario!) que se puede formular un concepto compatibilista de capacidad de culpabilidad penal, en que aquellas causas (empíricas) y aquellos motivos puedan ser valorados mediante algunos criterios normativos. Con lo dicho no pretendo cerrar una discusión cuyas aristas se han vuelto casi inabarcables. Me basta con que este artículo sirva para describir una polémica actual de carácter esencial y, para lo que más me interesa, que este aporte resulte útil para mostrar una actitud que considero fundamental frente a la dogmática penal alemana.

Al efecto, quiero rememorar una conversación que tuve con el Profesor alemán Klaus Günther, quien fuera lector de mi tesis doctoral en Fráncfort del Meno. Le decía yo en alguna ocasión, a manera de provocación, que algo de lo que él proponía en su libro *Schuld und kommunikative Freiheit*²³⁵ (Culpabilidad y Libertad Comunicativa) ya lo ha habido dicho una década antes, en Latinoamérica, el profesor Juan Bustos Ramírez. En contra de lo que esperaba

²³⁵ Günther, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 2005.

-en palabras que noté como absolutamente sinceras- el profesor Günther me respondió: “Sí, en Latinoamérica deberían aprovechar más su creatividad, deberían independizarse y, más aún, deberían olvidar un poco a la dogmática penal alemana, tan anclada a sus bases filosóficas hegelianas, idealistas”.

Yo no podría exponer mi posición de manera tan radical, pero sí me atrevo a decir que, partiendo de las bases teóricas a las que pudimos acceder gracias a grandes estudiosos del Derecho penal como el Profesor Emérito Francisco Castillo González, considero firmemente que en Costa Rica algún sector académico ya está en un momento de madurez intelectual tal como para promover nuestra independencia teórica. Desde mi perspectiva particular, eso significa que ya existe la capacidad de confrontar y cuestionar, de manera fundamentada, algunos de los conceptos y categorías de análisis de la dogmática penal alemana, para reformularlos desde nuestras propias coordenadas materiales. De paso, también se puede (¡y se debe!) hacer un poco de reflexión-antidogmática-penal.

BIBLIOGRAFÍA

BECKERMANN, Ansgar.

-*Das Leib-Seele-Problem. Eine Einführung in die Philosophie des Geistes.* Paderborn, Wilhelm Fink Verlag, 2008.

-*Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes.* Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 3a edición, 2008.

BOCKELMANN, Paul. *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit* en: *ZstW*, 75, 1963.

CHAN MORA, Gustavo.

-*El Error de Prohibición Culturalmente Condicionado.* Una Fundamentación Sociojurídica; San José, editorial Jurídica Continental, 2013.

-*El concepto de capacidad de culpabilidad (Imputabilidad) en el derecho penal juvenil alemán*; en: Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia, No 3, 2009.

-*Fundamentos Psicológico-Evolutivos y Neurocientíficos para el Tratamiento Diferenciado de la Responsabilidad [y de la culpabilidad!] Penal de los Jóvenes*; en: Revista Electrónica de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, número 3, 2011.

Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung, en: Gehirn und Geist, 3/2004.

DIETRICH HERZBERG, Rolf. *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*. Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2010.

GEYER, Christian (editor). *Hirnforschung und Willensfreiheit*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2004.

GÜNTHER, Klaus.

- *Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts*, en: *Jenseits des staatlichen Strafrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2007.

- *El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad*, en: *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, #25, Mayo 2008. Traducción de Gustavo Chan Mora.

- *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann Verlag, 2005.

JAKOBS, Günther. *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit*, en: Dieter Henrich (editor), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, 1982.

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip, Anhang*, 2a edición,. Heidelberg, 1976.

LAMPE, Ernst Joachim/PAUEN, Michael/ROTH, Gerhard (editores). *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2008.

LEWELLYN K./ HOEBEL E. A., *The Cheyenne Way* (1941), in: Fisher, W.W./Horwitz, M.J./Reed T.A. (editors) *American Legal Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

MERKEL, Reinhard. *Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

OPP, Karl Dieter. *Soziologie im Recht*, Reinbeck bei Hamburg, 1973.

PAUEN, Michael/ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2008.

PLATÓN. *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*. Volumen III: **Fedón**. Banquete. Fedro. Madrid, 2003.

ROTH, Gerhard/ GRÜN, Klaus Jürgen (editores). *Das Gehirn und seine Freiheit. Beiträge zur neurowissenschaftlichen Grundlegung der Philosophie*. Göttingen, Vadenhoeck & Ruprecht, 2009.

ROTH, Gerhard. *Worüber dürfen Hirnforscher reden- und in Welcher Weise?* En: *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Op. Cit.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B.I, München, 2006.

En español, del mismo autor. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, 1ª reimpression de la 1ª edición, 1999.pp.822-836

SCHNELL, R./ HILL, P.B./ ESSER, E. *Methoden der empirischen Sozialforschung*, München- Wien, R. Oldenbourg Verlag, 7. Auflage, 2005.

SINGER, Wolf. *Ein neues Menschenbild?* Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2003.

SCHOKENHOFF, Eberhard. *Der freie Wille- ein problemgeschichtlicher Abriss.* En: Stompe/Schanda (editores), *Der freie Wille (...)*, Op.Cit.

SOLÍS AVENDAÑO, Manuel. *Memoria descartada y sufrimiento invisibilizado. La violencia política de los años 40 vista desde el Hospital Psiquiátrico.* San José, editorial de la Universidad de Costa Rica, 2013,

Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/>.

STOMPE, Thomas/ Schanda, Hans (editores). *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften.* Berlin, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2010.

STOMPE, Thomas/ SCHANDA, Hans. *Prólogo* en: *Der freie Wille und Schuldfähigkeit*, Op. Cit., VII-VII.

STURMA, Dieter (editor). *Philosophie und Neurowissenschaften.* Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2006.

VOLK, K. *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C.H. Becks Verlag, München, 1979.

VON LISZT, Franz. *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Revista 18 (1898), nota al pie 13.

WEGNER, D.M. (2002), *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, M.A. MIT Press, 2002.

LA RACIONALIDAD TECNOLÓGICA DE LA JUSTICIA PENAL EN COSTA RICA Y SU (DES) HUMANIZACIÓN

Msc. Christian Fernández Mora

Fiscal de la Unidad de Apelaciones del Ministerio Público de Costa Rica.

RESUMEN: Este artículo explora la relación existente entre la implementación de una racionalidad tecnológica en la administración de justicia penal, y la pretendida humanización de este proceso de transformación de la justicia. Ambos fenómenos son entendidos como parte del exacerbamiento de los límites de la modernidad, bajo un modelo de maximización de la utilidad, que provoca que la eficiencia se transforme en un fin en sí mismo. Para tales efectos, se propone que la búsqueda de la eficiencia es una faceta más de lo humano que es racionalizar lo irracional.

PALABRAS CLAVE: tecnología, administración de justicia, humanización, utilidad.

ABSTRACT. This article explores the relationship between technological rationality in the administration of criminal justice and the pretended humanization that this transformation process demands. The research assesses how the utility maximization model used in this approach focuses in efficiency as the core of the process, which aligns to modern concerns. This article asserts that the efficiency pursuit is a human face of rationalize the irrational.

KEYWORDS: technology, criminal justice, humanization, utility.

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2013

Fechas de aprobación: 27 de septiembre de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

La tecnología ha sido un factor que ha producido asombrosos cambios en la vida social de las personas pues, a partir de la misma, se dio la ruptura entre la sociedad feudal y la sociedad industrial que origina a la era moderna. Gracias a la tecnología, hoy se vive más, hay mayores formas de controlar y erradicar enfermedades, es mucho más sencillo comunicarse con otras personas independientemente de las distancias, transportarse y tener comodidades al alcance de la mano. Sin embargo, la fe ciega en la tecnología puede llevarnos a que nos volvamos sus esclavos.

La existencia de un Poder Judicial es una victoria de la Ilustración, que propugnaba por un sistema de pesos y contrapesos, donde no existiera un poder que no estuviese sometido a las leyes. Es así como la función de juzgar a las personas no estaría encomendada al mismo órgano encargado de promulgarlas, ni al de ponerlas en práctica.

Si bien es cierto, los conceptos de tecnología y justicia, en los términos que hoy los conocemos, son parte de un mismo fenómeno (llevado a cabo a partir de la Revolución Francesa, y que hoy se suele llamar Modernidad), hasta hace poco tiempo no existían razones para hablar, a la vez, de ambas; ni mucho menos para considerar que pudiera existir algún problema para digerirlas. No obstante, los recientes planes de modernización de la administración de justicia en el Poder Judicial de Costa Rica, llevan a poner sobre la palestra, la pretensión de que, mediante la tecnología, se pueda garantizar una mejor forma de impartir justicia.

El objetivo del presente trabajo consiste en evidenciar cómo el discurso presentado por el proyecto de modernización de la administración de justicia, es una evidencia más de la exacerbación de los límites de la modernidad que, mediante la implementación tecnológica, busca la eficiencia en el sometimiento de las vidas de quienes resultan excluidos por un sistema de ganadores y

perdedores, en ese juego de vivir y morir racional y productivamente (Marcuse, 1993).

Para cumplir con el objetivo planteado, la propuesta metodológica consiste en el análisis del discurso del modelo de administración de justicia pretendido por el Poder Judicial, en el tanto establece una prioridad a los criterios de excelencia y humanización, consistiendo el fin de este análisis en la determinación del trasfondo de dicha propuesta de justicia.

En ese orden de ideas, se analiza el discurso generado por los promotores del proceso de modernización, respecto de la tecnología como factor para una justicia de “calidad”. Seguidamente se abordan los temas del expediente virtual y la sentencia oral, que han sido la punta de lanza de la apuesta tecnológica del Poder Judicial para el mejoramiento de la justicia. Finalmente, se analiza la implementación del discurso de una racionalidad tecnológica en la justicia penal en Costa Rica.

II. LA HUMANIZACIÓN COMO VISIÓN DEL PODER JUDICIAL

No cabe duda que la modernidad ha llegado para quedarse, y que sus aristas han tocado todos los aspectos de la vida en sociedad. Por eso la justicia no ha sido la excepción. El Poder Judicial de la República de Costa Rica, estableció en su plan estratégico 2007-2011 que la visión de dicho poder del Estado para ese periodo, consistía en una administración de justicia que pretende ofrecer un servicio “...de excelencia y humanizado, que incrementará la confianza de la población” (Poder Judicial, 2007).

Un carácter presuntamente paradójico se encuentra en esta dicotomía expresada por la estrategia de la justicia costarricense durante el quinquenio mencionado: a) Por un lado se destaca el carácter de la excelencia de la justicia, cuyo significado hace alusión a un rasgo propio del fordismo capitalista que

implica una producción estandarizada que procura una cierta calidad de un producto o servicio. No en vano, se define excelencia como aquella “superior calidad o bondad que hace digno de singular aprecio y estimación algo” (Real Academia Española, 2013). b) Por otra parte, se señala el carácter humano de dicho servicio, lo que pareciera hacer alusión a aquella “...*estrategia consistente en hacer del hombre la fuente y la meta de todo valor, la defensa de la dignidad y libertad esenciales de cada ser humano y la afirmación del carácter autoemancipatorio de la cultura*” (Espinoza, 2000). En otras palabras, el respeto de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, hoy conocido en términos jurídicos como el respeto del principio de dignidad humana (Kant, 1994).

El carácter presuntamente paradójico al que se alude, se debe a que a primera vista, pareciera que no es posible que una institución como el Poder Judicial pretenda implementar una política de acción, por medio de la cual la búsqueda de esa excelencia del servicio no lleve a convertirla en un fin en sí misma.

Lo anterior implica que se tomen los términos excelencia y humanización como conceptos antagónicos, cuando más bien, como se pretende demostrar en este trabajo, ambos conceptos forman parte de una misma racionalidad propia del modernismo, una racionalidad tecnológica de la justicia.

III. EL DISCURSO DE LA TECNOLOGÍA EN LA JUSTICIA PENAL COSTARRICENSE Y SU RACIONALIZACIÓN

La búsqueda de la excelencia a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, ha llevado a que en el seno de la Corte Suprema de Justicia se hable de las bondades de la tecnología para lograr cumplir con el reto de impartir una “justicia ágil y de calidad” (Observatorio Judicial, 2009). De esta forma, se han implementado enlaces de fibra óptica entre los distintos Circuitos Judiciales, la utilización de servicios de video conferencias para recibir pruebas desde largas distancias en un mismo momento, la implementación de un sistema electrónico de expediente virtual y la política “Hacia Cero Papel”, impulsada por la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (Ulloa, 2012).

Dentro de las razones que se brindan para justificar la implementación de la tecnología en la justicia costarricense se señala que la misma traería la: “Reducción en los tiempos de respuesta judicial en procesos de derecho privado, garantía de transparencia y seguridad jurídica en el manejo del expediente electrónico” (Observatorio Judicial, 2009). Por su parte, en el proceso penal, se señaló que durante muchos años se dio una serie de prácticas que se alejaban de los “objetivos de las leyes”, provocando que los procedimientos se volvieran lentos, que atentaban contra la “humanización y la celeridad en el servicio de la justicia”, que provocaban que las etapas anteriores al juicio representaran casi el 70% del total de la duración promedio de los procesos penales (Poder Judicial, 2013).

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que el discurso de la tecnología, se visualiza como un remedio para “modernizar la justicia” y hacerla más “humana”, dándole un carácter prácticamente expiatorio a las formas de implementación tecnológica en el ámbito judicial, pues se reconoce que la administración de justicia no ha cumplido satisfactoriamente con el cometido ordenado por el artículo 41 de la Constitución Política de que la justicia sea pronta, cumplida y sin denegación, tal como lo señala la Comisión de Oralidad

en la referencia realizada en el párrafo anterior sobre la duración de las etapas anteriores al juicio en el proceso penal.

Lo curioso del discurso de la tecnología en la administración es que sus razones no son lo suficientemente claras, para convencer sobre las bondades de la empresa en la que se ha puesto en marcha el Poder Judicial, y en la que se han invertido una cantidad considerable de millones de dólares en empréstitos financiados por organismos multilaterales. En ese sentido, se puede observar en la presentación de la Comisión de Oralidad de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que se indica que se pretende una “justicia humana real”, pero nunca se conceptualiza qué se quiere decir con ello, e igualmente podemos decir de los conceptos de modernización y de excelencia.

Es así como, a nivel discursivo, las nuevas tecnologías vienen a convertirse en una “pomada canaria” para el retardo judicial, debido al proclamado éxito de la implementación tecnológica de varios Juzgados Modelo, que utilizan expedientes de tipo electrónico y desarrollan los procesos con preeminencia de la oralidad (Juzgado Laboral de Cartago, Juzgado Agrario de Alajuela y la Inspección Judicial). Así las estadísticas generadas de las funciones del proyecto de Juzgado Penal Modelo del II Circuito Judicial de San José durante el año 2011, señalan que el circulante de casos pendientes en ese despacho tuvo una “extraordinaria disminución” del 72% (Poder Judicial, 2013).

Por otra parte, se ha señalado que la utilización de tecnologías que favorecen la aplicación de la oralidad en los procesos, fomentan la democratización de los procesos. Sin embargo, *“¿La oralidad es, por sí sola, garantía de mayor democratización y de mayor cercanía al objetivo de construir “la verdad” en el proceso penal?, ¿O es tan solo un eslogan para encubrir procesos verticales y manipulatorios de comunicación? Con aquella afirmación ¿No se ocultan acaso las funciones latentes que puede cumplir la comunicación oral, por ejemplo, como un medio muy efectivo para lograr una mayor represividad?”*(Chan, año no publicado).

Desde la perspectiva de lo hasta aquí expuesto, se puede observar que el discurso sostenido por las autoridades para justificar la aplicación del modelo tecnológico de la justicia, se fundamenta en una dialéctica de poder-saber de tipo inmanente como la propuesta por Foucault (Lash, 2002) donde mediante la implementación de canales presuntamente democráticos que pretenden la humanización de la justicia, se justifica, quizás de forma inconsciente, la movilización de las personas, de los procesos y de los recursos en función de los intereses económicos y políticos hegemónicos.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DISCURSO TECNOLÓGICO

El proceso de implementación del discurso tecnológico ha sido como una aplanadora que no ha dejado que ningún obstáculo impida su puesta en marcha. El primer obstáculo que podría tener un proyecto tan ambicioso, como lo es dotar a la administración de justicia de procesos que dependan de la tecnología para la satisfacción de una pretendida excelencia, evidentemente es el costo del financiamiento de tal empresa. Sin embargo, tal circunstancia fue fácilmente superada desde que se dio la suscripción de dos contratos de crédito que el gobierno de Costa Rica adquirió con el Banco Interamericano de Desarrollo por la suma de \$33,6 millones para apoyar la “modernización” de la administración de justicia, de los cuales se destinó un rubro de \$13.299.890,00 para el proyecto de Eficiencia Judicial (Ministerio Público, 2011).

Es así como el verdadero obstáculo con el que se que se encontró el discurso tecnológico fue la existencia de personas de carne y hueso, con sus propias ideas y formas de concebir el mundo. No obstante, dicho escollo fue solventado mediante el mecanismo más antiguo y efectivo para dirimir los conflictos humanos: el ejercicio del poder. Así lo hacía ver el propio Secretario General de Ministerios de Justicia de Iberoamérica, Víctor Moreno Catena, en la entrevista que brindó al Observatorio Judicial en el año 2009, donde señaló: *“La principal barrera que hay que eliminar es la barrera humana de aquellos que se*

tienen que incorporar desde un modo de trabajar determinado a un modo distinto de trabajar con el nuevo sistema”(Observatorio Judicial, 2009, 5).

Para limar las asperezas, en el año 2005 se empezó con una capacitación obligatoria para todos los funcionarios judiciales del sistema penal (jueces, fiscales y defensores públicos), denominada “Oralidad y Proceso Penal: hacia un proceso penal por audiencias”, cuya finalidad era difundir una serie de ideas y prácticas enseñadas en el Centro de Justicia para las Américas, donde se asumía la operación del sistema anglosajón de los Estados Unidos (Ureña, 2011), y donde se partía de que el objetivo de la capacitación era aprender cómo funcionaba un sistema “adversarial puro”, con independencia de que no pudiese implementarse en Costa Rica por las disposiciones normativas que existieran al respecto.

Realizada la labor de convencimiento o mercadeo de una idea de justicia con claros tintes geopolíticamente hegemónicos, y ante la resistencia de algún grupo de funcionarios, la barrera que señalaba el señor Moreno Catena, fue traspasada mediante mecanismos menos sutiles, como la publicación de sendas circulares del Consejo Superior del Poder Judicial, como la Circular N° 72-2007 donde se hacía ver *“la obligación de hacer efectiva la aplicación de la oralidad durante las fases iniciales del proceso”* (Consejo Superior, 2007). Igualmente en la Circular N° 53-09, se señaló que:

“...los despachos judiciales deben hacer el esfuerzo por implementar nuevas formas de prestación de servicios donde se incluyan la oralidad y el uso de nuevas tecnologías, para reducir el uso de papel y las fotocopias; asimismo, tener presente la política de suministrar documentación a los usuarios por medios electrónicos, conforme lo permite la ley” (Consejo Superior, 2009).

En aquellos casos donde excepcionalmente no fue posible conseguir el adoctrinamiento mediante la capacitación obligatoria o la regularización, fue

necesario continuar con formas de poder más explícitas, como la amenaza de corrección disciplinaria, que se evidencia en las políticas dispuestas por el Consejo Superior del Poder Judicial en la sesión 4119-2009 del 12 de mayo de 2009, donde por sugerencias de la Comisión de Oralidad, se decide dejar claro que la política institucional de cambio por la oralidad es obligatoria, la coordinación con la Inspección Judicial para llevar controles cruzados, el señalamiento expreso de que para ser nombrado como juez es obligatorio haber llevado el curso de oralidad y la evaluación respectiva de ese conocimiento, e incluso que durante la juramentación de jueces se les indicara que se espera la aplicación total de la oralidad.

A. EL EXPEDIENTE VIRTUAL Y LA POLÍTICA CERO PAPEL

La pretendida modernización de la administración de justicia, conllevaba la utilización de la tecnología como herramienta para lograr calidad y eficiencia. Es así como uno de los componentes del proyecto consistía en la implementación de un “expediente virtual” donde el papel dejara de ser el protagonista de los procesos. Por esta razón se desarrolló, dentro del marco de los Juzgados Modelo o Juzgados Electrónicos, una serie de procedimientos para que las decisiones se tomaran sin considerar documentos físicos impresos en papel.

La primera experiencia se dio en el Juzgado de Cobro Judicial del Primer Circuito Judicial de San José, donde los documentos presentados por las partes, por más importantes que fuesen, inmediatamente eran pasados por un escáner industrial, que copiaba una imagen digital que se respaldaba en un sistema informático al que se llamó “Escritorio virtual”, y se le indicaba al usuario que conservara el documento original en caso de que le fuera solicitado por el tribunal en algún momento (Observatorio Judicial, 2009).

El éxito que tuvo la implementación de este sistema de justicia virtual, en procesos claramente dirigidos a facilitar los cobros de acreedores (bancos,

financieras y casas de préstamos), llevó a que el proyecto se extendiera a otros despachos judiciales y finalmente en la jurisdicción penal por medio del Juzgado Penal Modelo del Segundo Circuito Judicial de San José, donde los expedientes enviados por el Ministerio Público también fueron copiados digitalmente mediante el procedimiento de escaneo, y a partir de ese momento, se ordenó a la fiscalía que no se generaran más expedientes físicos, sino que atendiendo a la política Cero Papel, todo el expediente debía existir en el “escritorio virtual” que fue diseñado para tales efectos por firmas consultoras contratadas con el financiamiento del crédito otorgado por el BID.

El proyecto pretende implementar la política de cero papel a todos los despachos judiciales, y se aduce, en su beneficio, el costo medioambiental que genera el consumo de papel que anualmente realizaba el Poder Judicial.

No obstante, dentro de los cálculos que realiza el Poder Judicial, no se ha justificado el costo económico de la inversión sostenida que representa un proyecto que implica tecnología de punta para mantener la digitalización de documentos y el soporte informático para tales menesteres, aunado al mantenimiento de software antivirus, personal especializado en este tipo de equipo y soporte de redes a las que se encuentran sujetas este tipo de tecnologías.

Por otra parte, no puede olvidarse que el equipo tecnológico rápidamente se vuelve obsoleto, lo que implica un importante costo ambiental en su sustitución y el manejo de este tipo de desechos tecnológicos, y que, a diferencia de la facilidad en el reciclaje del papel, podría generar un grave daño ambiental, que se estaría produciendo sin una adecuada y consiente política de manejo de residuos.

Según datos de la Asociación Española de Fabricantes de Pasta, Papel y Cartón, desde el punto de vista medioambiental es preferible imprimir en papel un documento extenso que leerlo en una pantalla, ya que “...la huella de carbono que genera la impresión de un libro de tapa dura de 300 páginas durante todo

su ciclo de vida (desde el árbol hasta el lector) es de 1,2 kilogramos de CO₂, o que equivaldría a 115 búsquedas rápidas en internet de menos de un minuto de media, o a dos horas en total de consulta digital” (Efe, 2013). De igual forma organizaciones medioambientales, como “Amigos de la Tierra”, señalan que el costo energético de producción de dispositivos electrónicos es muy grande, así como que, en el proceso, existe una gran deforestación para acceder a ciertos minerales para fabricar sus piezas, que muchas veces no son reciclables (Efe, 2013).

Finalmente, existe un factor relacionado con el nivel de confiabilidad y seguridad de los soportes digitales, pues no solo la obsolescencia de la tecnología podría dificultar que los expedientes puedan ser conservados y utilizados luego de varios años, como lo sería para la realización de los procesos de revisión; sino que incluso los registros podrían no ser accesibles luego de un tiempo considerable, debido a factores climatológicos y del paso del tiempo. ¿Acaso puede alguien reproducir los documentos que se registraban en disquete, sin que no se encuentre con el problema de que los equipos de cómputo ya no tienen unidad de lectura de este tipo de dispositivos, y aún consiguiendo uno, que el disquete no tenga problemas para reproducirse por moho y humedad?

B. LA SENTENCIA ORAL EN EL PROCESO PENAL

En los últimos quince años se han escrito una cantidad considerable de páginas dedicadas al análisis crítico de la implementación de la oralidad en la administración de justicia, señalándose en su mayoría, que la oralidad consistía en un medio importantísimo para la producción de prueba en el juicio y facilitadora de otras garantías procesales(González, 1996).

No obstante, es a raíz del proceso de modernización puesto en práctica a partir del último empréstito otorgado por el BID, y la imposición de un sistema adversarial estadounidense en la justicia nacional, que se han generado importantes cuestionamientos a la aplicación obligatoria de un proceso estrictamente oral en todas sus etapas, incluido el pronunciamiento de una sentencia oral.

Como se indicó líneas atrás, la primera resistencia se dio por parte de funcionarios, a los que nunca se les brindó un espacio adecuado de discusión sobre la conveniencia de la implementación de la oralidad en todas las etapas del proceso, pues como se vio, el mecanismo utilizado fue la imposición del modelo. Por esta razón, en el seno del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante la resolución N° 2009-0254 de las 13:40 horas del 22 de enero de 2009, se cuestionó ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la constitucionalidad de la “práctica” de dictar sentencias orales a pesar de la falta de previsión legal para ello, señalando entre los múltiples argumentos, que existían dificultades para que se pudiera controlar lo resuelto en sentencia, así como el efectivo acceso a la justicia de los intervinientes, pues el sistema adoptado en los diferentes despachos solo puede visualizarse en una computadora, mediante el software utilizado para la grabación de las sentencias.

Sin embargo, los cuestionamientos anteriores fueron resueltos de un plumazo, mediante la decisión vinculante de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que mediante la resolución N° 2009-3117 de las 15:03

horas del 25 de febrero de 2009, señaló que la práctica de dictar sentencias orales no resultaba inconstitucional, sino que por el contrario, la oralidad posibilitaba el respeto de principios básicos de un Estado democrático, así como la eficiencia en la tramitación de las causas. Esta decisión vinculante, fue matizada con el señalamiento de que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el acceso a la sentencia cuando se solicitara su notificación por escrito y cuando motivos culturales o socioeconómicos, impidan que una persona pudiera revisarla en una computadora, el Estado debía garantizarle al imputado un lugar en el despacho para que revisara la sentencia con su defensor cuantas veces lo necesitara, o bien garantizando la transcripción en un plazo razonable.

Luego de más de cuatro años del dictado de esta resolución, aún no existen los espacios diseñados en cada despacho para que las personas revisen las sentencias orales cuantas veces lo necesiten, ni mucho menos esto ocurre para las personas privadas de libertad, cuando un disco compacto es vedado ingresarlo a un centro penal por su característica de ser fácilmente usado como un arma, lo que no ocurre con el papel.

En cuanto a la transcripción de las sentencias, en las ocasiones en que los defensores o los propios imputados han solicitado que se les entregue la sentencia escrita, mediante argumentos autoritarios, se les ha denegado tal posibilidad, señalando que la Sala Constitucional ya avaló la constitucionalidad del dictado de la sentencia oralmente, por lo que tampoco se ha cumplido en ese sentido con el matiz otorgado por el precedente constitucional.

De acuerdo con lo anterior, pareciera que para el discurso de la racionalidad tecnológica, poco importan los intervinientes en el proceso, pues redactar una sentencia y plasmarla en un documento escrito, implica perder valioso tiempo para decidir sobre otra condena.

V. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA RACIONALIDAD TECNOLÓGICA EN LA JUSTICIA COSTARRICENSE

Los acontecimientos relatados en las líneas anteriores, revelan que más que un proyecto de modernización de la administración de justicia, se ha producido un verdadero proyecto de modernismo en la justicia costarricense, en el sentido señalado por Scott Lash (Lash, 2002), pues el modernismo constituye un proceso de penetración de una racionalidad instrumental inmanente.

Es precisamente el discurso de la tecnología como medio para la excelencia en el servicio de la justicia, lo que nos lleva a afirmar que se ha llevado a su límite una racionalidad instrumental inmanente, en la que utilidad y humanismo han sido llevados a una concepción equivalente. En ese sentido Franz Hinkelammert (2012), señala:

“Desde esta perspectiva del cálculo de utilidad propia entendemos lo que dijo el dadaísta Francis Picabia en el café Voltaire en Zürich durante la Primera Guerra Mundial: “Lo indispensable es inútil”. Lo indispensable es: la convivencia, la paz, el cuidado de la naturaleza. No entra y no puede entrar el cálculo de utilidad. Por tanto, es inútil. Donde más utilidad aparece, es donde no se respeta la convivencia, donde se puede hacer la guerra siempre y cuando el cálculo prometa utilidades y donde se pueda destruir la naturaleza al antojo. Lo indispensable es inútil”.

La racionalidad tecnológica de la justicia es una racionalidad de la eficiencia, y por tanto, una racionalidad de la utilidad, donde lo que importa es la maximización de los recursos. Es entender la justicia como una empresa, donde lo que circula es capital: capital humano, capital tecnológico y capital económico. Este capital está destinado a generar un producto judicial: más condenas en el menor tiempo posible.

Por eso Marcuse señalaba que: *“La racionalidad tecnológica protege así, antes que niega, la legitimidad de la dominación y el horizonte instrumentalista*

de la razón se abre a una sociedad racionalmente totalitaria”(Marcuse, 1995, p. 186). Esta sentencia dada por Marcuse, no parece ajena a la racionalidad tecnológica que rige en la justicia penal en Costa Rica, pues se ha creado un reino de la eficiencia (Marcuse et al., 1995), donde mediante la tecnología se somete a otras personas, reduciéndolas a la cárcel, con juzgamientos cada vez más cortos, llevando tras de sí a toda una burocracia que sigue la lógica de que: *“El mundo tiende a convertirse en la materia de la administración total, que absorbe incluso a los administradores”* (Marcuse et al., 1995).

Lo anterior se pone de manifiesto con la promulgación del “Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia”, adicionado al Código Procesal Penal, mediante el artículo 18 de la Ley N° 8720 del 4 de mayo de 2009 (Asamblea Legislativa, 2009), que instaura un procedimiento no escrito, previsto para no tardar más de quince días hábiles desde el inicio del procedimiento y la celebración de la audiencia ante el tribunal. Este procedimiento está previsto para ser aplicado a las personas sorprendidas en flagrante delito, y tiene como novedad, que la sentencia únicamente puede dictarse de forma oral, esto impide al tribunal redactar la sentencia por escrito.

Es en este momento del análisis de la racionalidad tecnológica, que resulta importante retomar el concepto de “humanización” al que se hizo referencia al principio de este trabajo, pues se hablaba del carácter presuntamente paradójico entre esta racionalidad tecnológica y la búsqueda de una justicia más humana. No obstante, se dijo que lejos de encontrarnos ante conceptos antagónicos, el eficientismo y el humanismo forman parte de la misma concepción de una racionalidad tecnológica.

No en vano, Sergio Espinoza (2000) señala con gran tino que *“... el servicio que le ha prestado el humanismo a la civilización occidental no es nada despreciable. En nombre de la dignidad y de la libertad, sólo ha inculcado el sometimiento: es el discurso de la servidumbre voluntaria, por decirle en la*

*expresión de Etienne de La Boétie. El hombre no es garantía alguna de transparencia, razón y veracidad*²³⁶.

Franz Hinkelammert (2010) deja claro que cuando se deshumaniza a una persona, se está reconociendo su carácter humano. En este trabajo se sostiene que ha ocurrido un proceso a la inversa, pues cuando se habla de humanizar la justicia, mediante mecanismos de corte utilitarios, como el recurso de más sentencias en menos tiempo, es porque previamente se ha deshumanizado a las personas sometidas a un proceso penal, y se establece una etiqueta de “humanización”, dentro de un marco de una racionalidad de lo irracional donde “...se cree poder humanizar las relaciones humanas por una simple ampliación de “libertad, igualdad y Bentham” (Hinkelammert, 2010, p. 245): igualdad formal ante la ley, egoísmo privado y el auspicio de una providencia omnisapiente (Hinkelammert. 2010).

Nos enfrentamos nuevamente ante un modelo de sometimiento, propio de la racionalidad instrumental inmanente a la que ya se hizo referencia, mediante el cual bajo la óptica de la democratización y de la idea de humanizar, se concibe una nueva forma de sometimiento: la eficiencia, por medio de la cual la justicia se convierte en una máquina que pretende niveles de estandarización de la calidad en función del tiempo, estableciendo lo que se debe hacer para definir, si una persona acrecienta o no la cantidad de reclusos del sistema penitenciario.

²³⁶En ese sentido, Foucault (1968) critica la filosofía del imperativo categórico kantiano, señalando: “A todos aquellos que quieren hablar aún del hombre, de su reino o de su liberación, a todos aquellos que plantean aún preguntas sobre lo que es el hombre en su esencia, a todos aquellos que quieren partir de él para tener acceso a la verdad, a todos aquellos que en cambio conducen de nuevo todo conocimiento a las verdades del hombre mismo, a todos aquellos que no quieren formalizar sin antropologizar, que no quieren mitologizar sin desmitificar, que no quieren pensar sin pensar también que es el hombre el que piensa, a todas estas formas de reflexión torpes y desviadas no se puede oponer otra cosa que una risa filosófica – es decir, en cierta forma, silenciosa” (p. 333).

Se trata de una estandarización, mal llamada búsqueda de “excelencia”, que repite el sistema del fordismo, y que ha llevado a que se hable de la McDonalización de la justicia (Ureña, 2012), pues existen casos que son resueltos en un tiempo récord inferior a la fabricación de una hamburguesa de esa franquicia de comidas rápidas.

Lejos de encontrarnos ante una racionalidad que mediante el uso de la tecnología pudiera resultar deshumanizante, por el contrario, señala el contenido humano de dicha racionalidad, pues muestra que “...*el hombre es también eso que la razón excluye, eso que la necesidad prohíbe, eso que el sentido intercepta o pone a su servicio*” (Espinoza, 2000, p. 8).

Se trata, más bien, de una clara fachada de lo humana que es la justicia –no en su sentido ideal²³⁷, sino en el sentido real o material– cuando pretende llevar hasta sus límites máximos la idea de la modernidad, de una racionalidad marcada por las reglas del mercado, donde las prácticas más democráticas se vuelven formas de sometimiento. Por eso Foucault señala que las democracias actuales, nos permiten vivir “...*bajo un régimen de dictadura de clase, de un poder de clase que se impone a través de la violencia, incluso cuando los instrumentos de esta violencia son institucionales y constitucionales*”.

El proyecto de modernización de la justicia en Costa Rica es, en suma: un reflejo de una racionalidad instrumental propia del modelo neoliberal que se desarrolla en la modernidad. Por eso, se apuesta por una herramienta necesaria para realizar y naturalizar esta racionalidad inmanente: la tecnología. Como consecuencia de lo anterior, no es sorprendente que se pretenda que la justicia pase por el filtro del cálculo de utilidad, donde la eficiencia pase a ser un fin en

²³⁷ Cuando se señala el sentido ideal de lo humano, se hace referencia a la posición que asume Karl Marx (citado en Hinkelammert, 2010), cuando indica que: “el imperativo categórico de echar por tierra todas las relaciones en que el hombre sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable” (p. 243), y que Hinkelammert resume en esta frase: “El ser humano sigue siendo “el ser supremo para el ser humano” (2010, p.243).

sí mismo, y en donde la humanización sea parte del proceso racional de “sometimiento de las almas” a las reglas del mercado.

VI. CONCLUSIONES

El ideal de la modernidad, con su fe en la razón y en la ciencia ha provocado la sociedad que conocemos, incluidas sus instituciones sociales y jurídicas.

La existencia de un órgano encargado de aplicar las leyes, es un producto de la modernidad, como también lo es la existencia de un discurso moderno que apuesta por la tecnología como vía de liberación y superación del ser humano. Sin embargo, hasta hace pocos años, en las sociedades occidentales de tradición romano germánica existía poca relación entre ambas formas de expresión de la modernidad, pues para juzgar a una persona no se necesitaba mayor tecnología que la creada por Gutenberg en el siglo XV. En nuestro medio, desde el año 2007, Poder Judicial ha implementado un proyecto de modernización de la justicia cuyo objetivo declarado es ofrecer un servicio “...de *excelencia y humanizado, que incrementará la confianza de la población*”, que pone en estrecha relación los mencionados productos de la modernidad: tecnología y justicia.

En este escenario, surge el cuestionamiento sobre las bondades de una empresa como la puesta en marcha por la administración de justicia costarricense, pues según se ha descrito en las líneas apuntadas anteriormente, más bien nos encontramos ante una manifestación clara del exacerbamiento de los límites de la modernidad.

La búsqueda de una justicia ágil y de calidad, pone en evidencia que también la administración de justicia ha entrado en el juego del neoliberalismo y su búsqueda de maximización de la utilidad. ¿Es casualidad que el proyecto de

modernización mencionado, venga acompañado del financiamiento de organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en su lógica colonialista de imposición de modelos a los países del tercer mundo: modelos de gestión económica (Programas de ajuste estructural (Arriola, 1992), modelos de gestión política (democracia como única forma de gobierno), y ahora, modelos de administración de justicia?

La imposición de modelos de gestión, ha sido la tónica del proyecto neoliberal, bajo el amparo de la idea de democratización de las sociedades latinoamericanas. La democracia es entendida como una emulación de la sociedad norteamericana: una sociedad basada en el individualismo y en el libre mercado. Por esta razón, los empréstitos realizados a los países latinoamericanos, normalmente imponen y no proponen estos modelos.

La lógica de estos proyectos de modernización, consiste en concebir la facilidad de invertir capital para establecer franquicias y centros comerciales con características estandarizadas para acoger los gustos de casi cualquier consumidor inteligente; pero es mucho más difícil controlar la aplicación de las leyes, sin una intervención directa sobre la forma de comprender la plataforma jurídica para realizar el juego del libre mercado. De esta forma, surge la idea de hacer una justicia eficiente, pero a la vez humanizada.

La pregunta que inmediatamente surge es: ¿para quién debe ser eficiente la justicia? En las líneas anteriores se ha propuesto que, la respuesta puede encontrarse en la dialéctica de poder-saber de tipo inmanente propuesta por Foucault (Lash, 2002), donde mediante la implementación de canales, presuntamente democráticos, se justifica la movilización de las personas, de los procesos y de los recursos en función de los intereses económicos y políticos hegemónicos.

El discurso oficial señala como ventajas de la implementación de una justicia tecnológica, el cumplimiento del mandato constitucional de una justicia pronta y cumplida, así como la generación de beneficios medioambientales,

como la reducción de la deforestación ante la puesta en marcha de proyectos como la política “Hacia el cero papel” y la utilización de una plataforma tecnológica para un “expediente virtual”, en el que los árboles sean los más agradecidos con la justicia.

No obstante, tales afirmaciones carecen de estudios que pongan en evidencia la relación de costos y beneficios de la utilización de estas tecnologías, que requieren de constante inversión económica por obsolescencia del equipo, inversión en personal capacitado para el manejo de la tecnología, mantenimiento de hardware, software, así como los riesgos medioambientales de manejo de desechos tecnológicos.

Igualmente, tampoco se ha ahondado en el estudio del factor relacionado con el nivel de confiabilidad y seguridad de los soportes digitales, pues no solo la obsolescencia de la tecnología podría dificultar que los expedientes puedan ser conservados y utilizados luego de varios años, como lo sería para la realización de los procedimientos de revisión de sentencia. Además, los registros podrían no ser accesibles luego de un tiempo considerable, debido a factores climatológicos y del paso del tiempo.

Las autoridades del Poder Judicial señalan que la tecnología permite que la justicia sea más humana (mediante la práctica de registrar las actuaciones y las sentencias en un formato digital), al permitir mediante la oralidad, el acercamiento de las partes con el juzgador y la decisión que va a ser tomada. Sin embargo, esta versión únicamente expresa una parte de la realidad, relacionada con el fenómeno de la oralidad, que tradicionalmente ha sido conceptualizado como un medio importantísimo para la producción de prueba en el juicio y facilitadora de otras garantías procesales, pero jamás como un fin en sí misma.

La otra pregunta que surge es: ¿por qué se vuelve más humana la justicia con esta apuesta tecnológica? ¿Será acaso que un disco compacto y no un papel, o escuchar a un juez explicando términos jurídicos complicados de una

sentencia, dan una sensación de consuelo a un condenado cual si fuese un abrazo o una palmada en la espalda?

Por otra parte, esta “lógica humanista” se olvida que el mayor interesado en el proceso penal es el imputado, sobre quien recae todo el ejercicio del poder estatal y quien se juega su libertad en la decisión judicial que se tomará.

Lo anterior implica que el acceso a la forma de registro de las actuaciones judiciales y de la decisión adoptada debe ser totalmente accesible para garantizar los derechos que le brinda la Constitución Política y los demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Por esta razón, no basta con que la decisión esté resguardada en un dispositivo de almacenamiento electrónico, si éste no puede ser revisado por la persona que, desde la prisión, no se le permite el acceso de un disco compacto, por resultar un objeto peligroso, al convertirse fácilmente en un arma; o porque simplemente las cárceles de nuestro país no tienen el equipo informático necesario para acceder a la información que contienen esos discos.

Además, tampoco se señala que la mayoría de las personas que son privadas de su libertad, son las que día con día son juzgadas mediante el procedimiento expedito de flagrancia, y que, en muchas ocasiones, desde su detención inicial son privadas de su libertad, por lo que desde ese mismo momento, no tienen acceso a las actuaciones y decisiones judiciales, pues las mismas se registran oralmente mediante los mecanismos tecnológicos que no pueden revisarse desde las prisiones.

El título de este ensayo señala entre paréntesis el prefijo (des), que sigue al concepto de humanización, que según se ha descrito en las líneas anteriores, va aparejado a esta racionalidad tecnológica de la justicia penal en Costa Rica. La razón de escribir en un paréntesis el prefijo “des”, se debe a que el mismo denota una negación o inversión del significado simple (Real Academia Española, 2013) del concepto de humanización.

El concepto de humanizar recuerda la lucha contra el salvajismo (Sloterdijk, 2005), contra la barbarie, pues lo que nos diferencia como seres humanos de otros animales es la posibilidad de razonar, la naturaleza de ese homo humanus (Heidegger, 2006). Lo anterior implicaría que todo lo racional sería contrario a lo salvaje. Sin embargo, en las líneas aquí expuestas se ha puesto de manifiesto que es posible racionalizar lo irracional, evidenciando hasta donde llegan los límites de la producción humana.

Es así como la pretendida humanización de la justicia es una simple etiqueta, mediante la cual se disfraza el hecho de que previamente se ha deshumanizado a las personas sometidas a un proceso penal, y donde mediante una racionalidad de lo irracional, ya se le ha puesto un precio al alma de dichas personas, mediante una nueva forma de sometimiento: la eficiencia, por medio de la cual la justicia se convierte en una máquina que pretende niveles de estandarización de la calidad en función del tiempo, y se establece lo que se debe hacer para definir, si una persona acrecienta o no la cantidad de reclusos del sistema penitenciario.

La estandarización de procedimientos, la búsqueda de tiempos récord y de la “excelencia”, evidencia como se ha llevado a límites exacerbados la lógica de la modernidad, como si impartir justicia se equiparara a las líneas de ensamblaje del fordismo, y en donde el tiempo invertido en una decisión judicial se mide en razón de la utilidad económica del procedimiento.

La propuesta crítica de este ensayo, consiste en sostener que el proyecto de modernización de la justicia en Costa Rica es un reflejo de una racionalidad instrumental propia del modelo neoliberal que se desarrolla en la modernidad.

Por eso, se apuesta por una herramienta necesaria para implementar esta racionalidad inmanente: la tecnología. Esto explica por qué la justicia debe pasar por el filtro del cálculo de utilidad, convirtiendo la eficiencia en un fin en sí mismo, donde la humanización sea parte del proceso racional de “sometimiento de las almas” a las reglas del mercado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Arriola, J. (s.f.). *www.uca.edu.sv*. Recuperado el 4 de julio de 2013, de www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4e52c3274f7celfracos.pdf

Chan, G. (s.f.). *defensapenalpublica.bolgspot.com*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de <http://defensapenalpublica.bolgspot.com>s

Chomsky, N. & Foucault, M. (2006). *La naturaleza humana: justicia versus poder. Un debate*. Buenos Aires: Kats Editores.

Consejo Superior, P. J. (2007). Circular N° 72-2007.

Consejo Superior, P.J. (2009). Circular N° 53-2009.

Consejo Superior, P.J. (2009). Sesión 4119-2009 .

Efe (2013). *efe.com*. Recuperado el 11 de septiembre de 2013, de <http://www.efefuturo.com/noticia/lectura-digital-versus-impresion-en-papel-que-contamina-mas/>

Espinoza, S. (2000). *serbal.pntci.mec.es*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/espinoza.pdf>

Foucault, M. (1968). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, S.A.A. de C.V.

González, D. (1996). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. *Revista de Ciencias Penales* (11), 60.

Heidegger, M. (2006). *Carta sobre el Humanismo*. Madrid: Alianza Editorial.

Hinkelammert, F. (2010). *La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso*. San José, C.R.: Editorial Arlekin.

Hinkelammert, F. (2012). *Lo indispensable es inútil*. San José, C.R.: Editorial Arlekin.

Kant, I. (1994). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Porrúa.

Lash, S. (2002). *Sociología del posmodernismo*. Buenos Aires, Argentina: Amorrotu editores.

Marcuse, H. (1995). *El hombre unidimensional*. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini, S.A.

Ministerio Público. (2011). *Rendición de cuentas. Programa de Modernización de la Administración de Justicia*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/transparencia/informe%20Semestral%20Proyecto%20BID/REndicion%20Cuentas.pdf>

Observatorio Judicial. (8 de julio de 2009). *Observatorio judicial*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de <http://sitios.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol90/>

Poder Judicial. (2007). Plan estratégico del Poder Judicial 2007-2011. <http://sitios.poder-judicial.go.cr>. Recuperado el 30 de abril de 2013, de http://sitios.poder-judicial.go.cr/direccionejecutiva/plan_estrategico_2007-2011/informativo/accesible.htm

Poder Judicial. (2013). Oralidad. *Sala Tercera Corte Suprema de Justicia*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de <http://poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/oralidad/presentacion>

Real Academia Española. (2013). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de <http://lema.rae.es/drae/?val=excelencia>

Sloterdijk, P. (2005). Reglas para el Parque Humano. Una respuesta a la “Carta sobre el Humanismo”. [Versión electrónica] . *Revista Observaciones Filosóficas*, 6. Recuperado el 4 de julio de 2013, de <http://musionorufu.zip.net/parque-humano.pdf>

Ulloa, H. (2012). Oralidad en el proceso penal costarricense: discursos y realidades. En *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica* (págs. 65-149). San José, C.R.: Investigaciones Jurídicas S.A.

Ureña Salazar, J. J. (2011). *Apelación y oralidad*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.

ACERCA DEL DISCURSO POPULISTA PUNITIVO

Prof. Lic. Miguel Zamora Acevedo*

Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR

SUMARIO: I. Introducción. II. Observaciones sobre el Lenguaje. III. Una visión errada: la búsqueda de un ideal de Seguridad ciudadana. IV. Ab Initio: El discurso populista punitivo. V. Algunas manifestaciones concretas del discurso Punitivista Punitivo en Costa Rica, según el discurso garantista. 1. Incremento de las Penas. 2. Endurecimiento de sistema penitenciario: Limitaciones a los beneficios carcelarios. 3. Contracara: visión del renacimiento de las víctimas y limitaciones a las soluciones alternas del proceso: a. Concesión de derechos en el control del proceso y el ejercicio de la acción penal. b. Protección de testigos en las fases del proceso. C. Aumento de los plazos de la prisión preventiva. VI. Post Scriptum. VII. Bibliografía.

RESUMEN: A partir de la construcción de los distintos niveles del discurso jurídico, se analiza el discurso del populismo punitivo, a la luz de la las tesis filosófica de la modernidad, y a su vez, proyectar su incidencia práctica en la problemática de la seguridad ciudadana.

PALABRAS CLAVE: Discurso jurídico, Populismo punitivo, seguridad ciudadana, Proceso Penal, víctimas, política criminal.

ABSTRACT: The discourse of punitive populism and its practical impact on the issue of public safety is analyzed from the construction of the different levels of legal discourse, in light of the philosophical theses of modernity.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica en la Cátedra de Sistema de Investigación y Razonamiento Jurídico, profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Centroamérica.

KEYWORDS: legal discourse, punitive populism, public safety, criminal procedure, victims, criminal policy.

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Un fantasma recorre Costa Rica y no es precisamente las ideas de Marx y Engels, sino la dicotomía de los discursos sobre el proceso penal. Otrora quedó atrás las ideas de la seguridad ciudadana y ahora surgen con fuerza las ideas contrarias a las garantías del proceso penal, eso que algunos llaman populismo punitivo.

Muchos se rasgan las vestiduras antes dicho fenómeno, el cual parece que viene a exterminar con todas las garantías del proceso penal, y con ello incluso el sistema democrático costarricense.

En este dilema, surge la necesidad de clarificar que se debe entender por tales ideas populistas, ya que generalmente se confrontan respecto a su némesis: el discurso garantista y aunque no se pretende analizar este segundo (sería necesario otro trabajo), se toma como marco de referencia y a modo de confrontación, al igual que la característica de los valores²³⁸.

²³⁸ La polaridad es una característica principal de un valor: “mientras que las cosas son lo que son, los valores se presentan desdoblados en un valor positivo y un valor negativo. Así, a la belleza se le opone la fealdad; lo malo a lo bueno; lo injusto a lo justo, etcétera...” Frondizi, Risieri. **Que son los valores**. Editorial Fondo de Cultura Económica. México DF. 2010, p. 19.

Estas ideas, constituyen un discurso novedoso y/o en proceso de construcción o en su defecto es simplemente la idea subyacente de viejas doctrinas ahora recicladas?, presuponen en verdad algún peligro para el Estado de Derecho y las garantías del proceso penal?

La respuesta a estas preguntas son el fundamento de la necesidad de replantearse críticamente el significado de tales arengas, las cuales predominan en los medios de comunicación colectiva y en especial en el discurso jurídico y político.

Para ello, se sigue como marco de referencia, las ideas de la modernidad de Sousa Santos y la función de derecho penal²³⁹ en la actualidad como “respuesta” ante las interacciones sociales.

Además de reconocer desde ya como cierta la crítica que Waller sostiene: *“Por desgracia, los criminólogos se han preocupado más por la ciencia que por aplicar sus conocimientos, y la clase política se ha dedicado a seguir su ejemplo a pesar de su ineficiencia”*²⁴⁰

Se comparte la tesis de Waller porque en los manuales o tratados de Criminología se observa una verdadera línea temática e histórica que prácticamente no varía en los puntos medulares de estudio. Es decir, las discrepancias son más puntos reducibles a una definición que a una idea contraria o tesis antagónicas.

Lo anterior, es compartido también por Muñoz Conde y Hassemer: *“Sabemos poco de la criminalidad. Lo que en los libros de Criminología se*

²³⁹ Cf. Salas, Minor. **Los Rostros de la Justicia Penal**. Editorial Isolma. San José. 2012, p.73.

²⁴⁰ Waller, Irvin. **Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia**. Editorial Ubijus, INACIPE, ILANUD. México DF. 2008, p.43.

*expone es la historia de la criminología misma, pero no la historia de criminalidad como tal*²⁴¹

Por ello, retomando la idea, hablar de modernidad como fenómeno o como un paradigma y su influencia para el derecho, hace obligatorio referirse a Boaventura de Sousa Santos. No solo por la vasta bibliografía que tiene este autor respecto al tema²⁴², sino por el análisis crítico que para el Derecho establece en tratándose de dicha cuestión.²⁴³

En este sentido, por modernidad se debe comprender un concepto filosófico, histórico y sociológico, que propone un mundo moderno en el cual cada persona propone sus metas según su propia voluntad, con lo cual hace evidentemente el individualismo²⁴⁴.

En esta idea, las propuestas o sueños se alcanzan de una manera lógica y racional, es decir sistemáticamente se da un sentido a la vida, basado en tres valores que emergen de la Ilustración: libertad, igualdad y fraternidad²⁴⁵, todo ello por medio de la razón, como elemento emancipador, al decir de Sousa Santos, “la caída del *ángelus novus*”²⁴⁶.

²⁴¹ Muñoz Conde, Francisco y Hassemmer, Winfried. **Introducción a la criminología y el Derecho Penal**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, p. 33.

²⁴² De Sousa Santos, Boaventura. Sociología jurídica crítica. **Para un nuevo sentido común en el derecho**. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

²⁴³ De Sousa Santos, Boaventura. **De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad**. Editorial Siglo del hombre. Bogotá, 2012, p. 193.

²⁴⁴ Cf. Baumann, Zygmunt. Modernidad y Ambivalencia. En: Berian, Josetxo. **Las consecuencias perversa de la modernidad**. Editorial Anthropos, Barcelona, 1996, y Baumann, Zygmunt. **Modernidad y Ambivalencia**. Editorial Anthropos, Barcelona, 2005.

²⁴⁵ Es claro que el único principio que no se desarrollo, ni siquiera de manera incipiente es la fraternidad.

²⁴⁶ De Sousa Santos, Boaventura. **El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política**. Editorial Trotta. Madrid, 2011, p. 153.

Uno de los puntos medulares de la tesis de Sousa Santos sobre la Modernidad, -en tratándose de un análisis sociológico del derecho- se basa en una lapidaria afirmación y tres preguntas esenciales sobre la humanidad²⁴⁷. La afirmación hace referencia a que la época actual (modernidad) es tiempo de preguntas fuertes y de respuestas débiles.

Para ello, se debe comprender por débil, todo aquello que como una solución (respuesta, o medida) no venga a resolver o reducir la complejidad del problema, sino más bien contribuye a aumentarlo y agravarlo.

En la visión del mencionado autor, establece claramente que la respuesta que se presenta mediante el Derecho, es una respuesta que no viene a contribuir en la solución o disminución del conflicto, sino más bien en su agravante. Dentro de esta postura es que aquí se sitúa el análisis del discurso del populismo punitivo.

En este orden de ideas, entre esas tres preguntas, corresponde analizar a efectos de investigación, la tercera, la cual indica: *“si la legitimación del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este*

²⁴⁷ Las 3 preguntas y sus respuestas son las siguientes:

1. Si la humanidad es solo una, ¿por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana; Todos son la pretensión de ser únicos, y porque a veces son tan contradictorios entre sí? Para esto, se responde que se debe recurrir a los Derechos Humanos.

2. No habría una alternativa para un mundo en el que los 500 individuos más ricos obtienen más beneficios que los 40 países más pobres de la tierra, o lo que es lo mismo, 416 millones de personas, y donde el colapso ecológico es una posibilidad cada vez menos remota? Las respuestas para lo anterior siempre han sido: desarrollo y ayuda al desarrollo.

3. si la legitimación del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales? La respuesta es: democracia y Derecho.

último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales?”²⁴⁸

La respuesta inmediata a ello, refiere el autor es la democracia y el Derecho, siendo éstas respuestas evidentemente débiles.

Estas respuestas débiles, sigue indicando el autor son producto de la modernidad, que se han instrumentalizado al servicio de dicho paradigma²⁴⁹, por lo que aquí se agrega que en materia penal las respuestas débiles se concentran en todo el movimiento del populismo punitivo y en la doctrina de la seguridad ciudadana, éstas vienen a ser ideas disuasivas y profilácticas de los problemas sociales y su correctivo por medio del derecho penal.

En el caso costarricense, dicho movimiento se ha manifestado en el creciente aumento de la penalidad en la delincuencia convencional, restricción de beneficios carcelarios, incluso llegando a punto de buscar una verdadera inocuización y una participación preponderante de la víctima en el proceso penal. La solución para todo problema social esta en la ley, y si es penal mejor, entiéndase si tiene como sanción una pena de prisión²⁵⁰.

Así las cosas, la modernidad es un trueque ontológico del modo de regulación de la Edad Media al presente, de manera que la reproducción social es la base de la legitimidad, de manera que no se llega a la modernidad con el

²⁴⁸ De Sousa Santos, Boaventura. **Sociología jurídica crítica**. Op. Cit. p. 14.

²⁴⁹ Se usa aquí el término paradigma para designar un ejemplo o un modelo. Y siguiendo a Kuhn, y en referencia a todo el ámbito científico, religioso u otro contexto epistemológico, el término paradigma puede indicar el concepto de esquema formal de organización, y ser utilizado como sinónimo de marco teórico o conjunto de teorías. Kuhn, Thomas. **Las estructura de las revoluciones científicas**. Editorial Fondo de Cultura Ecnómica. México. 2004, p.80.

²⁵⁰ Cf. Tedesco, Ignacio. **El Castigo como una forma compleja institución social: El Pensamiento de David Garland**. En: Rivera Beiras, Iñaki. **Mitologías y discursos sobre el castigo**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2004, p.235.

fin de la Edad Media en el siglo XV (1453), sino tras la transformación de la sociedad preindustrial, rural, tradicional, en la sociedad industrial y urbana moderna; que se produce con la Revolución industrial y el triunfo del capitalismo y el liberalismo.

En la modernidad el porvenir reemplaza al pasado y racionaliza el juicio de la acción asociada al Hombre (en sentido genérico claro esta); Es la posibilidad política reflexiva de cambiar las reglas del juego de la vida social, es también el conjunto de las condiciones históricas materiales que permiten pensar en la “emancipación”;²⁵¹ Conjunta de las tradiciones, las doctrinas o las ideologías heredadas, y no problematizadas por una cultura tradicional, en síntesis, la modernidad representa una verdadera “*revolución científica*”²⁵² que vino a cambiar el paradigma basado en el entorno adorador de la fe y el determinismo inspirado en las ideas religiosas.

Sin embargo, tras los acontecimientos de las guerras mundiales²⁵³ en el siglo XX vino a cambiar la mentalidad y las conciencias así como otros profundos cambios sociales²⁵⁴ que derivaron en cambios políticos, caracterizado por el fenómeno de la globalización, pero especialmente el triunfo de capitalismo.²⁵⁵

Por lo anterior, tomando como premisa la respuesta que indica De Sousa Santos, y analizando las últimas reformas de la legislación penal costarricense, es que se plantea como objetivo general, analizar dentro del paradigma de la

²⁵¹ Baumann, Zygmunt. **Modernidad y Ambivalencia**. Editorial Anthropos, Barcelona, 2005, p. 11.

²⁵² Kuhn, Thomas. **Las estructura de las revoluciones científicas**. Editorial Fondo de Cultura Ecnómica. México. 2004, p. 149.

²⁵³ Polanyi, Karl. **La gran transformación. Crítica al liberalismo económico**. Ediciones la Piqueta. Madrid. 1989, p. 52

²⁵⁴ Cf. Rivera Beiras, Iñaki. **Política Criminal y Sistema Penal**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2005, p. 169.

²⁵⁵ Cf. Ibídem, p. 350

modernidad, la tesis del discurso del populismo punitivo para conocer si las reformas procesales penales tienden hacia la ideología de dicho discurso²⁵⁶.

OBSERVACIONES SOBRE EL LENGUAJE

Unos de los problemas de todo análisis jurídico lo constituye la definición, como decía Copi “el lenguaje es un instrumento muy complicado²⁵⁷”, además de contener los vicios del lenguaje como lo es la vaguedad y la ambigüedad.

Saber de qué se habla, se dice o se argumenta, para no estar en planos o categorías del discurso totalmente diferentes o no para quedarse en una simple “discusión de palabras” a decir de Vaz Ferreira²⁵⁸ resulta primordial.

En este punto, se va utilizar como definición una serie de proposiciones que tratan de exponer de manera unívoca y con precisión la comprensión de un concepto o término. Definir es por consiguiente hacer una descripción de un complejo de estado de las cosas o circunstancias que quedan unidas por medio de un establecimiento de una zona de validez. Es lacónicamente dicho, darle significado a un término, en este caso al discurso del populismo punitivo.

²⁵⁶ En este caso, se acepta como función del discurso las tesis de Giménez: “La concepción de discurso como práctica social significa por lo menos estas tres cosas a la vez:

- a) todo discurso se inscribe dentro de un proceso social....
- b) Todo discurso remite implícita o explícitamente a una “premisa cultural”...
- c) Todo discurso se presenta como una práctica socialmente ritualizada y regulada por aparatos en el marco de una situación coyuntural determinada....” Giménez, Gilberto. **Poder, Estado y Discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico.** Editorial de la Universidad Autónoma de México. México DF. 1989, p. 145

²⁵⁷ Copi, Irving. **Introducción a la lógica.** Editorial EUDEBA. Buenos Aires, 1967, p. 92.

²⁵⁸ Vaz Ferreira, Carlos. **Lógica Viva. Moral para intelectuales.** Edición Homenaje de la Cámara de Representantes de Uruguay. Montevideo. 1962, p.7

Por ello, se entiende en lo presente por populismo punitivo²⁵⁹ –sin pretender ser una definición estipulativa y en aras de disminuir la ambigüedad²⁶⁰- la tendencia de las autoridades estatales a realizar acciones rápidas y eficientes –materializadas en reformas penales mediante la vía rápida- tendientes a brindar una respuesta aparentemente a la percepción de inseguridad por parte de la sociedad²⁶¹ y el supuesto crecimiento de los fenómenos delictivos, para ello se fundamenta principalmente en incrementar las penas privativas del libertad de quienes cometen un delito, lo cual pretenden hacer ver que es la solución y engrandecen los resultados de los operativos de las fuerzas policiales, - generalmente por medio de los medios de comunicación- para demostrar que sí se está atendiendo el problema de inseguridad²⁶² y se están dando soluciones.

Se aclara que no se pretende dar una noción desconocida ni mucho menos mostrar un fenómeno novedoso, sino expresar el uso actual de dicho discurso, ello pretende evitar las advertencias que ya Andreski señalaba: “A

²⁵⁹ Cf. Zamora, Miguel. **El problema de la reincidencia. Un vestigio etiológico del delito.** Revista Acta Académica. Editorial de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Número 52, Mayo, 2013, p.325.

²⁶⁰ Cf. Copi, Irving. **Introducción a la lógica.** Editorial EUDEBA. Buenos Aires, 1967, p. 92 y ss.

²⁶¹ Un ejemplo de ello se encuentra en la justificación del proyecto de ley 17997 de Reforma al Código Penal, que busca penalizar el maltrato animal:

“Como lo han demostrado los medios de comunicación y las redes sociales de Internet, en Costa Rica se está dando una gran movilización de agrupaciones, asociaciones e individuos, vinculados con el bienestar y la protección animal, con el fin de que la normativa que existe como consecuencia jurídica al maltrato de los animales sea modificada. La colectividad ha manifestado que las sanciones actuales son obsoletas y vanas, aparte de que la pena no es proporcional al valor que tienen los animales para la sociedad.” Dicha reforma lo que viene es a agregar un nuevo artículo que indica: “Artículo 398 bis.- Se impondrá de doscientos a trescientos sesenta días multa a quien maltratare, molestore o causare la muerte de animales sin necesidad o causa justificada; propiciare o ejecutare peleas entre animales de cualquier especie; sometiere animales a trabajos manifiestamente excesivos.” **Expediente Legislativo 17997**, 2012.

²⁶² Diario Al Día, **primera plana, 29 de abril de 2012.: Detienen en Costa Rica a jefe policial por aparente alianza con narcotráfico. Noticias como la anterior son frecuentes en los medios de comunicación tanto escritos como televisivos o radiales.**

veces las sustituciones verbales enmascaradas como contribuciones al conocimiento son tan ineptas y groseras que es difícil aceptar que sus autores realmente crean estar revelando verdades nuevas (como seguramente ocurre) y no que están riéndose con disimulo de la credulidad de su audiencia.”²⁶³.

Dentro de este orden de ideas, se pretende con dicha definición evitar algunas dificultades propias del lenguaje y a que su vez constituyen limitaciones como puede ser:

-Un naturalismo lingüístico: No se pretende darle alguna atribución empírica a las palabras que se establecen como populismo punitivo, tampoco cambiar la realidad por medio de la transformación de dichos conceptos, sino su utilidad como forma de transmisión de ideas y las acciones con las que esta entretejido. Esto es, -siguiendo a Wittgenstein- “juegos del lenguaje”.²⁶⁴

-El mito del único significado: Al ser el lenguaje un instrumento convencional, no se pretende establecer un único significado de las palabras, en este caso, populismo punitivo, sino situarlo en las diversas categorías del discurso y su utilidad.

III. UNA VISIÓN ERRADA: LA BÚSQUEDA DE UN IDEAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

Sobre este punto, es importante recalcar que si bien es cierto algunos estudios científicos han establecido una leve alza en el problema de

²⁶³ Andreski, Stanislav. **Las ciencias sociales como forma de brujería**. Editorial Taurus, Madrid. 1973, p. 78.

²⁶⁴ Wittgenstein, Ludwig . **Investigaciones filosóficas**. Editorial Crítica. Barcelona, 2012, p. 25.

inseguridad²⁶⁵, las cifras confrontadas con la realidad no son coincidentes²⁶⁶ y eso se establece básicamente porque los juicios y opiniones no se ajustan a la realidad, en parte porque son severamente afectados por las representaciones que crean los medios de comunicación masiva -en especial en su vertiente noticiosa, por ejemplo un análisis como el Quinto Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD sobre Seguridad, Venciendo el temor -que vino a estudiar la percepción del delito-, no se ha vuelto a realizar, incluso el más reciente sería el proyecto POLSEPAZ. (PNUD, Polsepaz, 2012), sin embargo dista mucho del mencionado Quinto informe del PNUD.

Por otro lado, estudiando la problemática no se puede decir que existe o no un aumento del fenómeno criminal, sin embargo, es importante analizar si se parte de la premisa de que aumentó; Cabría preguntarse si es una aumento porcentual o simplemente numérico²⁶⁷, ya que año a año las cifras oficiales van a crecer, no solo por el crecimiento poblacional sino por la variable de la creación de nuevos tipos penales que entran a regir año con año, circunstancias bastante difíciles de establecer como variable.

Bajo esta premisa es que la mayoría de constructos legales tendientes al análisis de la seguridad parten del calificativo de “ciudadano” como un factor más de un discurso cotidiano y/o emotivo que teórico. Como bien indica Anitúa: “...esto lo que viene es a remarcar y aumentar el poder del Estado pero en el aspecto policial y penal porque se comprende como seguridad lo que nos causa o puede causar perjuicio, de manera que si solo analizamos como peligro la

²⁶⁵ Kliksberg, Bernardo. **Mitos y realidades de la criminalidad en Latinoamérica.** Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, FIIAPP. San José, 2007, p. 5

²⁶⁶ “Pero hay más: los hallazgos del informe indican que el temor entre la población aumenta a un ritmo que no corresponde con el incremento en las tasas de delictividad o con los riesgos que verdaderamente enfrentan las y los habitantes del país.” PNUD. **Programa del Estado de la Nación.** San José, 2006, p. 448)

²⁶⁷ Cf. (Andreski, 1973, p.151)

delincuencia convencional, únicamente se podría combatir con una política de represión policial, por ende solo se puede bajo una noción de seguridad ciudadana para que cobre sentido.” (Anitúa, 2006)

En este sentido, resulta importante mencionar que el estudio más próximo del fenómeno y materia prima de las políticas del presente Gobierno, se encuentran en el Plan Polsepaz antes señalado, el cual establece como uno de sus principales objetivos:

“La Política Nacional Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz -POLSEPAZ- es un instrumento de política dirigido a orientar la actuación del Estado costarricense en materia de seguridad ciudadana y promoción de la paz. Pretende atender los fenómenos de los que emerge la violencia y dirigirse a sus manifestaciones concretas. (PNUD, Polsepaz, 2012)

Por consiguiente y como correspondencia a los objetivos, la definición que sigue POLSEPAZ es: “En este enfoque, por seguridad ciudadana se entiende “la condición personal, objetiva y subjetiva, de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros” (PNUD, Polsepaz, 2012) Por lo que la crítica sobre tipo de discurso es muy evidente y no admite mucha resistencia. Es decir, sigue el mismo discurso de la seguridad, como seguridad ciudadana.

De manera que las orientaciones actuales de lo que se podría llamar política criminal costarricense en el discurso político, se puede decir que siguen una tesis de únicamente sostener como necesidad de las personas, hacia la seguridad ciudadana (como el correctivo de delitos, en especial la delincuencia convencional), obviando múltiples estudio teóricos y de Derechos Humanos que hacen referencia a que la seguridad ciudadana no es un objeto autónomo sino que depende de una noción mucho más amplia (PNUD, 1994).

Por ello, la característica principal de populismo punitivo, a nivel de discurso es obviar los argumentos serios sobre determinado problema social y

en cambio brindar respuestas a la sociedad masificada para satisfacer la visión emotiva de los acontecimientos.

En palabras de Garland: “Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público.”²⁶⁸

IV. AB INITIO: EL DISCURSO POPULISTA PUNITIVO

Primero, una especulación; En no pocas ocasiones parece que en todo problema argumentativo o en su gran mayoría, sin importar que sea académico o cotidiano, se le puede aplicar una clara distinción del nivel²⁶⁹ de sus explicaciones y motivaciones²⁷⁰, los cuales se les puede ver como categorías o niveles de razonamiento, para identificarlos de alguna manera.

Aunque la clasificación es arbitraria, se toma como punto de partida en vista del discurso que se proyectan bajo análisis, además para los fines propuestos, resulta útil -aspecto conceptual- y por los fines del lenguaje que generalmente se les asigna en la literatura mayoritaria, aunque no se desconoce que admita aplicar un principio de falsación²⁷¹.

²⁶⁸ Garland, David. **La cultura del control**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005, p. 49.

²⁶⁹ Foucault, Miche. **La verdad y las Formas Jurídicas**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003, p. 13.

²⁷⁰ Cf. Haba Muller, Pedro. **Metodología (Realista) del derecho**. Tomo I. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José. 2012, p.73.

²⁷¹ Cf. Popper, Karl. **Los dos problemas fundamentales de la Epistemología**. Editorial Tecnos. Madrid. 1978, p. 474.

Sin embargo, valga la aclaración, la distinción entre los mismos no presupone que uno de ellos sea el correcto y los restantes no, tampoco significa que uno u otro tenga un mejor criterio de veracidad o falsedad respecto a los restantes, todos pueden ser válidos y para los efectos presentes se analizan desde dicha perspectiva, recordando a Victoria Camps, “ninguna interpretación sea(es) absoluta y completamente correcta...”²⁷².

Ahora bien, lo que sí se puede establecer es analizar el grado de conveniencia o no en el respectivo nivel de razonamiento donde se expone la idea o ideas en cuestión.

La visión de los niveles apunta, hacia el hecho de que el tema discutido puede ubicarse --en distintos momentos y circunstancias-- en diferentes niveles de pertinencia (Cicerón, Sf, p. xxxv), los auditorios" que llama Perelman en su Nueva Retórica (Perelman & Olbrichts-Titeca, 1989, p. 55).

Por lo que se puede reducir, sin ánimo de establecer una clasificación estipulativa y de forma arbitraria para efectos de la presente investigación²⁷³, dos niveles o categorías según la conveniencia del discurso:

Una Categoría que puede llamarse derecho de lo social, sea el discurso de la opinión del lego, basado en el conocimiento del saber cotidiano y en algunas que otras veces en lo emocional: Aquí la posición adoptada obedece básicamente a una convicción, a una fe o en su defecto a un principio axiológico y categórico de quienes discuten, por antonomasia en el derecho la idea de justicia²⁷⁴.

²⁷² Camps, Victoria. **Ética, retórica, Política**. Alianza Editorial. Madrid. 1995, p. 37

²⁷³ Bajtin sostiene: “podría parecer que la diversidad de los géneros discursivos es tan grande que no hay ni puede haber un solo enfoque para su estudio, porque desde un mismo ángulo se estudiarían fenómenos tan heterogéneos como las réplicas cotidianas constituidas por una sola palabra, una novela en muchos tomos...” Bajtin, Mijaíl. **Estética de la creación verbal**. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires, 2013, p. 246.

²⁷⁴ Salas, Minor. **Los Rostros de la Justicia**. Editorial Isolma. San José. 2012, p.25.

En el caso del populismo punitivo y de la seguridad ciudadana, el mensaje de algunos de sus defensores²⁷⁵, éste se ubica precisamente en ese nivel. El cayado del mensaje no es un argumento. Es una simple imagen de las ideas donde no se apela a la racionalidad, sino a la afectividad y al sentimiento (como una falacia del todo²⁷⁶, “los ciudadanos, los costarricenses, “el país” etc), que se maximiza con el calificativo de ciudadano, lo cual conlleva a la representación de sujeto con el objeto para hacerlo propio, ello constituye la legitimación del sistema que se traduce en los votos o “resultados políticos” a decir de Garland.²⁷⁷.

Sin embargo, esto no puede hacer incurrir en una especie de falacia intelectualista. En este sentido, hay que reconocer que los mensajes de menos violencia o mayor combate a la delincuencia es algo apasionante, y lo es, por una razón de peso: porque es maravilloso que se conozca de una manera tan dinámica los procesos que se gestan en la investigación y combate a la

²⁷⁵ Mensaje de las agencias del Estado que forman parte del Control Social, políticos, organizaciones privadas de defensa de los derechos de las víctimas, y medios de comunicación.

²⁷⁶ Esta “falacia consiste en una tendencia dominante en el análisis social (y en el pensamiento ordinario de las personas) a agrupar bajo unidades conceptuales o bajo categorías generales, fenómenos de muy diversa y heterogénea índole” Salas, Minor. **La falacia del Todo: Claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas**. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Número 10,. año 2006/2007, p. 1)

²⁷⁷ Garland, David. **Crimen y Castigo en la modernidad tardía**. Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad javeriana. Bogotá. 2007, p. 208.

delincuencia máxime cuando es televisado²⁷⁸ y son noticias²⁷⁹ que trascienden y mejor aún cuando se logra el objetivo²⁸⁰: los malos son atrapados²⁸¹.

Esta categoría del discurso, con mucha frecuencia se discute de manera informal. Con lo cual puede suceder que esas afirmaciones sean correctas o incorrectas si se examinan con más cuidado. Pero lo cierto del caso es que ellas son bastante representativas o simbólicas, pues ahí salen al paso eventualmente y de vez en cuando, toda clase de prejuicios y pre-concepciones valorativas²⁸².

Aquí, se puede decir emergen, en suma las más arraigadas convicciones y creencias íntimas, las cuales juegan un papel bien distinto a las convicciones teóricas y en general todos los juicios de valor que se puedan emitir, a decir de Ferrajoli "*en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio*"²⁸³. Se trata de eso que en sociología se denomina "teorías de la cotidianidad"²⁸⁴, pero lo que interesa es reconocer en que nivel de pertinencia se esta situado con el discurso.

En esta categoría es que se presenta el conocimiento popular de la sociedad y que se manifiesta en encuestas, en la televisión y en general en todos

²⁷⁸ Es curioso ver como las diligencias de detención y allanamiento muchas veces son televisadas y las imágenes de los detenidos puestas en primera plana con una simple raya negra de distorsión de los ojos.

²⁷⁹ Sobre este punto, con mayor marketing las series de televisión estadounidenses logran una gran proyección.

²⁸⁰ Cf. Elbert, Carlos. **El populismo penal en Costa Rica**. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 3, año 2011, p. 3. www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr.

²⁸¹ Cf. Goffman, Irving. **Estigma. La identidad deteriorada**. Editorial Amorrurtu. Buenos Aires. 2010, p. 13.

²⁸² Haba Muller, Pedro. **El Espejismo de la interpretación literal**. Tomo II. Editorial Vlamarán, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia. San José, 2003, p.67.

²⁸³ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y Razón**. Editorial Trotta. Madrid. 1995, p. 57.

²⁸⁴ Goffman, Irving. **La presentación de la persona en la vida cotidiana**. Editorial Amorrurtu. Buenos Aires. 2009, p. 272.

los medios de comunicación, redes sociales, etc, lo que Ferrajoli llama “*la fábrica del miedo*”²⁸⁵ las cuales vienen a reproducir ese temor del delito del cual la clase política utiliza como uno de sus caballos de batalla en las propuestas electorales.

La segunda categoría, es la **teorética**²⁸⁶: Igual, se le puede llamar técnicamente como la categoría metateorética o de metalenguaje. Presupone unos análisis más rigurosos de las proposiciones gramaticales que se emiten, incluidas claro esta los mensajes de los programas de Gobierno.

Aquí se trata de unos razonamientos metódicos, en los cuales los argumentos no necesariamente coinciden con aquellos que sí son pertinentes en el ámbito de la categoría del conocimiento cotidiano, verbigracia, el sentimiento de inseguridad ciudadana con los índices delictivos formales y las tasas oficiales el cual parece ser la característica del discurso del populismo punitivo.

No está de más señalar que desde esta óptica, el razonamiento de las nociones de seguridad ciudadana y populismo son elementos emotivos y cotidianos, nunca teoréticos, por lo que es claramente una propuesta pura y simple sin ningún tipo de elementos empíricos y rigor lógico para que establezca su posibilidad de ejecución o pertinencia en aras de contribuir en la sociedad respecto a la ideas que supuestamente lo inspiran. Por ello, se puede deducir algunas consideraciones preliminares:

²⁸⁵ Ferrajoli, Luigi. **El populismo penal en la sociedad del miedo**. En: Zaffaroni, Raul, Ferrajoli, Luigi, otros. **La emergencia del Miedo**. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2012, p. 58.

²⁸⁶ Cf. Foucault, Michel. **La Arqueología del saber**. Editorial Siglo XXI. México DF. 1978, p. 75.

- A partir de unos datos puramente emotivos, se extraen conclusiones valorativas. Se incurre consecuentemente en lo que se ha denominado un naturalismo lingüístico.²⁸⁷

- Se extraen, mediante una inferencia inválida, conclusiones consecuentemente erróneas, como por ejemplo, cuando se dice que: Entre mayor represión penal, menos delincuencia.²⁸⁸

A partir de ello, se puede considerar algunos elementos que distinguen el discurso populista en manifestaciones concretas del ordenamiento jurídico costarricense, por medio de sus agencias representantes del control social, el cual va *indisolublemente asociados*²⁸⁹ y a su vez permitirían analizar en cual categoría del discurso –según su pertinencia vista- se pueden situar dicho discurso.

Siendo así, se puede bosquejar que para el discurso garantista, las siguientes ideas, serían propias del populismo punitivo, entre otras.

²⁸⁷ Salas, Minor. **Magia Verbal. La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social.** Nómadas. Revista Crítica de ciencias sociales y jurídicas. Servicios de Publicación de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2006, p. 95.

²⁸⁸ Wacquant, Loic. **Las cárceles de la miseria.** Editorial Manatíal. Buenos Aires. 2004, p. 57.

²⁸⁹ Bustos Ramírez, Juan. **Control Social y Sistema Penal.** Editorial Promociones Publicitarias Universitarias. Barcelona. 1987, p. 475.

V. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DISCURSO POPULISTA PUNITIVO EN COSTA RICA, SEGÚN EL DISCURSO GARANTISTA

Incremento de las Penas: Algunas propuestas se acercan a la reclusión de por vida.

Desde inicio de la vida en sociedad, se ha tratado de adecuar la conducta de los individuos aplicándoles castigos severos de muy diversa índole²⁹⁰, para de esta manera tratar de adecuar la conducta de dichos individuos con el fin de mantener el orden social imperante, hasta llegar a la imposición – modernamente- de la privación de la libertad.

Por lo que, desde la época moderna se puede decir que aplicación del castigo penal por excelencia ha sido la prisión. En Costa Rica no es la excepción, así el código penal establece que la pena principal es la prisión -código penal, Art 51-, y en la mayoría de las reformas penales lo único que buscan es el incremento de las penas de prisión.

Un ejemplo en este apartado resulta ilustrativo, y que actualmente se discute en la Asamblea Legislativa mediante proyecto de ley número 18169 Reforma al código penal para endurecer las penas, en cual en su justificación indica:

“Este proyecto tiene como fin principal endurecer las penas establecidas en el Código Penal actual, para que estos agresores no aprovechen su condición de familiares, tutores, etc, o peor aún la condiciones de indefensión que manifiestan estas personas, es evidente que la imprudencia y la falta al debido respeto por condiciones culposas nos deben también preocupar, existe un claro irrespeto por la vida de nuestros semejantes y más por aquellos que al encontrarse en estado de indefensión ven como aquellos sus agresores, sus

²⁹⁰ Cf. Malinowski, Bronislaw. **Crimen y Castigo en la Sociedad Salvaje**. Editorial Planeta Agostini. Barcelona. 1985, p. 49.

verdugos los castigas sin ningún sentimiento de culpabilidad, de ahí la idea que modificar el tipo penal cuando existan condiciones de culpa dentro de la acción del infractor”²⁹¹.

Como se puede apreciar de la simple lectura, El Estado en la utilización del monopolio de la represión de los delitos parte casi de forma exclusiva con políticas represivas mediante el artificio de la elevación de penas, tomando como punto de partida una clara política de prevención general negativa y respecto al imputado simplemente la inocuización.

Endurecimiento de sistema penitenciario: Limitaciones a los beneficios carcelarios. Congruente con lo anterior, también esta manifestación del discurso punitivista en el sistema penitenciario entra con mucha fuerza, agregando que en el caso costarricense no solo en la elevación de la sanción por cumplir, la disminución de los beneficios, sino que también en la búsqueda de obligar a los reclusos a trabajar para contribuir con su alimentación (Expediente Legislativo 17575, 2012)²⁹² e incluso en la reparación civil de las víctimas (Proyecto de Ley 17142, 2012)²⁹³.

Ello, evidentemente busca reformar los beneficios carcelarios, que en Costa Rica se regulan en el artículo 55 de código penal.²⁹⁴

²⁹¹ Asamblea Legislativa, **Expediente Legislativo 18169**. 2012.

²⁹² **Asamblea Legislativa, El expediente 17575**. Proyecto de ley para modificar el artículo 55 del código penal. El cual indica en su justificación: El presente proyecto de ley, pretende adicionar disposiciones a dicho artículo con el fin de que todos los condenados o indiciados tengan la obligación de trabajar sea favor de la Administración Pública, de las instituciones autónomas del Estado o de la empresa privada, sin que signifique que ha sido cedido a estas últimas.

²⁹³ **Asamblea Legislativa, Expediente. 17142**. Proyecto de ley para facilitar el acceso de las víctimas a la reparación de los daños y perjuicios derivados de un delito.

²⁹⁴ **Código Penal de Costa Rica**. Artículo 55. El Instituto de Criminología, previo estudio de los caracteres psicológicos, psiquiátricos y sociales del interno, podrá autorizar al condenado que haya cumplido por lo menos la mitad de la condena, o al indiciado, para que descunte o abone la multa o la pena de prisión que le reste por cumplir o que se le llegue a imponer, mediante el trabajo en favor de la Administración Pública, de las

En esta misma línea, en la Asamblea también se discute otro proyecto de ley, aunque más avanzado por cuanto ya se le dio una votación a favor de las dos necesarias para que se convierta en ley de la república, que pretende reducir la posibilidad del beneficio de ejecución condicional de la pena por una lista taxativa de delitos, con lo cual prácticamente, a ciertas infracciones se les aplicaría una clara prevención especial negativa.

Este proyecto tiene como fin excluir una lista de delitos, que vulneran los bienes jurídicos más fundamentales, en los cuales no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena.

Dichos delitos comprenden todos aquellos con acciones antijurídicas dolosas contra la vida e integridad física de las personas; los delitos relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; el secuestro extorsivo. Además incluye en los delitos contra la propiedad; todos aquellos delitos que atenten contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial y delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.²⁹⁵

Como se puede observar, la modificación propuesta, permite que entren en lista prácticamente cualquier delito.

instituciones autónomas del Estado o de la empresa privada. Para tal efecto, un día de trabajo ordinario equivale a un día multa y cada dos días de trabajo ordinario equivalen a un día de prisión. Las labores de toda índole, que se realicen en el centro de adaptación social y fuera de él computarán en igual forma. El salario respectivo se abonará total o parcialmente para satisfacer la multa impuesta. El interno gozará de los beneficios que el Estado y sus instituciones otorguen a los trabajadores, aunque no existirá relación laboral entre el empleador y el empleado interno”

²⁹⁵ **Asamblea Legislativa, Expediente.** 17489. Proyecto de ley para limitar la ejecución condicional de la pena.

Por ultimo agrega dos formas más de exclusión del beneficio, a quien sea sentenciado por delinquir contra cualquier cuerpo de policía y quien atente contra la propiedad.

Como resulta patente, los redactores dejaron muy pocos tipos penales por fuera aunque podrían entrar en la premisa de la criminalidad organizada, pareciera que solo quedarían los delitos culposos. Por lo que en la práctica, la propuesta busca la abolición de la libertad condicional como beneficio carcelario.

Contracara: La visión del renacimiento de las víctimas y limitaciones a las soluciones alternas del proceso.

El surgimiento de la víctima como una manifestación del populismo punitivo tiene su fundamento en la idea de que el sistema de justicia penal tiene como objetivo castigar los actos contrarios a derecho que constituyan delitos, con lo cual el Derecho Penal está orientado hacia y contra el imputado, por lo que se dice que *la "víctima queda en una situación marginal o imitada a la participación como testigo en el investigación penal"*²⁹⁶ (Molina Arrubla, 2010, p. 23), obviando todo el proceso de victimización: Es decir, la problemática de comprender los hechos y por qué además del realizar sus derechos de acceso a la justicia, de restitución, reparación y de restauración con la debida asistencia y de representación en todo el proceso.

Este surgimiento, incluso ha sido incluido en muchas declaraciones de derechos a nivel internacional²⁹⁷, lo cual no es lo criticable, sino la inclinación de

²⁹⁶ Molina Arrubla, Carlos Mario. **La Víctima en el Proceso Penal**. Editorial Jurídica Diké. Bogotá. 2010, p. 23.

²⁹⁷ La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General. Aprobada por la Asamblea General en su sesión plenaria 96ª, el 29 de noviembre de 1985.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General). Aprobada por el Consejo Económico y Social en su sesión 15ª del 24 de mayo de 1989. Solo para citar dos ejemplos de vieja data. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. **Proceso Penal Comentado**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2009, p.199.

la balanza y la mayor preponderancia hacia la víctimas²⁹⁸, lo cual conlleva en algunos casos incluso a volver casi a la venganza privada.

Por que, en resumen las consecuencias propias del punitivismo se pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

Concesión de derechos en el control del proceso y el ejercicio de la acción penal: Siguiendo con las ideas del discurso punitivo, entre las formas de intervención que se establecen a la víctima y que vienen a ser una manifestación punitivista, se pueden indicar las siguientes:

1. Solicitar, en los casos en que proceda, la conversión de la acción pública en privada (art 20 CPP), Con lo cual, a pesar del monopolio de la acción penal, existe la posibilidad de “decisión ” de la víctima para que continúe el proceso penal.
2. Convenir sobre la petición de suspensión del procedimiento a prueba (art 25 CPP), lo cual en la redacción original y entrada en vigencia del Código Procesal Penal no existía, sin embargo en el año 2001, mediante ley 8146 del 30 de octubre se vino a cambiar el derecho de Audiencia por el derecho a convenir en la suspensión del proceso a prueba.
3. Delegar la acción civil en el Ministerio Público(art 39 CPP); Figura novedosa en el código procesal penal vigente, con lo cual se permite la persecución, no solo de la acción penal, sino también la civil a favor de la víctima.
4. La facultad de denunciar y de instar la acción (art 17 y 18 CPP);

²⁹⁸ Salas, Ricardo. **En Busca del paraíso Perdido. En: Política Criminal En el Estado Social de Derecho. Libro Homenaje a Enrique Castillo Barrantes.** Editorial Jurídica Contiental. San José. 2010, p. 155.

5. Solicitar y obtener la pronta devolución de los objetos secuestrados (art 200 CPP);
6. Solicitar protección mediante medidas cautelares a cargo del agresor(art. 244 y 248 CPP);
7. Presentar objeción ante el Tribunal el archivo fiscal de las actuaciones, ofreciendo pruebas que permitan individualizar al imputado(art 298 CPP);
8. Poder controlar la conclusión del procedimiento preparatorio por el Ministerio Público(art 300 CPP);
9. Conocer la acusación previo a que el Ministerio Público la presente ante el tribunal correspondiente (art 306 CPP);
10. Solicitar, asistir y participar en la audiencia de conciliación (art 36 CPP);
11. Exponer sobre los hechos en la clausura del debate (art 358 CPP);
12. Manifestar su criterio en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado (art 374 CPP);
13. Solicitar al Ministerio Público a que interponga los recursos que sean pertinentes (art 441 CPP);
14. Impugnar la sentencia absolutoria, siempre que el Ministerio Público decida no hacerlo (art 44 CPP);
15. Derecho al auxilio judicial previo incluso en delitos de acción privada (art 381 CPP);
16. Derecho a la privacidad en las audiencias públicas, cuando se le afecten el pudor, la vida privada y otros (art 330 CPP);

17. Si se constituye en querellante o actor civil, tiene además derecho a: ofrecer prueba para el juicio (art 334 CPP);
18. Derecho a desistir de la acción o de su participación como querellante en cualquier estado del proceso y conciliar (art 78, 79 y 383 CPP);
19. Dar lectura a la querrela en el juicio y ampliar la acusación (art 341 y 347 CPP);
20. Poder interrogar al imputado y a los testigos en la etapa de debate (343 CPP);. Entre otras.

El objetivo de establecer estos derechos es para indicar que no todas las garantías concedidas a la víctimas son una manifestación del populismo punitivo, sino aquellas que tienden a establecer un rol preponderante en el proceso y en perjuicio de la parte acusada, como lo es la necesidad de manifestación en el proceso abreviado, o la posibilidad de estar justificando el Estado mediante el Ministerio Público las razones para apelar o no una decisión, e incluso ir más allá y suplantar la autoridad de la Fiscalía y impugnar la misma víctima.

Protección de testigos en las fases del proceso: Este tópico se establece como una norma de derecho vigente, ya que es ley de la república, conocida como ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal (Ley 8720).

En lo que interesa esta ley vino a establecer medidas de protección de la víctima y testigos que vienen a vulnerar seriamente el derecho de defensa, en concreto en las medidas de protección procesal, las cuales se establecen:²⁹⁹:

²⁹⁹ Ley 8720. Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al código procesal penal y código penal. Artículo 11.

Protección procesal: cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida, su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima o el testigo tendrán derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y a que no consten esos datos en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar el testimonio de la persona y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles, como la videoconferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección acordada, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba.

Como se puede apreciar, según las circunstancias se podrían estar en un proceso con testigos sin rostro y desconocidos totalmente sin poder tener elementos para cuestionar su deposición o motivaciones para declarar, aunque la jurisprudencia³⁰⁰ ha indicado que dicha protección no se aplica en sede de juicio, aunque no deja de ser preocupante en las fases previas que precisamente le dan sustento al acervo probatorio y que normativamente se podría incluso aplicar en juicio o esta que esté firme la sentencia, según el artículo 304 del CPP.

Curiosamente dicha norma el máximo tribunal constitucional le dio el visto bueno de constitucionalidad, casi desde su misma fecha de promulgación mediante resolución 17907-10, aunque los argumentos indicados son más de índole genérico que técnicos en cuanto a los puntos en discusión como lo es la protección de testigos.

³⁰⁰ Sala Tercera, votos, 1371-10 y 27-11 entre otros.

Para ello sostiene la Sala Constitucional:

“...hay que tomar en consideración, que las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que este -por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida. Si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio.”

Aumento de los plazos de la prisión preventiva: El último de los puntos por señalar, se refiere a la problemática de la prisión preventiva.

Como manifestación del punitivismo las reformas penales han venido a establecer prácticamente la privación de libertad como una regla y la libertad la excepción; Con razón Benjamín decía en su octava tesis de la filosofía de la

historia que “la tradición de los oprimidos nos enseña entretanto que el estado de emergencia en que vivimos es la regla”³⁰¹.

Esto porque en tratándose de la detención provisional, se ha establecido plazos realmente amplios que conllevan a una verdadera pena del banquillo para los imputados.

Las últimas reformas convertidas en legislación constituyen verdaderas medidas automáticas de largo plazo en perjuicio de los derechos de los imputados, por ejemplo en tratándose de delincuencia organizada se establece un plazo ordinario de hasta veinticuatro meses.³⁰²

Lo paradójico de esto es que para que sea delincuencia organizada basta que se dé “un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves....

Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.³⁰³”

Como se puede observar, lleva razón don Walter Antillón cuando establece: “*Todas estas leyes apuntan claramente en una dirección: expandir el poder punitivo del Estado y reducir correlativamente las garantías de defensa*

³⁰¹ Benjamín, Walter. **Angelus Novus. Tesis de Filosofía de la Historia**. Editorial Comares. Granada. 2012, p. 40.

³⁰² Ley 8754 Sobre delincuencia organizada. Art. 7.- Plazo de la prisión preventiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 257 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, el plazo originario de la prisión preventiva será hasta de veinticuatro meses.

³⁰³ Ley 8754 Sobre delincuencia organizada. Art. 1.

*del imputado en el proceso, con el objetivo no aparente (pero principal en mi criterio) de disuadir o sofocar la oposición democrática...*³⁰⁴

En igual sentido, por medio de la Ley de protección a víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, número 8720 de 4 de marzo de 2009, surge en el sistema Procesal Penal costarricense un procedimiento especial para el juzgamiento de delitos cometidos en flagrancia.

Por dicha reforma, en el Código Procesal Penal en el artículo 430 regula el dictado de la prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia, cuando señala que:

“cuando el fiscal considere la conveniencia de la imposición de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar, lo podrá solicitar así al tribunal de juicio, desde el inicio del proceso.”(art 430 CPP)

Sigue indicando dicho artículo que *“para todo aquello que no se indique expresamente en este artículo, regirán las reglas de la prisión preventiva que se regulan en esta normativa procesal penal.(ibidem)”*

De dicho artículo se deduce respecto a la prisión preventiva, que todo aquello que no se regule en materia de prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia, se rige por las reglas generales de la prisión preventiva del Código Procesal Penal.

Sin embargo, cuando se revisa las normas generales sobre la apelación de la prisión preventiva del Código Procesal Penal, se establece que se procede el recurso de apelación contra la prisión preventiva, únicamente contra lo resuelto durante las etapas preparatoria e intermedia del proceso, dichas etapas son las que viene a eliminar el proceso de flagrancia por lo que la prisión

³⁰⁴ Antillón, Walter. **El Proceso Penal. Ensayos.** Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José. 2012, p. 27.

preventiva en dicho proceso carece de curiosamente del recurso alguno contra la prisión preventiva por el principio de taxatividad de los recursos.

Incluso dicha posición es avalada por el máximo tribunal constitucional, cuando éste ha sostenido que no hay violación alguna en dicho proceso por parecer de recurso para ello, sostiene:

“... Sobre el particular, debe decirse que no existe un derecho irrestricto a la doble instancia, y el hecho de que no se establezca en forma expresa la posibilidad de plantear el recurso de apelación, no violenta el debido proceso. El derecho a recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.8.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, está previsto en relación con la sentencia condenatoria y no en relación con todas las resoluciones del proceso...”³⁰⁵ Por lo que actualmente, las personas que son juzgadas mediante el procedimiento en flagrancia y se les dicta prisión preventiva, no tienen acceso a que dicha resolución sea revisada por un órgano superior.

Ante lo cual cabe preguntarse, doble instancia es sinónimo de derecho a recurso como parece comprender el tribunal constitucional?, igualmente, resulta curioso que sustenten el principio de taxatividad de los recursos como criterio absoluto cuando no lo es: primero por determinación de la misma ley, vía de la idea del gravamen irreparable; Segundo, por la misma jurisprudencia constitucional y los principios pro libertate³⁰⁶.

³⁰⁵ Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica, voto 11099-09.

³⁰⁶ Véase los argumentos emitidos por Sala Constitucional, entre otros, en los votos, 282-09, 300-90, 856-01, 8591-02 entre otros.

VI. POST SCRIPTUM

La célebre frase de García Borés ilustra el imaginario social del discurso populista punitivo respecto al proceso penal y en especial a la pena de prisión:

“Uno de los primeros aspectos que afloran al profundizar en el imaginario social en torno a la delincuencia, en el significado del crimen, es que éste se encuentra asociado a un número muy determinado de delitos...”³⁰⁷

Así, una primera inferencia, la cual se erige en un discurso muy cautivador, el de los buenos, los sufridos y en general, de las víctimas pero de la delincuencia convencional. Difícilmente en el imaginario social, cotidiano y emotivo alguien pueda ir contra de ello, más cuando es retransmitido una y otra vez por los medios de comunicación y redes sociales.

Sin embargo, este discurso carece de todo componente teórico o empírico. Mas bien, es claro que como se proyectó al inicio del presente escrito, queda manifiesto que las respuestas débiles son las que imperan a nivel del sistema penal cuando se presenta la disyuntiva de la criminalidad en el discurso, y éste a su vez, resulta más ser de categoría emocional y cotidiano que teórico ya que no viene a establecer ninguna solución, por lo que es otra respuesta débil -a decir de Sousa Santos- frente a un pregunta fuerte.

Una segunda inferencia se puede establecer en la falacia del pensamiento por deseos, la que se traduce en la necesidad de suplir la seguridad física por medio del Derecho sancionador, un problema del ser, resuelto según el populismo punitivo, mediante el deber ser.

Lo cierto del caso es, que el populismo punitivo es hijo y razón de ser –en la rama jurídica- de la modernidad, sin embargo esto no significa aceptar que

³⁰⁷ García Borés Espí, Josep. **Castigar la única ocurrencia**. En: Rivera Beiras, Iñaki. **Contornos y Pliegues del Derecho. Libro Homenaje a Roberto Bergalli**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2006, p. 204, 205.

sea novedoso, “sino que se trata en realidad de un fenómeno que ha sido utilizado desde antiguo –y siempre para los mismos e idénticos fines-...”³⁰⁸. Lo que en un inicio se vio como un gran paso de la humanidad, -la emancipación siguiendo nuevamente a De Sousa Santos- se vino a convertir en una excesiva regulación en el sentido foucaultiano en una verdadera sociedad disciplinaria³⁰⁹, No hay ciencias liberadoras, las ciencias son todas disciplinarias.

El sujeto de la modernidad se constituye en el molde del Panóptico. El método del panóptico es el examen pero no es un instrumento de saber-poder (sino, véase las reformas, carentes de un mínimo análisis de razonabilidad antes señaladas), por ello se dice que se vive en un control político³¹⁰ y éste se legitima con su discurso punitivo, emotivo y cautivador.

Cuando se pasó a un sistema de heterocomposición, se pensó en la eliminación de la venganza privada, circunstancia ante la cual pareciera lleva hoy en día el discurso que sustenta el movimiento punitivista, como una vuelta al pasado.

Todas las acciones, tanto reformas como proyectos de ley tienen un núcleo en común, potenciar los principios nacidos con la revolución francesa, los cuales precisamente fueron los puntos arquimédicos de la modernidad, aunque el principio de fraternidad es el olvidado, contrario al desarrollo de la igualdad y la libertad, por lo que resulta congruente como se ha indicado en este trabajo: la fraternidad no cabe en el discurso punitivista.

³⁰⁸ Torres, Gabriel Ignacio. **Derecho Penal de Emergencia**. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2008, p. 107.

³⁰⁹ Foucault, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Editorial Gedisa. Barcelona. 1995, p. 95.

³¹⁰ Morrison. Wayne. **Criminología, Civilización y nuevo orden mundial**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2012, p.1.

En realidad siguiendo con ello a Garland no se está ante un nuevo fenómeno de respuesta criminal³¹¹, sino que se está en presencia del producto que el paradigma de la modernidad ha construido; Ninguna propuesta del discurso punitivista es novedosa, incluso se puede decir que son de tiempos muy lejanos³¹².

Ahora bien, pareciera pertinente, antes de uno enfrascarse en una discusión, examinar, si es posible; si el interlocutor que departe con uno se encuentra en el mismo nivel de razonamiento y sobretodo conocer que se espera del mismo. En este caso, al discurso punitivista se les exigiría propuestas serias y concretas, por lo que su discurso debería estar en el nivel teórico.

De no ser así, algo que se dijo y resulta pertinente en una categoría puede bien no serlo en la otra. Se cae así en un diálogo de sordos (técnicamente, en una discusión ilimitada).

El ejemplo clásico lo es, los debates de las políticas de seguridad ciudadana impulsadas por la clase política costarricense, los cuales son fiel reflejo del discurso punitivista.

Decía Wacquant que “la criminalidad no ha cambiado tanto como la visión que tiene la sociedad sobre algunas ilegalidades³¹³” (Wacquant, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, 2009, p. 32), por ello, se

³¹¹ Garland, David. **La Cultura del Control**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2001, p. 91.

³¹² No sería totalmente descabellado pensar que en tiempos remotos, mientras se iba aplicar un castigo, alguien opinara que merecía un mal mayor. Un ejemplo clásico esta en el interrogatorio de Sócrates a Meleto, y en general en la apología de Sócrates. En este caso y guardando las distancias no sería llamado hoy un populista punitivo a Meleto y garantista a Sócrates?. Jenofonte. **Recuerdos de Sócrates, Económico, Banquete y Apología de Sócrates**. Editorial Gredós. Madrid, 1993, p. 371 y ss.

³¹³Wacquant, Loic. **Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2009, 32.

puede decir que el fenómeno delictivo, no es el objeto final que tienda hacia una verdadera política de seguridad, salvó la que se le califique de ciudadana, por lo que es claro que éste discurso entra en la categoría de ser simplemente emotivo y cotidiano. Tiende más a congraciarse con las personas desean escuchar que a brindar verdaderas soluciones.

Por lo que la lleva razón Salas en su conclusión respecto a la función del Derecho Penal:

“La función Principal del derecho penal es, por ende y en lo principal, una función simbólica: ofrece consuelo o la posibilidad latente de éste a los grupos humanos en dificultades. Y si no es consuelo que sea al menos la posibilidad de venganza.”³¹⁴

Como puede verse, un discurso de seguridad ciudadana, no abarca solo con el análisis de fenómeno delictivo (seguridad personal) sino con los otros elementos que conforman el análisis de la seguridad humana, los cuales son tanto igual o superior en importancia al problema delictivo.

Lo anterior, porque las políticas públicas, una de ellas las de seguridad humana, casi siempre están alejadas del ser humano. La persona en concreto no se le consulta sobre qué hacer o no hacer.

Así entendida entonces, es claro que la seguridad ciudadana es un síndrome, o un conjunto de fenómenos, más que un concepto que designe a una cosa analíticamente distinta a otras. Por lo que un discurso pensado en este concepto esta fuera de todo nivel teórico, más bien solo serviría para “provocar sentimientos, no estados intelectuales”³¹⁵.

³¹⁴ Salas, Minor. **Los rostros de la justicia**. Op. Cit. 177.

³¹⁵ Kolakowski, Citado por: Nieto, Alejandro. **El arbitrio Judicial**. Editorial Ariel. Barcelona, 2000, p.354.

Por lo que es claro que el populismo punitivo, -a pesar de su representación ideológica en las reformas penales señaladas en los presentes apuntes-, como discurso es un simple pensamiento por deseos, el cual no tiene nada de novedoso y actual, por cuanto no es sino, una forma más del discurso cotidiano ya que pretende pasar ser una solución (discursiva) a un componente empírico, lo cual conlleva a dos cosas: constituir un ejemplo de una falacia naturalista y ser una proyección más de la misma línea temática, ahora con el ropaje de una etiqueta: populismo punitivo, pero no es sino, más de los mismo; El discurso de insatisfacción frente a las políticas estatales en relación al delito.

VII. BIBLIOGRAFIA

Andreski, S. (1973). *Las ciencias sociales como forma de brujería*. Madrid: Editorial Taurus.

Anitúa, I. (2006). *Pensamiento Penal*. Recuperado el 20 de febrero de 2012, de www.pensamientopenal.com.ar

Antillón, W. (2012). El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales. En *Reflexiones jurídicas frente al populismo punitivo en Costa Rica*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Bajtín, M. (2013) *Estética de la creación verbal*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

Baumann, Z. (1996). Modernidad y Ambivalencia. En J. Beriaín, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Baumann, Z. (2005). *Modernidad y Ambivalencia*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Benjamín, W. (2012). *Angelus Novus*. (H. Murena, Trad.) Granada: Editorial Comares.

Bustos Ramírez, J. (1987) *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: Editorial Promociones Publicitarias Universitarias PPU.

Camps, Victoria.(1995) *Ética, Retórica y Política*. Madrid: Editorial Alianza.

Cicerón, M. T. (Sf). *Diálogos del Orador*. (M. Mélenz Pelayo, Trad.) Madrid: Editorial Gredós.

Código Penal. (2012). *Código Penal*. San José: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas.

De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. (C. Lema Ayón, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

De Sousa Santos, B. (2011). *el Milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. (A. Barreta, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

De Sousa Santos, B. (2012). *De la mano de Alicia*. (C. Bernal, & M. García Villegas, Trads.) Bogotá: Editorial Siglo del hombre Editores.

Elbert, C. (2011) El populismo penal en Costa Rica. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 3, año 2011, p. 3. Recuperado de: www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr. Consulta 2 feb, 2012.

Expediente Legislativo 17575, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Expediente Legislativo 17997. (2012). Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa de Costa Rica: www.asamblealegislativa.go.cr

Expediente Legislativo 18169, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Ferrajoli, L. (2012). El populismo penal en la sociedad del miedo. En R. Zaffaroni, L.

Ferrajoli, S. Torres, & R. Basilico, *La emergencia del Miedo* (A. Barbieri, & A. Catoira, Trads.). Buenos Aire: editorial Ediar.

Foucault, M. (1978). *Arqueología del saber*. (A. Garzón del Camino, Trad.) Mexico DF: Editorial Siglo XXI.

Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: editorial Gedisa.

García Borés Espí, J. *Castigar: La única ocurrencia*. En: Rivera Beiras, I. (2004) *Contornos y Pliegues del Derecho. Libro Homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Garland, D. (2001). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. (M. Sozzo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Garland, D. (2005). *La cultura del control*. (M. Sozzo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. (M. Iturralde, Trad.) Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores.

Goffman, I. (2009). *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.

Goffman, I. (2010). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.

Haba Muller, P. (2003). *El Espejismo de la interpretación literal. Tomo II*. San José: Escuela Judicial, Corte Suprema de justicia de Costa Rica.

Haba Muller, P. (2012). *Metodología (Realista) del derecho. Tomo I*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Jenofonte.(1993) *Recuerdos de Sócrates, Económico, Banquete y Apología de Sócrates*. Madrid: Editorial Gredós.

Kliksberg, B. (2007). *Mitos y realidades sobre la criminalidad en latinoamerica*. San José: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y políticas Públicas. (FIIAPP).

Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. México DF.: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Nieto, A. (2000). *El arbitrio Judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.

Llobet Rodríguez, J. (2009). *Proceso penal comentado*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Malinowski, B. (1985). *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini.

Molina Arrubla, C. M. (2010). *La víctima en el proceso penal*. Bogotá: Editorial Diké.

Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. (A. Piombo, Trad.) Barcelona: Editorial Anthropos.

Perelman, C., & Olbrichts-Titeca. (1989). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. (J. Sevilla Muñoz, Trad.) Madrid: Editorial Gredós.

PNUD. (1994). *Informe sobre el Desarrollo Humano: Nuevas dimensiones de la Seguridad Humana*. PNUD. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica.

PNUD. (2012). *Polsepaz*. Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de PNUD: www.pnud.or.cr

Polanyi, K. (1989). *La gran transformación*. (J. Varela, & F. Álvarez Uría, Trads.) Madrid: Editorial La Piqueta.

Programa del Estado de la Nación, P. (2006). *V Informe del Progrma Estado de la Nación*. Recuperado el 10 de enero de 2008, de PNUD: www.pnud.or.cr

Proyecto de Ley 17142, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Proyecto de ley 17489, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Rivera Beiras, I. (2005) *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Salas, M. (2006). Magia Verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social. *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas* (14).

Salas, M. (2006/2007). La falacia del todo. Claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas. *Revista Telemática del Filosofía del Derecho* (10).

Salas, R. (2010). en busca del paraíso perdido (Apuntes sobre el populismo penal). En *Política Criminal En el Estado Social de Derecho*. Libro Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José: Editorial Jurídica Continental.

Tedesco, I. *El Castigo como una forma compleja institución social: El Pensamiento de David Garland*. En: Rivera Beiras, I.(2004) *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Torres, G. (2008). *Derecho Penal de Emergencia*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Editorial Manantial.

Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres.El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. (M. Polo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Wittgenstein, L. (2012). *Investigaciones filosóficas*. (A. García Suarez, & U. Moulines, Trads.) Barcelona: Editorial Crítica.

Zamora, M. (2013) *El problema de la reincidencia. Un vestigio etiológico del delito*. Revista Acta Académica. San José: Editorial de la Universidad Autónoma de Centroamérica.

III. APROXIMACIONES SOCIO- POLÍTICAS AL DERECHO PENAL Y AL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD

MODELOS DE CONTROL SOCIAL Y PRISIONALIZACIÓN EN COSTA RICA

Prof. Dr. Ricardo Salas

Profesor en la Facultad de Derecho y en la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica

RESUMEN: Las penas y las sanciones ante la trasgresión al orden social responden a las distintas relaciones de poder producto de las condiciones históricas. El grupo o colectivo social necesita medios de control, y de esta manera, la reacción penal funciona como una forma de revitalizar los sentimientos colectivos de identidad y cohesión. La sanción penal ha cumplido el papel, más que de castigo, de ser una reacción térmica y emocional contra la trasgresión, no del precepto jurídico, sino del sentimiento o conciencia común que compone la identidad colectiva.

PALABRAS CLAVE: Control social, penalización, orden social, prisionalización, sanción penal, castigo, sistema penal.

ABSTRACT: Penalties and sanctions against the transgression of the social order respond to different power relations product of historical conditions. The collective or social group needs ways of control, and thus, the punitive response works as a way to revitalize the collective feelings of identity and cohesion. Criminal punishment has played the role, rather than punishment, of an emotional reaction against transgression, but not of the legal precept, but of the common feeling or conscience of collective identity.

KEYWORDS: Social control, punishment, social order, imprisonment, penalty, criminal sanction, criminal justice system.

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 26 de septiembre de 2013.

Las relaciones de poder que se tejen en las sociedades, hacen parte de condiciones históricas de cada una de esas formaciones. Esto es, esas relaciones de poder se expresan en patrones de conducta que pretenden garantizar la subsistencia del bloque histórico respectivo, patrones que pueden tener carácter religioso, moral, social o jurídico, o entremezclado. Esos patrones, como parte que son de las relaciones de poder y del fenómeno cultural en general, obedecen al momento y condiciones históricas de que son fruto. Así las penas y las funciones que estas cumplen responden a esa circunstanciación, aunque se pretenda darles sustento en otras razones o con base en discursos que terminan ocultando aquella circunstanciación.

Una de las primeras premisas de referencia que es preciso superar cuando se reflexiona sobre un tema como el propuesto, es el concepto estrecho de la pena como “pena estatal”; esto es, dictada con la autoridad y ejecutada bajo la supervisión del orden jurídico. La pena no se limita al campo de acción del Estado como entramado político ni al del Derecho como orden represivo formalizados, sino que se inscribe en el amplio entramado del “control social”. El alcance de la función cumplida por esas penas, ya no sólo relativa a la vigencia del Derecho, sino al desenvolvimiento de una formación social históricamente dada, hace que buena parte del desarrollo o desempeño de esa sanción penal sea fuera del perímetro jurídico, volviéndola así más incontrolable y también más opaca.

Podríamos empezar diciendo que las penas corporales y de prisión como sanciones principales, son propias de estadios superados por el control social actual; mientras que, en las sociedades posindustriales e informatizadas, la estigmatización (entendida como marcaje del sujeto) y el biopoder (entendido este como el control del sujeto cual ente vital), corolarios (declarados o no) de la reacción formal contra el delito, son el rasgo caracterizante del sistema sancionatorio de una formación que encuentra en el control ideológico y la microfísica del poder sus recursos primarios.

Ya desde el inicio se puede afirmar que, indudablemente, una de las funciones que parece constante a las diferentes configuraciones del control social, es el de la constitución del grupo o colectivo social a través de la articulación de sentimientos o “conciencias” comunes, las cuales exigen su reconstitución cuando se ven ultrajadas o transgredidas por un sujeto refractario. Para decirlo de otra forma, más allá del ejercicio del poder interno en la sociedad y de la necesidad que este tiene de reposicionarse como dominante ante la infracción, la reacción penal funciona como una forma de revitalizar los sentimientos colectivos de identidad y cohesión.

Debe reconocerse a Émile Durkheim haberse abocado a inicios del siglo pasado al estudio del delito y la pena como un factor en la creación y mantenimiento de la identidad común. Por eso es que “... *su primera y principal función es hacer respetar las creencias, las tradiciones, las prácticas colectivas, es decir defender la conciencia común contra todos los enemigos internos como externos. Así, deviene en un símbolo, la viva expresión a los ojos de todos*” (Durkheim, 2004, pág. 51). Sin embargo, aclara que ese tipo de ejercicios visibles es más grave y más elevado entre menores recursos de control tenga la sociedad o menos cohesionada (o, en sus palabras, sean “sociedades inferiores”), lo cual, *a contrario sensu*, permite entrever que cuanto más complejos esos medios de control, las vías serán menos perceptibles y más eficaces.

Lo relevante, a juicio de Durkheim, es que, también tratándose de la sanción penal, “*la naturaleza de una práctica no cambia necesariamente porque se modifiquen las intenciones de los que la cumplen*” (Durkheim, 2004, pág. 53). Esto es, aunque los discursos e incluso las íntimas creencias de los operadores cambien o se orienten en otro sentido, la naturaleza de la represión penal la llevará a desempeñar ciertos papeles en correspondencia a la configuración histórica de cada modelo de control social.

Justamente en este campo es que la sanción penal ha cumplido el papel, más que de castigo, de ser una reacción térmica y emocional contra la

transgresión, no del precepto jurídico, sino del sentimiento o conciencia común (para emplear el vocabulario del autor en mención) que compone la identidad colectiva. Dicho de otra manera, al atentar contra esa identidad y contra el sentimiento de seguridad que esta dispensa, la reacción contra el acto delictivo no puede ser menos que instintiva, pasional y de difícil moderación, pues al percibirse la acción delictiva como puesta en riesgo la constitución grupal, la elemental reacción de supervivencia exige una respuesta inmediata y contundente, aunque esta no tenga por mérito resolver el conflicto de convivencia que se manifiesta en el delito, sino esencialmente revitalizar la validez de los perfiles o postulados identitarios.

De suerte que la pena es una forma de venganza; y aunque se señalen otras finalidades, hay una siempre soterrada: que posibilita la expiación por el sufrimiento generado a los sujetos en su conciencia grupal. Al hacerlo, el sujeto infractor comete algo más que una falta: se pone al margen del grupo, lo que permite entender la durabilidad del juzgamiento sobre la personalidad y vida del sujeto o su historia, más que sobre el hecho en sí mismo. Esto es, permite comprender por qué, a pesar de las declaraciones constantes acerca del objeto de un Derecho Penal que reprime actos y no personalidades, o sobre las funciones declaradas de la pena, muy en lo profundo, ese impulso primitivo levanta su cabeza y regresa del tiempo inmemorial.

En efecto, sobre todo en un colectivo con esquemas de vida o valores comunes devaluados, pues se siente que ya no son tan compartidos por todos, toda desviación se vuelve un reto inquietante para la conciencia colectiva, por lo que ha de recurrirse a la norma penal como el único lenguaje disponible dentro de una sociedad en la que los valores compartidos vienen a menos (Salas págs. 13 y 47).

En fin, al corresponder al clamor de la *“solidaridad mecánica”*, la sanción penal cumple la función de reconstituir la identidad de grupo y hacerla creíble. *“Cuando reclamamos la represión del crimen, no somos nosotros los que nos*

queremos vengar personalmente, sino algo sagrado, que sentimos confusamente fuera y sobre nosotros” (Durkheim, 2004, pág. 68).

Adicionalmente, en los casos de grave sensación de deterioro de esos valores colectivos, sobreviene lo que autores nacionales han denominado el “pánico”, que exige una reacción contundente; pero que no es desaprovechado por el control social para expandir su influencia a espacios hasta entonces inaccesibles o en cuya intervención hubiera habido una oposición mayor, ahora flexibilizada por la regulación establecida en otros campos para los que aparentemente sí había motivos.

“Los pánicos morales siempre esconden más de lo que revelan; raramente tratan realmente de lo que pretenden tratar; e inevitablemente terminan aumentando el poder de las autoridades morales y represivas para intervenir en las vidas de los menos poderosos, so pretexto de la necesidad urgente de resolver una crisis social” (Palmer, en Molina, 2005, pág. 332).

Ahora bien, al abordar lo tocante a las funciones de la sanción penal respecto a los diversos modelos de control social específicos, debe tenerse presente que, en su antropología y morfología, la configuración del Estado (concebido este como aparato de conservación del orden social y de los criterios políticos prevalecientes y no como habitualmente se lo entiende, es decir como sinónimo de ente estatal formal, que es una noción corta con respecto a aquella), puede subdividirse esencialmente en dos vertientes.

La primera vertiente está constituida por el dominio físico. En otras palabras, las relaciones de poder político que arraigan en el dominio apelan básicamente a la coacción o la fuerza para saldar los conflictos y contradicciones que surjan o bien para prevenirlos, si bien es difícil hallar un ejemplo de Estado que se asiente exclusivamente sobre el dominio, pues algún nivel de consenso ha de encontrarse aunque sea entre el círculo que ejerce el poder. En consecuencia, al aludir a un sistema de relaciones de poder o Estado basado en

el dominio, se hace referencia a un conjunto de relaciones apoyadas esencialmente en la represión y accesoriamente en el consenso.

Por el contrario, un Estado basado en la hegemonía ideológica, echará mano al consenso y sólo subsidiariamente a la represión como medio de mantener la actual conformación social.

La principal fuente de poder del dominio físico está constituida por los recursos típicos de fuerza: fuerzas armadas, policiales, paramilitares, organizaciones de choque; esto es, aquellos recursos que llevan a reducir o amenazan con reducir físicamente la oposición al sistema. La hegemonía ideológica, por su parte, se vale del consenso que, sobre los favorecidos o no por el actual orden de cosas, este logra obtener. Medios privilegiados para ello son los que, haciendo un uso parco del término, se denominan “culturales”: el folclor, la educación, la religión, quehaceres de la sociedad civil, y hoy en día, ante todo, los medios de comunicación masiva. Es decir, aquellos que crean, recrean y difunden la concepción de necesidad del actual orden de cosas (Portelli, págs. 17-25).

El sistema jurídico, como forma de control social, es parte integral de las tantas veces mencionadas relaciones de poder. Este, y con especial evidencia su rama penal como rama de respaldo y tutelar de las demás, tenderá a exhibir las características correspondientes a los condicionamientos históricos que enmarcan las relaciones de poder en que se inscribe. De ahí que el funcionamiento del sistema penal, procesal y sustancial, muestre, con particular transparencia, el tipo de Estado vigente.

En ese sentido, la pena corporal que durante tanto tiempo prevaleció en el campo de la represión penal, constituye un reflejo del contexto social en que el ser humano es visto como objeto apropiable. Esos tipos de Estado, correspondientes a las sociedades esclavista y feudal, tuvieron por modos de producción esquemas en que el ser humano era sólo una cosa, un objeto.

La pena infligida sobre la corporeidad del ser humano es acorde a un sistema productivo y político arraigado en el sentido del cuerpo como factor constitutivo. El cuerpo del sospechoso es el depositario de la violencia ejercida por el Estado. Esta está dirigida a la eliminación o inutilización del sujeto, independientemente de que como paso previo se pueda obtener ventaja económica de este destinándolo a las minas, las galeras o bien a otros trabajos forzados.

Se entiende por qué cuando se pretende sancionar a tal sujeto se le toca precisamente en su corporeidad, vista esta como punto único de referencia del quehacer económico de esa estructura social, si se toma en cuenta que el ser humano es solamente un elemento más del aparato productivo; asimismo se entiende por qué el poder del Estado se ejerce *contra* el cuerpo de ese ser, ya que se trata de formaciones asentadas políticamente en la violencia física, como herramienta principal.

Por su lado, la sanción no corporal, traducida mayoritariamente por estigmas, (excomuniación, sambenitos, rotulación, retractación pública, entre otros), estaba reservada exclusivamente para los casos en que la falta recaía sobre los elementos constitutivos de la comparativamente escuálida hegemonía ideológica, a saber delitos religiosos (que en aquellos días incluían amén de los hoy religiosos en sentido estricto, también las infracciones intelectuales).

Rigiendo una estructura social en que se mezclaban rasgos de esclavismo y feudalismo autóctono, no es casualidad que al arribo de los conquistadores europeos a lo que hoy se denomina América, la punición penal en muchos de sus pueblos se hallara en este estadio y guardara simetría con el sistema de penas vigentes en los países de los recién llegados.

La prisión, por su lado, responde a un orden social en que el ser humano cuenta con un margen de autonomía (y desamparo simultáneo), lo cual dialécticamente es a la vez causa y efecto de las revoluciones industriales masivas de las postrimerías del siglo XVIII y del siglo XIX. Siendo así, es

comprensible que la prisión no fuera conocida con precedencia a esos siglos (por ejemplo entre los griegos o romanos, pilares básicos de la cultura occidental), más que como un sitio de detención para garantizar la presencia del justiciable en el proceso a que se le sometía.

Dependiendo el sujeto exclusivamente de su fuerza de trabajo, y careciendo de medios materiales que le procuren otras vías de supervivencia más que su fuerza diaria, de la cual tiene la ventaja (mezquina y limitadísima, por cierto) de poder escoger a quien la entrega como contraprestación de un salario, será precisamente en esas dos esferas que vendrá punida su falta contra los preceptos establecidos.

En una sociedad caracterizada por la producción de mercancías y su intercambio, es natural que el valor de las cosas sea medido por el tiempo necesario para producirlas, según lo establecía Marx en el primer tomo de *El Capital*. De guisa que el valor de los bienes, servicios o compensación de daños, será fijado en el marco temporal, evocando el tiempo de trabajo necesario para producirlos o estimado para compensarlos. Así, la cárcel se erige por antonomasia como la pena en una sociedad con relaciones de producción capitalistas, puesto que puede medir el castigo homogenizándolo al tiempo de trabajo, sea este asalariado o no.

Muy acorde con la promoción de políticas de control de la vida de las personas, así como con la instalación de reglas que permitieran contar con mano de obra para el proceso productivo y consumidores para sus mercancías, la sanción privativa de libertad arrancará al sujeto la autonomía de movimiento y escogencia, al igual que la posibilidad de desplegar su fuerza de trabajo. En cambio, podrá ser utilizado como tal en aquellos lugares (colonias, sitios insalubres) o trabajos (minas, por ejemplo) con problemas de abasto en su mano de obra; o bien, como contingente en trabajos de utilidad pública. El sujeto, de depositario de una fuerza de trabajo propia (aunque de disponibilidad precaria), pasa a ser un bien público rentable, portador de una fuerza de trabajo que ya no es propia, sino que, estando al “servicio de todos” en razón de su falta, es un

insumo valioso para el desarrollo de la infraestructura requerida para la reproducción del capital. Adicionalmente, la exhibición de los condenados que cumplen esos trabajos engarzarán con la pena como vía de prevención general.

No es de extrañar que muchas de las faltas o delitos contra la integridad física o libertad sexual de las personas, se tradujeran en sanciones de prisión que se evitaban mediante el pago de una multa (al respecto, vale tener presente que, en Costa Rica, esta tendencia se marcaba desde 1800, cuando de ese año a 1850, casi una tercera parte de las sanciones por estupro e incesto, delitos contra un bien primario como es la libertad sexual de las personas, se tradujeron en multa -ver Rodríguez, en Molina, 2005, pág. 26-), lo cual evidenciaba que se procuraba obtener un provecho tangible del sujeto, al igual que se reproducía una diferencia de trato entre los procesados, según su posición social les permitiera pagar en vez de descontar en la prisión. Otros, como la prostitución y la vagancia, de acuerdo con la Ley de Vagos (1878), podían ser punidos con el confinamiento a lugares alejados o destierro a zonas en proceso de colonización (Marín, en Molina, 2005, pág. 89), como Esparza o Matina, con miras a desarrollar esos parajes.

Tampoco debe olvidarse que, al ser discutida en Costa Rica, en 1872, la creación de las cárceles ubicadas en la Isla de San Lucas y de la Isla del Coco, estas fueron pensadas como “colonias agrícolas” que permitieran, en palabras de dictador de entonces, Tomás Guardia, *“ocultar en los lugares más convenientes y provechosos las miserias humanas buscándole remedio”* (Naranjo, en Molina, 2005, pág. 127), resolviendo así en alguna medida el debate de productividad contra inseguridad que se desarrollaba. De ese modo, el Estado, pretextando la necesidad de sufragar los gastos que imponía el mantener los presidiarios, vendía o se aprovechaba de su fuerza de trabajo (Molina, 2002, pág. 316).

Destaca que para la población presidiaria femenina (que incluía las mujeres *“notoriamente prostituidas, escandalosas y vagas”*), esa posibilidad estaba prevista ya desde antes, pues estaban destinadas a ser recluidas o

remitidas a Matina o Puerto Caldera, desde los años 1836-1837. El trabajo durante la reclusión de las mismas como forma de obtener mano de obra útil en cocina, lavandería, planchado, recolección de café y aseo, fue instaurado en 1863, como medida sustitutiva del destierro, si bien se autorizaba que durante aquellos servicios estuvieran encerradas, engrilladas o amarradas. En 1887, se autorizó nuevamente el destierro de ellas, esta vez a Talamanca (Mena, pág. 44).

En el plano político, con las revoluciones industriales, las formas de control social se habrán perfeccionado con el fortalecimiento del poder estatal formal, incluso en el ámbito infraestructural, lo que permitirá un control básicamente eficiente con sólo proceder a “sacar de circulación” al sujeto. Sin embargo, en la era del maquinismo, no otra cosa se podía esperar sino que el sistema tratara de homogeneizar a los sujetos que no se acomodaban a lo deseable y se dieran los incipientes esfuerzos por lograr su corrección, a fin de que estos logran integrarse apacible y buenamente al mundo, sobre todo laboral. Es la primera ola del bio-poder en nuestro país.

Podría afirmarse que es a partir de 1880, aproximadamente, cuando se empieza a reconocer formalmente esa profundización en la biodinámica social de los sujetos, empezando por la Ley de Vagos (1878), pasando por las de juegos, gallos, las reformas educativas y desembocando en 1903 en la Ley de Licores, sin poderse dejar de mencionar el Reglamento de la Prostitución y la Ley de Profilaxis Venérea (ambos de 1894). Si se lo ve a nivel del crecimiento acelerado de agencias de policía, estas denotan un creciente control de la población y una mayor presencia del Estado como forma de ratificar la existencia de un orden social agrupador. Dichas agencias pasaron de 61 en 1890, a 102 en 1900 y 257 en 1920 (Fumero, 2005a, pág. 42).

Luego, en 1923, se emana la Ley sobre protección de salubridad pública, que contenía sanciones contra el tráfico de drogas, cuyo consumo había sido frecuente en los sectores altos de la población. La diferencia es que para ese momento, en palabras del promotor fiscal (hoy fiscal general), Alberto Moreno

Cañas, en 1929, había llegado a la clase obrera “...*restando a la industria y a la agricultura brazos que podrían serle útiles*” (Palmer, en Molina, 2005, pág. 293). En otros términos, mientras el consumo (en ese tiempo de heroína), se limitó a la clase socialmente alta y contribuyó al desarrollo de comercios farmacéuticos del país, no ameritó mayor atención. El problema y pánico moral se suscitó cuando ese consumo alcanzó a la fuerza de trabajo. Tanto es así que de los 86 sancionados por esos delitos entre 1929 y 1933, el 71% eran definidos como artesanos (Palmer, en Molina, 2005, pág. 312).

En fin, las medidas de los liberales tendieron a lograr una mayor productividad y control, a través de la práctica de la “higiene social”, tanto preventiva cuanto represiva, las cuales ciertamente recaían de manera desproporcionada sobre los sectores populares, con costumbres distantes de las convencionalmente aceptadas por los sectores dominantes, que pretendían “civilizar” a los primeros a través de la educación o el castigo. En 1943, por cierto, ese proceso se profundizó al punto de pedirse que, para abolir la prostitución, los asistentes sociales vigilaran tanto al “anormal” como a su familia (Marín, en Molina, 2005, págs. 93-94), expandiendo así el campo de control por la simple proximidad con la persona investigada.

No es casual que sea justamente a inicios del siglo XX que empezaron a surgir en Costa Rica las asociaciones deportivas entre los obreros (principalmente de fútbol, deporte importado paradójicamente por las élites nacionales desde Inglaterra), financiadas por los patronos, y cuyas actividades proveían a los trabajadores de una forma de distracción, que los mantenía fuertes y sanos; pero, ante todo, disciplinados (Fumero, 2005a, pág. 12).

Nótese que la sanción sigue imponiéndose sustancialmente sobre la corporeidad del sujeto, aunque no como pena corporal clásicamente entendida. En vez del cuerpo, la sanción recaerá sobre su disponibilidad.

En esta etapa histórica las relaciones de poder siguen expresándose sustancialmente en el dominio físico. Para ello, el sistema jurídico se coloca al

lado de otros órdenes normativos y de poder que permitirán ejercer de forma complementaria ese control, como es la clínica y la escuela. Por su parte, el estigma, nuevamente, es de uso restringido y en algunos casos nugatorio, echando mano ante todo a argumentos biologicistas para discriminar a los calificados como contraventores de los que no lo eran.

Como es presumible, el mecanismo material de ejecución de esta represión sobre la disponibilidad del cuerpo, será la cárcel. Esta, como prolongación natural del bio-poder, no sólo se hará progresivamente cargo de las faltas hasta entonces sancionadas con la pena capital, la que ya había visto venir a menos sus razones desde que el poder decidió gobernar la vida (y no la muerte), sino que permitía ejercer un control minucioso sobre la población interna.

Ese control carcelario operaba inicialmente en un triple sentido. En primer término, posibilita la supervisión meticulosa y panóptica de las actividades del sujeto. Es decir, al individuo se le controla la totalidad de sus acciones, de su vida. Más que privado de libertad, se halla en un perímetro de observación, en el que se vigila su actividad física, gastronómica, sexual, cultural, recreativa, su forma de pensar e interactuar y los horarios de todas; en fin, está sujeto a un control rotundo y redondo. Es el bio-poder en su macroexpresión, en un espacio cerrado. El segundo sentido, es la política disuasoria, propia de la tesis de la prevención general y que toma expresión en las prisiones cerca de los centros poblacionales, si bien los trazos más amargos de la ejecución se sustraigan al ojo externo. A esta función declarada que es la prevención general, responde que la cárcel, medio más gravoso de ejecución una vez abandonada la pena de muerte, se convierta entonces en un escaparate, donde los demás puedan contemplar la lamentable situación de quienes fueron refractarios al orden. Es el tiempo en que las cárceles están cerca de los centros de población y son visibles, como fue la Penitenciaría Central de San José, inaugurada en 1909, y que marca el abandono del proyecto de las colonias agrícolas como sitio de extracción de trabajo presidiario y la clara opción de la cárcel físicamente visible como

instrumento de prevención general. *“De esta forma... (se daba) por medio de las penas impuestas ejemplos de saneamiento de las costumbres, de la moralidad y de la compostura”* (Fumero, 2005b, pág. 32). La excepción, como se verá, fue la reclusión femenina, que no se hizo ostentosa.

El tercer rasgo de control carcelario, es que, también si lo que se pretende es la prevención especial o “resocialización” del convicto, la prisión garantiza tenerlo a disposición las veinticuatro horas, con facultades disciplinarias amplísimas que tiendan a su “curación” y readaptación a las normas de conducta de los que se separó, y que determinará si es merecedor o no de alguna concesión en el cumplimiento de la pena. La prisión entonces, se convierte en un escenario reducido y coactivo de modelación del ser humano; pero no un ser humano cualquiera, sino “corregido” en su comportamiento con relación al Derecho y a la vida social en general, lo cual explica la importancia dada a la capacitación laboral de los condenados, quienes podían jugar un papel relevante en la producción industrial que requería un nivel mínimo de escolaridad y especialización. Eso concuerda con que, en Centroamérica, por ejemplo, la “readaptación” se promueva como política pública a partir de 1953, época del intento de industrialización regional y en que se reconocía la necesidad de capacitar mano de obra, pues la mano de obra “bruta”, la sola contribución física, ya no bastaba en ese contexto. Se requería un modelo diferente de ser humano y de prisionero para que pudiera integrarse productivamente a la actividad económica dentro de la cárcel o al salir de ella. Aun así, cabe destacar que las iniciativas de resocialización ya había sido discutido en 1929, tratándose de los drogadictos (Palmer, en Molina, 2005, pág. 296). Sin duda, un antecedente para la segunda ola del bio-poder que se desarrollará casi imperceptiblemente después, con la entronización del control social asentado principalmente en la microfísica del control. Sin embargo, como proyecto político mayor, la resocialización fuero madurada para su implementación en las décadas del 60 y 70, desembocando en la inauguración, a finales de los 70, de un centro carcelario denominado “La Reforma”, cuyo nombre transparenta sin ambages cuál era el

propósito de la nueva política carcelaria en sus funciones declaradas (la resocialización) y no declaradas (la modelación de la vida del individuo).

No puede dejar de llamar la atención que, nuevamente de manera muy anticipada, tratándose de las mujeres, el trabajo carcelario se previera antes que para los varones, lo mismo que la “resocialización”. Así en 1906, se creó la Casa de Reclusión de La Algodonera (porque antes se recibía allí el algodón que entraba a San José), que a partir de 1917 sería administrada por la Hermanas del Buen Pastor. Desde el inicio mismo, ese centro tenía por objetivo su “*regeneración moral y espiritual*”. La decisión de extraer la fuerza de trabajo de las reclusas o ulteriormente de reformarlas, ambas posibilidades instituidas mucho antes que tratándose de los varones, revela una concepción de la mujer como destinada por naturaleza y obligación social a las labores domésticas; así como revela su concepción como ser inferior, lo que justificaba que desde temprano se tratara de moldearlas para que fueran un “*organismo aprovechable en las funciones de convivencia*” (Mena, pág. 46).

En el siguiente estadio de nuestra historia nacional, la evolución de esas relaciones de poder marcará un cambio sustancial en su forma de expresión. Estas pasarán a ser regidas por mecanismos de consenso hacia el sistema o de hegemonía ideológica. La población, en sus estratos mayoritarios o fundamentales, estimará el actual orden social como necesario y le dará su adhesión, aunque críticamente considerado este le resulte adverso.

La tarea de difundir la ideología oficial en un primer momento estará a cargo principalmente de las instituciones religiosas, luego de la academia y, finalmente, de los medios de comunicación masiva (sin que ello signifique la exclusividad, sino prevalencia, claro está). El caso costarricense es interesante por temprano, puesto que habiéndose introducido la radio al país para el año 1923, ya para 1940 (diecisiete años después) había un radio por cada cincuenta y ocho personas (Fumero, 2005a, pág. 44), lo que dice de la influencia que ya desde entonces tenían esos dispositivos como forma de difusión ideológica, junto a la alfabetización. En cuanto a esta, ya para 1927, el 68,8 % de los varones

y el 64,4 % de las mujeres sabían leer y escribir. Por su parte, el porcentaje global de alfabetización para la población urbana era en ese año de un 86,7 % (ver Fumero, 2005b, págs. 4-5). El éxito de la alfabetización es más notorio si se mira las cifras de 1950, cuando en el sector urbano un 91,9 % (93,5 de hombres y 90,6 de mujeres), sabían leer y escribir; siendo esos datos de un 71,5 % (72,2 de hombres y 70,2 de mujeres) para el sector rural (Fumero, 2005a, pág. 22).

Al igual que cuanto acontecía con anterioridad, el sujeto infractor de las reglas sociales establecidas por los sectores prevalecientes, recibirá una sanción corporal, si es que su falta es de alguna envergadura, y sobre todo si su conducta pone en cuestión las relaciones de poder (lo que acontece no únicamente con los delitos políticos o de origen político, sino con otros como podría ser los concernientes a la propiedad, por ejemplo). No obstante, tanto en tal caso, como en los que esa falta no mostraba el monto necesario para la punición formal, el sistema contará con recursos novedosos suficientes para sancionar el sujeto. Aun más, el solo hecho de comparecer el sujeto ante el aparato represivo será un acto suficientemente ofensivo al sistema como para que este sancione al compareciente.

A diferencia de antes, cuando las leyes provenían del puro poder de hecho o la imposición coactiva, en esta nueva etapa, recreando y valiéndose de aquella hegemonía, el Estado u aparato de control, procurará presentar las normas de conducta que prescribe, como legítimas y necesarias, y en tanto tales, al igual que acontece con la globalidad de la formación social, como puntos de consenso o de validez “objetiva”, y no como una decisión política. Asimismo, pretenderá que el repudio a la eventual infracción sea lo más vasto que se pueda y unánime, si es posible. En efecto, la actual disposición de las reglas sociales, basadas prioritariamente en la hegemonía ideológica, hará viable que al sujeto se lo reprima esencialmente en el plano de las relaciones ideológicas también. No se sancionará la corporeidad de la persona más que accesoriamente. La sanción principal recaerá sobre el ente social: nombre, reputación, relaciones interpersonales o colectivas.

El Derecho pasaba a engrosar la fila de los aparatos ideológicos en la validación de ciertos valores o visiones de cómo debía ser la sociedad. No obstante, a diferencia de esos instrumentos, la institución jurídica sacralizaba esos valores y visiones, poniéndolos a salvo de cualquier cuestionamiento. En otras palabras, el Derecho, y particularmente el Derecho Penal, se presentaba, no en un producto socio-político, sino en una premisa inicial ya existente, dotada de una validez autorreferente, que trata de explicarse por sí misma y no con relación a un cierto contexto humano.

El problema estaba en que progresivamente los colectivos se desagregaban y se diferenciaban entre sí. Al igual que el capitalismo diversificaba la mercancía para crear y satisfacer esas mismas necesidades creadas en cada sector de la población, las estrategias de control se diversificaban, pues no se podía llegar a todos los sectores o estratos con las mismos abordajes, ni pretender garantizar su compostura con aquellas.

El control social empieza a transcurrir a partir de ese momento a través de un tejido fino e imperceptible que fue denominado la “microfísica del poder”, ya que, a diferencia de la fuerza física o el aparataje ideológico masivos, este segundo bio-poder es personalizado, se cuela en los intersticios más recónditos de la vida humana (aparte de sus valoraciones políticas o morales, también se controla la conducta sexual, la dieta, las finanzas personales, preferencias de consumo, recreativas y, claro está, la movilidad corporal). Se trata de una modalidad de ejercicio del poder imperceptible y reticular; pero, ante todo, que empezó a delinear a un sujeto diverso: al que se le controla difusamente la totalidad de sus dimensiones, incluso después de cumplir su sanción jurídica, ya que en virtud del marcaje, el seguimiento a distancia tanto a nivel institucional como social, se concibe hoy como un fenómeno natural e inevitable. El poder se empezó a ejercer por fuera y por dentro. Es un nivel superior de la biopolítica como vía para diseñar un cierto tipo de persona/consumidor/ciudadano y hasta paciente médico, para que en todos esos papeles resulte funcional a ese sistema

social en que está inserto, que le establece prohibiciones, obligaciones de hacer e incentivos para cumplirlas.

De ahí que, por naturaleza, los laboratorios mejor logrados de la primera fase de la modernidad represiva sea la clínica y la cárcel, en las cuales se ejerce una vigilancia permanente sobre el sujeto durante todas sus horas y en todas sus áreas, sin que sea previsible reacción o disidencia alguna por parte de quien se sabe sometido al poder de la ejecución o el criterio médico. Pero, a diferencia de aquella, en la segunda fase de la modernidad represiva, ya no se precisa que el sujeto se halle en esos espacios cerrados. Puede estar en espacios abiertos e incluso haber purgado la sanción jurídica, y aun así ser controlado en sus preferencias, movimientos, consumo, finanzas, información a la que accede y con quiénes se relaciona.

Cabalmente el no poder tomar distancia del control provocará que la secuela más drástica de un sistema represivo montado sobre la hegemonía ideológica y la microfísica del poder, tenga ahora ribetes de implacabilidad, a la cual el sujeto no puede escapar, ni en el tiempo ni en el espacio. Si en la etapa de la simple hegemonía el estigma era el más pesado de los fardos; en el estadio del segundo bio-poder ese fardo y el control lo seguirá a todas partes, aunque quiera sacárselos de encima. El estigma lo acompañará como una presencia sobrenatural, pues será constante sobre el sujeto, con independencia del medio en que se mueva, preferencialmente si el sujeto proviene de sectores marginados y no muestra una cualidad excepcionalmente elogiada, ya que la estigmatización tiene un carácter marcadamente clasista y recae casi exclusivamente sobre los integrantes de los sectores menos favorecidos en el reparto de los bienes de diversa índole. Este estigma se convertirá en una marca informal del individuo que ha sido penalizado, particularmente si ello ha sucedido a través de su tránsito por el lugar y tiempo de marcaje mayor: la prisión. Por su parte, el bio-poder permitirá controlarlo y darle seguimiento en sus acciones, gustos, preferencias, ubicaciones y hasta en sus dolencias. El bio-poder será el “gran hermano” del sujeto marcado.

Pero lo cierto del efecto de ambas operaciones es que no resuelven el problema de conflictividad de ese individuo ni del contexto social del cual es producto. Es más, a consecuencia de la exclusión y autoexclusión (porque antes de sufrir el rechazo, el sentenciado ya actúa como si lo hubiera sido) que conlleva el marcaje, así como por el seguimiento del sujeto, es posible que la conflictividad de esa persona aumente. Pero por otra parte y peor aun, al no resolver y ni siquiera interesarse por la génesis social de los actos sancionados, el orden social se autoexonera de toda responsabilidad en esos hechos y deja intactas las condiciones ambientales en que estos acontecieron. En resumen, la consecuencia es una ganancia neta para el “bloque histórico” del que se habló al inicio de esta exposición: se afirma su validez, reconstituyéndose como símbolo de una sana conciencia común, y la disfuncionalidad se atribuye enteramente al sujeto. Los pobres resultados para la coexistencia están a ojos vista: mientras no se atiendan las circunstancias de vida que son la génesis de los actos de victimización, podrá seguirse encarcelando, marcando y dando seguimiento a los sujetos, pero la cantidad de aquellos no disminuirá. Antes bien, a mayor deterioro de las condiciones de convivencia, mayor será la victimización.

No obstante, duele reconocer que esos cambios en aras de una sociedad menos excluyente, menos asimétrica, con menos violencia y con formas de gestión política más honestas, no se ven en el horizonte. Por el contrario, pareciera que los vientos de esta época les son desfavorables a esos cambios hasta nuevo aviso.

Mientras tanto, como colectivo y manteniéndonos a comfortable distancia de lo hasta aquí desarrollado, por nuestra parte, con cada condena recuperamos la confianza en una identidad común y simultáneamente mimetizamos las contradicciones de nuestra sociedad. Por su parte, el sentenciado, al igual que Caín, lleva en la frente ambas marcas: la de la culpa personal y la de la inocencia del orden social.

BIBLIOGRAFÍA

DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. Presses Universitaires de France, París, 2004.

FUMERO, Patricia. *Cultura y sociedad en Costa Rica: 1914-1950*. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2005a

El advenimiento de la modernidad en Costa Rica: 1850-1914. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 2005b

MARX, Carlos. *El Capital*. Tomo I. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1976.

MENA, Olga Marta. *El Buen Pastor: una población olvidada*. Editorial Nuestra Tierra, San José, 2013.

MOLINA, Iván et alii (comp.). *El paso del cometa: Estado, política social y culturas populares en Costa Rica (1800-1950)*. EUNED, San José, 2005.

PORTELLI, Hugues. *Gramsci y el bloque histórico*. Siglo XXI, México D.F., 1981.

SALAS, Denis. *La Volonté de Punir*. Hachette, París, 2005.

PROPOSICIONES ANALÍTICAS PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA EN CENTROAMÉRICA: UNA MIRADA DESDE LA EXCLUSIÓN SOCIAL

Prof. Dr. Rodolfo Calderón Umaña³¹⁶

Profesor de Sociología de la Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El artículo persigue tres objetivos. Primero, destacar la importancia de estudiar aquellas formas de violencia que es factible suponer, según la evidencia disponible, están ligas a los procesos de exclusión social que caracterizan a las sociedades centroamericanas hoy en día. Segundo, enunciar los rasgos básicos de un esquema teórico y metodológico que permita llevar a cabo esta tarea. Y tercero, evidenciar la necesidad de analizar el problema en perspectiva comparada, a fin de entender su carácter regional. Para alcanzar estas metas, contenido de la última sección del documento, primero se lleva a cabo un recuento general de las investigaciones que sobre el tema se han producido en Centroamérica durante los últimos años, para luego destacar la importancia del vínculo exclusión-violencia, así como las dificultades que para su entendimiento registran los enfoques que a la fecha se han formulado.

PALABRAS CLAVE: Centroamérica, exclusión social, violencia, acción colectiva, capital social.

ABSTRACT: The article has three objectives. First, highlight the importance of studying those types of violence that according to the available evidence is feasible to presume that are linked to social exclusion processes that characterize Central-American societies today. Second, state the basic features of a theoretical and methodological framework for undertaking this task. And finally, demonstrate the need to analyze the problem in comparative perspective, in

³¹⁶ Profesor e investigador de la Escuela de Sociología, Universidad de Costa Rica. rodolfo.calderon@ucr.ac.cr

order to understand their regional nature. To accomplish these objectives, first is necessary to conduct a general account of investigations of the topic in Central-America during the last years, and then highlight the importance of the link exclusion-violence and the difficulties for understanding the approaches reported to date.

KEYWORDS: Central-America, social exclusion, violence, collective action, social capital.

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 12 de septiembre de 2013.

INTRODUCCIÓN

La violencia es un rasgo constitutivo y constituyente de las sociedades centroamericanas: violenta fue la conquista, la independencia, los procesos de generación y apropiación del excedente social y en la actualidad, la convivencia en tiempo de paz. En este sentido, dos de los rasgos más sobresalientes de esta problemática en los últimos años han sido, por un lado, el desplazamiento desde una violencia de carácter eminentemente político (conflictos armados), hacia otra que se dice *difusa*, dado que permea el conjunto de relaciones sociales y los actores involucrados no se definen en el marco de un eje articulador institucionalmente reconocido (Blau y Blau, 1982, Riella, 2001). Y por otro lado, la intensidad y las manifestaciones que asume el fenómeno en este contexto. Por ejemplo, en El Salvador y Guatemala, la tasa promedio de homicidios en la era del postconflicto es superior a la registrada en tiempos de guerra. De hecho, en el período 2006-2007, ambos países, junto con Honduras, encabezaron las estadísticas de homicidios de América Latina y del mundo entero: la tasa por cada cien mil habitantes fue, respectivamente: 56.2, 37.5 y 46.2 (Zinecker, 2009). Y si bien, estas cifras han disminuido en los últimos años, siguen siendo muy

superiores a la media regional y planetaria, comparables únicamente con zonas de guerra (Call, 2000; UNODC, 2007).³¹⁷

El escenario descrito ha dado lugar a una cantidad importante de estudios que han tendido a concentrarse en temáticas específicas como jóvenes, drogas y criminalidad, dejando de lado otros aspectos igualmente importantes, como la violencia que se ejerce en el ámbito doméstico y sobre todo, aquella que emerge y se expresa en territorios y comunidades socialmente excluidas. En este sentido, el trabajo elabora un recuento general sobre los estudios que se han producido recientemente en Centroamérica (sección primera),³¹⁸ para inventariar el conocimiento alcanzado hasta el momento y a partir de ahí, destacar vacíos de conocimiento, tanto desde el punto de vista de temáticas que han sido relegadas como de las dificultades presentes en los enfoques utilizados hasta el momento para abordar el fenómeno de la violencia (segunda parte). El objetivo de este ejercicio es doble: fundamentar la necesidad de priorizar el estudio de aquellas formas de violencia que se ligan a la exclusión social y que se expresan territorialmente, así como avanzar en el enunciado de algunos aspectos básicos para su comprensión y estudio; ambos temas son los que dan contenido a la tercera y última sección del documento.

1. INVESTIGACIÓN EMPÍRICA: PRINCIPALES HALLAZGOS

Según la revisión llevada a cabo para este trabajo, una buena parte de las investigaciones que sobre el tema de la violencia social existen en Centroamérica se han concentrado en analizar el fenómeno de las maras (Cruz y Portillo, 1998; ERIC/IDESO, 2001; Fundación Arias, 2006; USAID, 2006;

³¹⁷ Estas cifras hay que leerlas con cautela debido al problema en el registro de los datos, sobre todo las relacionadas con el periodo de guerra. Pero lo cierto es que como tendencia insinúan la magnitud del problema.

³¹⁸ La revisión ha dado énfasis a las investigaciones de corte empírico y que intentan trascender los marcos nacionales y apostar por una perspectiva regional o al menos comparativa

WOLA, 2006; Savenije, 2012), aunque más recientemente han aparecido estudios —muy pocos— sobre tópicos como la llamada delincuencia común (Calderón, 2010a; Castro, 2010), el crimen organizado—narcotráfico sobre todo— (UNODOC, 2007) y, la seguridad ciudadana—que si bien incluye varias formas de delito y violencia no criminal se las trata como un fenómeno específico—(PNUD, 2005; PNUD, 2010). En este sentido, resulta sorprendente la escasez de análisis sobre otras manifestaciones del problema, igualmente relevantes por el impacto negativo que producen en la vida de las y los centroamericanos, pero que han sido silenciadas como resultado de factores culturales, políticos y económicos; este es el caso, por ejemplo, de la violencia ejercida contra las mujeres, las y los niños, así como los adultos mayores (PNUD, 2010). También ha pasado desapercibida la violencia que generan actores desmovilizados del escenario sociopolítico anterior; caso específico de los ex militares en Guatemala y Nicaragua (Moser y Winton, 2002), así como el fenómeno de los homicidios que normalmente se esgrime como uno de los indicadores para destacar el grado de violencia que afecta a la región.

MARAS

El punto más destacable de la investigación sobre este tema es que, a diferencia de lo estipulado por los discursos y las representaciones sociales hegemónicas, la mara, en tanto agrupación juvenil, se relaciona más con la construcción de identidades que con la realización de actividades criminales. En lo fundamental, estos grupos surgen para acoger a los jóvenes socialmente excluidos, tanto de las vías institucionales (educación, empleo, recreación y política) como de sus propios hogares y comunidades (ERIC/IDESO, 2001; Moser y Winton, 2002; UNODOC, 2007; de León-Escribano, 2008; Savenije, 2012).

Desde este ángulo, la mara funciona como un vínculo primario para los jóvenes en exclusión; les brinda la oportunidad de ser reconocidos, de lograr

respeto y de vencer la incertidumbre ontológica que les aqueja. Pero en este contexto, ello solo se logra utilizando la violencia, ya que esta deviene en el elemento de jerarquización social: el más aguantador, el más agresivo y el más solidario será a su vez el de mayor aceptación y reconocimiento, pues cuanto mayor desprecio por la vida propia, mayor valor para el grupo (de León-Escribano, 2008; CEPAL, 2008). En este sentido, las principales manifestaciones de violencia que realizan estos jóvenes son aquellas orientadas al logro de esos objetivos y por tanto, la ejercida contra otros jóvenes (ritos de iniciación, venganza contra los desertores), particularmente contra el rival construido: la otra mara (Cruz y Portillo, 1998; ERIC/IDESO, 2001; Fundación Arias, 2006; USAID, 2006; WOLA, 2006; Savenije, 2012).

De forma secundaria estos jóvenes realizan actividades criminales para satisfacer o mantener el accionar del grupo, lo que incluye violencia ocasional hacia la comunidad y otros actores presentes en ella como por ejemplo el transporte público (ERIC/IDESO, 2001; Savenije, 2012), lo que sigue siendo válido a pesar de los recientes procesos de cambio experimentados por las maras, a raíz de las políticas de mano dura y súper mano dura, mismas que han dado lugar, de forma no intencionada, a una mayor organización y profesionalización criminal que incluye más episodios de extorsión y distribución de drogas al por menor, sin que haya evidencia de vínculos con el tráfico internacional de drogas ni el terrorismo (UNODOC, 2007; Savenije, 2012).

Otro aspecto importante a destacar es el ligamen que se ha logrado establecer entre la emergencia de la mara y una serie de debilidades en la estructura social. Por ejemplo, la falta de oportunidades institucionales — educación y trabajo— que enfrentan los jóvenes excluidos para lograr un mejor futuro, así como la desestructuración de los vínculos sociales básicos—familia y comunidad—, debido a la guerra y la migración, lo cual genera condiciones adecuadas para que la pandilla emerja como un vínculo fundacional entre el joven y la comunidad; es lo que lo vincula socialmente y por tanto, le brinda un

lugar en el mundo que de otra manera no tendría (Cruz y Portillo, 1998; ERIC/IDESO, 2001; Fundación Arias, 2006; USAID, 2006; WOLA, 2006; Savenije, 2012).

DELINCUENCIA COMÚN

En lo que respecta a la violencia criminal derivada de los llamados “delitos comunes”,³¹⁹ sorprendentemente hay muy pocos estudios, pero los existentes muestran un aspecto fundamental: la presencia de distintos tipos de infractor entre los que destacan el *trasgresor globalizado* y el *trasgresor por droga*; ambos son el resultado de las dinámicas sociales, económicas y culturales puestas en marcha en la región a inicios de la década de los ochenta del siglo pasado (Calderón, 2010b; Castro, 2010). Se trata de jóvenes urbanos con edades comprendidas entre los 18 y los 25 años, excluidos del sistema educativo y que han desempeñado actividades laborales con poca o ninguna protección legal y sumamente inestables.

El primer tipo (globalizado) se caracteriza por albergar expectativas de bienestar material y social orientadas por el consumo de mercancías altamente valoradas y el reconocimiento social, basado en símbolos externos de estatus. Por ejemplo, ropas de marca, posesión de vehículos, dinero en efectivo, consumo de drogas, etc. Y los delitos que comete son evaluados a la luz de estas metas, de ahí que sean altamente rentables; ejemplo, robo de vehículos, asaltos a camiones remeseros y, robo y venta de droga. El segundo tipo (por droga) realiza delitos para financiar su adicción a drogas ilícitas, fundamentalmente

³¹⁹ En la literatura especializada se suele entenderse por “delitos comunes”, las infracciones contra el patrimonio que son ejecutados fundamentalmente con uso o amenaza de uso de fuerza; quedan excluidos otros delitos patrimoniales como la estafa, el peculado, el enriquecimiento ilícito y otros de esta naturaleza que se denominan “delitos de cuello blanco” y que implican que el autor goza de recursos que le eximen de usar la fuerza.

crack, y la mayoría de las veces ejerce una violencia que parece desproporcionada si se consideran las ganancias obtenidas por los actos realizados; sin embargo, ésta cobra sentido cuando se comprende que la ejerce durante el periodo de abstinencia, lo que exacerba la necesidad de dinero para seguir consumiendo drogas. En ambos casos, la violencia implicada es fundamentalmente aquella contra las personas que involucran amenaza o agresión con armas (blancas o de fuego).

CRIMEN ORGANIZADO³²⁰

Los trabajos sobre crimen organizado se focalizan en el tema del tráfico internacional de drogas y más allá de algunos datos relevantes y cuestionamientos al sentido común, es poco lo que revelan en términos de las causas y la morfología del problema. En este sentido, lo que se ha logrado determinar es que su mayor presencia en la región se explica por la importancia que esta adquiere en tanto ruta de paso entre los mayores productores y los mayores consumidores de cocaína del mundo, ya que como resultado de las políticas de “guerra contra las drogas” promovida por el gobierno norteamericano, se ha producido un desplazamiento de éstas desde el Caribe hacia Centroamérica. En otras palabras, la región entra en el circuito del narcotráfico por su relevancia como ruta de paso y de lavado de dinero, no tanto por la importancia del mercado local que más bien ha comenzado a desarrollarse como efecto de esta situación (UNODOC, 2007; PNUD, 2010).

Dos de los aportes centrales de estos trabajos son los siguientes. Primero, muestran que las bandas relacionadas con el narcotráfico, al igual que con cualquier otra forma de crimen organizado, a diferencia de las maras, se

³²⁰ Se entiende por crimen organizados a las agrupaciones (tres o más personas) conformadas explícitamente para cometer actos ilícitos a fin de obtener una ganancia (PNUD, 2010).

constituyen con el fin explícito de cometer delitos para generar beneficios económicos para sus sindicatos, lo que no excluye, de forma secundaria, el logro de fines sociales como prestigio y reconocimiento (PNUD, 2010). Y además, se reconoce que esto genera formas particulares de violencia – homicidios y secuestros, por ejemplo- ligadas fundamentalmente a disputas por territorios y mercancía entre miembros de distintas agrupaciones. Segundo, refieren el desarrollo incipiente de un mercado regional de sustancias ilegales, facilitado por el hecho de que, en la mayoría de ocasiones, el pago por almacenaje y transporte de estas se realiza con droga (PNUD, 2010; UNODOC, 2007). Y esto es justamente uno de los elementos que ayuda a entender el surgimiento del trasgresor por droga en el nuevo contexto y la violencia por este producida; violencia que como ya se indicó se relaciona con asaltos que es una de las figuras criminales que más aumento registra en los últimos años en la región (Calderón, 2011b).

Lamentablemente estos trabajos no ahondan en formas de crimen organizado que también adquieren magnitudes importantes en la región y que según los pocos datos existentes involucran a antiguos militares y autoridades de gobierno; este es el caso de la trata de personas, la explotación sexual con fines comerciales y el robo de vehículos, entre otros (Moser y Winton, 2002; UNODOC, 2007; PNUD, 2010).

VIOLENCIA DOMÉSTICA

Los pocos estudios realizados en este campo han priorizado aquellas formas que atentan contra las mujeres, enfatizando en el femicidio como su manifestación extrema, sin que ello implique desconocer otras manifestaciones como las agresiones físicas, verbales y sexuales. Y es que la información disponible señala al hogar como el lugar más inseguro para las mujeres y a la violencia doméstica como una de las principales causas de muerte de este grupo

poblacional (Buvinic y otro, 2002; Moser y Winton, 2002; IIDH, 2006; de León-Escribano, 2008; CEFEMINA, 2010; PNUD, 2010).

En el caso de la niñez y la adolescencia se ha llegado a señalar que las niñas y las adolescentes son fundamentalmente víctimas de agresión sexual por parte del progenitor o algún otro familiar masculino y que los niños y adolescentes son principalmente violentados, de manera física y verbal, por sus madres (de León-Escribano, 2008). Por ello se sabe que la violencia física, verbal y sexual ejercida en el hogar es una de las formas más comunes del maltrato infantil pero también se reconocen otros episodios bastante frecuentes en el mundo público ligados a homicidios por limpieza social, explotación sexual y laboral (PNUD, 2010).

De las ofensas contra personas adultas mayores existe aún menos información y es que, en general, la ausencia de datos sobre la violencia ejercida en el ámbito doméstico, muestra la legitimidad disfrutada por esta; misma que se ejerce a vista y paciencia (complicidad) del estado y la sociedad civil. Por ello se afirma que el mayor desbalance no está en el número de actos sino en la desprotección que experimentan sus víctimas (IIDH, 2006; de León-Escribano, 2008; PNUD, 2010; CEFEMINA, 2010).

2. VACÍOS DE CONOCIMIENTO Y PRIORIDADES DE INVESTIGACIÓN

TEMAS

A las deficiencias señaladas en el conocimiento de las formas de violencia que acontecen en el espacio doméstico, hay que añadir la ausencia de indagaciones académicas sobre dos manifestaciones particularmente importantes de la violencia que han emergido en los últimos años y que guardan una dimensión espacial. Primero, la violencia que ejercen las y los residentes de

ciertos territorios a fin de generar sus propios mecanismos de seguridad y justicia, debido a la precariedad en la prestación y acceso a dichos servicios; a este fenómeno se le denomina *violencia por insegurabilidad* (PNUD, 2005). Segundo, los tipos de violencia que se registran y afectan con mayor regularidad a las y los habitantes de comunidades socialmente excluidas, lo cual es realmente preocupante ya que los datos disponibles sugieren que en Latinoamérica, los barrios más pobres de las ciudades y en algunos casos también los de reciente formación, exhiben magnitudes de distintos tipos de violencia que superan al resto de las áreas urbanas (OPS, 1996; McAlister, 2000, Muggah, 2012).³²¹

En relación con la *violencia por insegurabilidad*, hay al menos dos aspectos importantes a destacar. Por un lado, el origen de esta problemática se vincula con los procesos de reducción y debilitamiento del Estado en la época neoliberal, mismos que han terminado por afectar incluso sus funciones básicas como la seguridad y protección de las personas y sus bienes, lo que resulta nefasto ya que ante el vacío institucional que ello provoca ha emergido una gran variedad de actores que le disputan al Estado sus atribuciones en lo referente al uso y al ejercicio de la violencia (Riella, 2001); este es el caso típico de las zonas de frontera y los barrios marginales en los que la ausencia del Estado ha dado lugar a la conformación de poderes fácticos que se disputan el control del territorio. En Centroamérica, la poca investigación existente parece insinuar que en las zonas de frontera, las bandas de crimen organizado –principalmente las que se dedican al tráfico de droga- son las predominantes mientras que en las comunidades marginales, sobre todo en el triángulo norte de la región, ese lugar lo ocupan las maras (ERIC/IDESO, 2001; Savenije, 2012; PNUD, 2010).

³²¹ La exclusión de estas comunidades se establece en virtud de que encuentran bloqueado, en contra de su voluntad, el acceso a los recursos existentes en la sociedad a la que pertenecen y que son necesarios para disfrutar de los estándares de bienestar material y social que históricamente ha alcanzado la comunidad política de referencia (Calderón, 2012).

En esta misma línea, los estudios realizados en otros países latinoamericanos—fuera del istmo—permiten saber que cuando las personas y las comunidades son excluidas de la seguridad y la justicia (acceso a los tribunales), terminan por utilizar recursos, la mayoría de las veces fuera de la ley, para solventar esta carencia. Y si bien ello puede manifestarse en términos individuales (compra de armas, por ejemplo) y de manera espontánea (linchamientos, por ejemplo), lo cierto es que esto sucede con mayor frecuencia por el accionar de redes y organizaciones que dan lugar a lo que se denomina “capital social perverso” (Moser y Winton, 2002; IDB, 2008), alimentado por una erosión en la credibilidad de los aparatos institucionales que son vistos por las y los pobladores como corruptos e ineficientes (PNUD, 2010; Muggah, 2012).

Con respecto al segundo tema, es decir, las formas de violencia que se presentan de manera recurrente en barrios marginales, uno de los pocos estudios realizados en Centroamérica encontró que estas se expresan de múltiples formas: en lo doméstico, entre jóvenes, entre vecinos, aquella vinculada con la criminalidad de tipo común y con la venta y consumo de drogas lícitas e ilícitas, así como la que ejerce la policía (Savenije y Andrade, 2003). Y si bien, el estudio afirma que no existe una relación lineal ni mecánica entre exclusión y violencia, lo cierto es que el trabajo sugiere una “correspondencia simbiótica” entre ambas, lo cual coincide con los hallazgos de otras investigaciones que se han realizado en Latinoamérica sobre el particular (Caldeira, 1996; Riaño-Alcalá, 2006; IDB, 2008).³²²

³²² Es claro que ambos tipos de violencia registran una dimensión marcadamente espacial, por lo que el territorio en tanto expresión de relaciones sociales, cobra importancia para su análisis.

PERSPECTIVAS ANALÍTICAS

Desde el punto de vista de los enfoques y propuestas analíticas, la bibliografía existente puede agruparse, términos generales, en dos grandes tendencias. Por un lado, aquellas propuestas que intentan trascender las manifestaciones particulares del fenómeno y ofrecer esquemas de interpretación “holísticos”. Y por otro lado, las que abordan, sobre la base de teorías particulares “de alcance medio”, temáticas específicas como jóvenes, mujeres y drogas, etc. Los esquemas del primer tipo se ubican en lo que puede catalogarse como enfoques multi-causales o epidemiológicos. Su objetivo: identificar variables de riesgo y factores asociados a la violencia. Dentro de esta perspectiva destacan las propuestas formuladas para América Latina por Arriagada y Godoy (1999), Buvinic, Morrison y Orlando (2002) y, la desarrollada por Moser y Winton (2002) para América Central. Estas últimas autoras, recurriendo a un modelo ecológico, buscan comprender los factores causales subyacentes a la violencia y demostrar que no existe un nivel o causa única que la determine o la explique. A partir de ahí, proponen un *modelo holístico* que destaca la existencia de tres factores subyacentes a la violencia, el temor y la inseguridad; estos son: estructura, identidad y actuación.

El primero de estos factores se relaciona con las estructuras de poder político y socioeconómico, específicamente el legado de violencia política, la proliferación de armas en la era del posconflicto y la pobreza, la desigualdad y la exclusión de los recursos políticos, sociales y económicos. El segundo factor se liga a variables tales como sexo, edad, origen étnico y raza. Y el tercero, reconoce el papel de los actores en la conformación del problema, lo que permite superar visiones eminentemente estructuralistas como la sugerida por Zinecker (2009) para dar cuenta de la violencia criminal en Centroamérica.

Una de las fortalezas de estas propuestas es que analizan la violencia en sus múltiples facetas, trascendiendo así la segmentación del conocimiento que

se produce al estudiar expresiones particulares del fenómeno. Paradójicamente, esto constituye su mayor debilidad, pues en el intento, necesitan recurrir a orientaciones multicausales y, por tanto, renuncian a la posibilidad de explicar teóricamente cómo y por qué intervienen las variables que se supone están asociadas al surgimiento de la violencia (factores de riesgo); de ahí que no se pueda establecer una relación y jerarquía teórico-epistemológica entre las variables que se presume dan lugar a la violencia.

Visto así, la pretensión por formular una teoría general de la violencia es prácticamente improbable por dos razones. Primero, porque no necesariamente todas sus expresiones (conductas definidas como violentas) responden a las mismas causas. Y segundo, porque toda observación es selectiva y, por ende, no hay puntos de vista omnicomprensivos. Por tanto, parece que lo más adecuado, en términos de investigación empírica, es la formulación de esquemas analíticos que delimiten conjuntos de actos violentos que teóricamente es válido suponer están relacionados y guardan un origen común. Ahora bien, esta perspectiva etiológica no debe entenderse en un sentido fuerte de causa-efecto sino más bien de origen y consecuencia, lo que debe llevar a un esquema dinámico, de condicionamiento mutuo entre el origen del fenómeno y su manifestación, para que recoja las contradicciones, tensiones y mediaciones que existen entre ambos.

Las investigaciones clasificables en el segundo grupo (estudios específicos) ofrecen modelos de explicación bastante sofisticados desde el punto de vista teórico y metodológico, además de material empírico abundante recolectado en el campo. Algunos de ellos, sobre todo los relacionados con violencia juvenil y delincuencia común —en menor medida los relativos a crimen organizado y seguridad ciudadana— aportan modelos etiológicos que relacionan dichos fenómenos con la exclusión social. Así por ejemplo, el trabajo de Zinecker (2009) y Calderón (2010b), brindan explicaciones causales basadas en la teoría de la tensión social, para dar cuenta del involucramiento de los jóvenes en

actividades criminales, como resultado de un desfase entre expectativas de bienestar social y material y, los recursos disponibles para alcanzarlas.

Ahora bien, una de las mayores debilidades de estos trabajos es su carácter fragmentario, ya que al enfocarse en una expresión particular de la violencia, pierden de vista, por esa razón, el ligamen de esta con otras manifestaciones del problema. Por ejemplo, qué correspondencia existe entre la violencia ejercida por los jóvenes pandilleros en el dominio público y la que experimentan en el ámbito doméstico: ¿es la exclusión un denominador común de ambas? En caso afirmativo, ¿cómo actúa y por qué? Asimismo, otra limitación importante es que en muy pocos casos se trabaja en perspectiva regional, lo más frecuente es el análisis de situaciones propias a cada país, de ahí que se pierde una dimensión central del tema.

PRIORIDADES

Lo expuesto en páginas anteriores permite concluir dos cosas. Primero, que el estado actual del conocimiento y la dinámica actual de violencia en los países centroamericanos apunta sobre la urgencia de estudiar aquellas manifestaciones del fenómeno ligadas (desencadenadas) a procesos de exclusión social, pues según lo señalado en otras ocasiones (Riaño-Alcalá, 2006; IDB, 2008; Calderón, 2011b), en un escenario signado por una fuerte debilidad institucional y altos niveles de desigualdad social –caso típico de los países centroamericanos-, la violencia que prevalece como respuesta a esta situación, es aquella movida por la necesidad de poder y opciones económicas, pues quienes la utilizan frecuentemente carecen de acceso a los mecanismos legales y a los contactos sociales y personales requeridos para obtener muchos de los servicios y recursos disponibles para los incluidos. Por ello, en este contexto, la violencia se ha convertido en un recurso eficaz para lograr reconocimiento e ingresos, así como garantizar acceso a la seguridad y la

justicia; en otras palabras, para incluirse y pertenecer socialmente. Segundo, las propuestas existentes para estudiar el fenómeno de la violencia oscilan entre un esfuerzo infructuoso por encontrar una especie de teoría general de la violencia y aquellas que fragmentan artificialmente sus manifestaciones; de ahí el vacío y la necesidad de diseñar un esquema que permita analizar aquellas expresiones de violencia que se supone, por razones teóricas y evidencia empírica, se encuentran relacionadas y responden a una misma causa. En este sentido, parece justificado priorizar las formas de violencia ligadas a la exclusión social que se expresan espacialmente en comunidades urbanas y en territorios rurales marginalizados; las primeras representan casos típicos del llamado *dilema urbano*; es decir, de las dinámica de desarrollo urbano que generan riesgo de inseguridad para la población con mayores carencias (Muggah, 2012) y las segundas, constituyen zonas históricamente abandonadas por el estado y que son dinamizadas por su utilidad para las nuevas actividades del crimen organizado, sobre todo el tráfico de drogas y personas; este es el caso típico de las zonas costeras y de frontera (UNODOC, 2007).

3. PROPUESTA ANALÍTICA: UN ESBOZO

A la luz de lo expuesto, en esta sección se enuncian algunos elementos básicos para estudiar aquellas formas de violencia ligadas a la exclusión social en tanto rasgo característico de las sociedades centroamericanas hoy en día (Mora Salas y Pérez Saínz, 2009; Pérez Saínz, 2010). En este sentido vale mencionar lo siguiente. Primero, esta iniciativa no constituye un esfuerzo por estigmatizar a los grupos más desfavorecidos sino más bien, un intento por comprender y develar los vínculos que existen entre exclusión social y violencia. Segundo, se quiere superar la pretensión por construir una “teoría general de la violencia”, pero también la fragmentación artificial que ha experimentado el objeto de estudio cuando se analizan manifestaciones particulares del mismo; es decir, se busca construir un esquema que posibilite el análisis de distintas formas

de violencia en tanto se encuentran ligadas a una misma causa. Tercero, la intención es construir un marco que oriente el desarrollo de investigaciones empíricas, lo que exige su capacidad operativa.

Como punto de partida para desarrollar un esquema tal, lo primero es tratar de superar la polisemia que afecta al concepto de violencia, pues este ha llegado a designar casi cualquier cosa —desde el intercambio agresivo de palabras, hasta el homicidio culposo, pasando por el cheque sin fondos—, lo que lo convierte en un término vago, abierto a todos los abusos lingüísticos que poco a poco lo han despojado de su sentido original: el uso, real o potencia, de la fuerza (Chesnais, 1981). En este sentido destaca la aplicación del término a una gran variedad de fenómenos opresivos, lo que acaba por transformarlo en una constante que impide asir su especificidad y por tanto, erosiona su valor heurístico (Giddens, 1997). Por ejemplo, quienes hablan de violencia estructural la definen como el conjunto de barreras sociales que impiden la realización del potencial humano (Galtung, 1985); sin embargo, esta conceptualización está más relacionada con una idea de justicia social que con el fenómeno de la violencia propiamente dicho (Giddens, 1997; Wieviorka, 1997; Riella, 2001).

En virtud de lo anterior, aquí se busca construir una comprensión de la violencia a partir de su manifestación palpable: el ejercicio de la fuerza para alcanzar los deseos personales y que puede causar daño a otros o a sí mismo (Keane, 1996). Desde esta perspectiva, lo determinante del concepto, en tanto acto social, es la intención de usar la fuerza física (medio) para lograr un objetivo que no está disponible por otras vías y que se ubica más allá de sus consecuencias (daño). Ahora bien, este esfuerzo de delimitar el concepto no significa reducirlo únicamente a esta dimensión, pues se necesita desentrañar el carácter social del fenómeno, ya que adjetivar el ejercicio de la fuerza en términos de violencia siempre va a requerir interpretación y por ende, marcos de significación cultural que están social e históricamente condicionados (Hernández, 2008).

En este sentido, el carácter social de la violencia, en tanto fenómeno relacional, remite en primer término al *ejercicio del poder*, ya que tanto la definición como su aceptación o rechazo, derivan de la capacidad que tengan algunos grupos para imponer sus visiones del mundo y por tanto, estructurar la posible esfera de actuación de los demás (Foucault, 1992); de ahí que comportamientos violentos —en tanto que usan la fuerza de manera intencional para negar o silenciar al otro— pueden ser naturalizados y legitimados si favorecen los intereses dominantes o bien, denunciados y perseguidos si los amenazan (Hernández, 2008).³²³ Sin embargo, esta capacidad (poder) de definir un acto como violento y garantizar su aceptación (la mayor parte del tiempo por la mayor parte de las personas) no implica un ejercicio necesariamente intencional o consciente, ya que su práctica, por parte de individuos, grupos e instituciones puede realizarse inconscientemente; este es el caso de las estructuras y los mecanismos “invisibles” que actúan sobre la consciencia de las personas y se manifiestan en esquemas mentales que predisponen a actuar en consonancia con las definiciones y aceptaciones socioculturales y valorativas de la violencia impuestas por ciertos grupos (Lukes, 1997).

Lo anterior, además, no significa una relación unívoca entre poder y violencia en el sentido de que ésta sea una manifestación extrema de aquel. De hecho, en el contexto de una dominación (poder legitimado), la persuasión es lo característico y el uso o amenaza de uso de la fuerza es solo un recurso de última instancia. Así por ejemplo, el incremento de ciertas formas de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico no debería interpretarse como el resultado de la vigencia del modelo de dominación patriarcal sino como la expresión de su agotamiento: el agresor necesita utilizar la fuerza porque la legitimidad de su dominio está en cuestión y por ende, ya no es efectiva (Giddens, 1997). De igual modo, si un agresor no consigue el resultado que

³²³ Incluso podría darse el caso de etiquetar como violento un acto que no cumple con el requisito del uso intencional de la fuerza como mecanismo para deslegitimarlo siempre y cuando atente contra los intereses dominantes.

espera al utilizar la fuerza —es decir, la víctima o víctimas no cumplen sus deseos— eso reflejaría que si bien ejerció violencia, no tuvo el poder suficiente para estructurar la esfera de acción de aquellas (Foucault, 1992; Savenije y Andrade, 2003).³²⁴

Otro punto importante a considerar es que la violencia en tanto *práctica sociocultural* contiene tres dimensiones: la manifiesta y visible, la sociocultural y la estructural. La primera se refiere a conductas sociales y físicas significadas como violentas por usar real o potencialmente la fuerza para lograr un objetivo determinado. Desde esta perspectiva es la intención y no el resultado lo que define a un hecho como violento. La segunda dice de las actitudes, suposiciones, cogniciones, emociones, representaciones, ideologías, interpretaciones y símbolos que la justifican o no. Y la tercera habla de los conflictos y contradicciones, cimentados y solidificados por estructuras sociales y sistemas culturales significados o no como violentos (Hernández, 2008).

Ahora bien, la violencia en tanto fenómeno social también comporta una *dimensión histórica*, lo que implica cambio y transformación, pero también permanencia, continuidad. Desde este ángulo, mutan los factores que la originan, sus manifestaciones y sus interpretaciones. Pero si predominan y se aceptan como naturales acciones tendientes a la negación del otro, se crean las condiciones necesarias para la emergencia de un sustrato y unas prácticas favorables a la violencia; misma que termina por institucionalizarse (dimensión estructural del fenómeno). Y en el caso de América Latina, ese proceso de

³²⁴ Los dos puntos anteriores ejemplifican la necesidad de incorporar en cualquier análisis sobre la violencia sus múltiples y complejas relaciones con el poder. Y como en este caso interesa entender la violencia que resulta de la ausencia de poder, ya que la exclusión social expresa relaciones de desempoderamiento en espacios y relaciones sociales específicas (Pérez Saínz, 2012)-, el poder ingresa para entender los procesos y mecanismos de definición y deslegitimación de ciertos actos que al ser ejercicios por grupos desempoderados se denuncian y persiguen. La violencia doméstica, sin embargo, es un tanto diferentes pero muestra el carácter ideológico de la definición, pues al ser ejercida por los hombres es legitimada e invisibilizada.

sedimentación del fenómeno se origina en los procesos constitutivos de estas sociedades, ya que estos han implicado ejercicios de poder sobre la base de la inferiorización como recurso privilegiado para procesar las diferencias sociales (Pérez Sáinz, 2012). De ahí que el análisis de los vínculos entre violencia y exclusión social en tanto forma extrema de desigualdad cobra tanta relevancia en el contexto actual, ya que ésta favorece, promueve y estimula la emergencia de determinadas manifestaciones de aquella, tal y como ya ha sido evidenciado a lo largo del texto.

En abono al diseño de un esquema analítico para analizar esta relación, aquí se propone ordenar y clasificar las diversas manifestaciones de violencia descritas páginas atrás en dos grupos: violencia ganancial y violencia social, ambos están ligados a los procesos de exclusión social que viven desde hace décadas las sociedades centroamericanas y comporten un carácter instrumental en tanto que pretenden un fin que no está disponible por otras vías, pero se diferencian por la meta perseguida. El primer tipo (violencia social) se ejerce para conseguir, mantener o aumentar la estima, el honor y el prestigio; en último término, evitar la privación de estatus que genera la exclusión (Sánchez, 1995; Bourgois, 1995; Calderón, 2010b). El segundo tipo (violencia ganancial) se origina en un interés utilitario por acceder, mantener o aumentar el placer y la ganancia material que promueve la cultura dominante, utilizando para ello la violencia a falta de acceso a los mecanismos institucionales para su realización (Calderón, 2010b; Zinecker, 2009; Sperberg y Happe; 2000).

La violencia social incluye las siguientes manifestaciones:

- Violencia en el ámbito doméstico: la realizan predominante, pero no exclusivamente, hombres adultos contra mujeres, niños y jóvenes, a fin de mantener su condición de privilegio al interior de la familia, ya que su rol de proveedor—base de la estructura patriarcal—se ve cuestionado ante las dificultades que enfrenta para generar un ingreso que logre solventar las necesidades familiares debido a las nuevas dinámicas de

exclusión social; esta forma de violencia es el inicio de un círculo de otras formas de agresión ejercidas en el hogar por y entre sus miembros.

- Violencia juvenil: en lo fundamental es practicada por jóvenes contra de otros jóvenes, a fin de lograr reconocimiento y aceptación; es la forma que encuentran, ante la falta de oportunidades institucionales para un mejor futuro de ligarse socialmente, de construir una identidad y en último término, de expresarse (CEPAL, 2008).
- Violencia por insegurabilidad: Es aquella ejercida por grupos excluidos de los servicios estatales de seguridad y acceso a los tribunales, a fin de obtener protección y justicia, dando lugar a episodios violentos que se relacionan, al interior de las comunidades, con venganza por amenazas y afrentas al honor, el prestigio o al patrimonio personal o familiar (Sánchez, 1995; IDB, 2008).

La violencia ganancial incluye las siguientes manifestaciones:

- Delincuencia común: esta se refiere a los actos derivados de la comisión de delitos de naturaleza económica; principalmente infracciones al patrimonio como el robo con fuerza sobre las cosas, el robo con violencia sobre personas y los asaltos a locales comerciales. La realizan predominantemente jóvenes socialmente excluidos, que persiguen expectativas de bienestar material y social—promovidas por la cultura—que no logran concretar con los medios a su disposición (Calderón, 2010b; Castro, 2010).
- Crimen organizado: en este caso se trata de violencia ejercida por grupos (tres o más personas) conformados explícitamente para cometer actos ilícitos a fin de obtener una ganancia (PNUD, 2010). Algunas de sus

expresiones son la trata de personas, la explotación sexual con fines comerciales, el tráfico de drogas ilícitas y el robo de vehículos.

El objetivo de esta clasificación consiste en seleccionar un conjunto de expresiones de violencia y estudiarlas en conjunto, porque es viable suponer, por razones teóricas y empíricas, que están relacionadas con una misma causa; en este caso particular, la exclusión social. Pero tal y como ya se mencionó, no se trata de una propuesta lineal, rígida, sino más bien de un esquema dinámico que recupere las tensiones, mediaciones, y condicionamientos recíprocos, por lo que parece acertado introducir una tercera variable en el escenario: la comunidad, en tanto territorio y actor colectivo, ya que la poca información disponible revela, por un lado, la importancia de la dimensión espacial de la violencia y la exclusión (zonas abandonadas por el estado y el mercado) y por otro lado, que la comunidad, en tanto actor colectivo, juega un papel mediador sobre las dinámicas de exclusión y violencia. Al respecto es necesario anotar que esta idea se encuentra presente en los primeros estudios que abordan la temática; es así como Shaw y McKay (1929, 1942) sostienen que los altos índices de violencia criminal exhibidos por algunas comunidades en EEUU, responden a su incapacidad para organizarse y resolver colectivamente los problemas que las aquejan; esto como resultado de la falta de recursos materiales, la frecuente movilidad residencial y la amplia heterogeneidad de sus pobladores, ya que estos elementos dificultan el establecimiento de lazos primarios y de mecanismos de control social.³²⁵

Este argumento es de gran relevancia porque significa que la comunidad, en tanto actor colectivo, puede tener un efecto importante en la reducción de la violencia aún y cuando no actúe sobre las condiciones de exclusión. De hecho, un estudio reciente (Calderón, 2010a), muestra que en aquellos lugares donde

³²⁵ En la literatura anglosajona este tema ha sido recuperado por Wilson (1987, 1996) y Anderson (1990, 1999) y, en América Latina se lo aborda con el concepto de capital social (Buvinic y otros, 2002; Moser y Winton, 2002; PNUD, 2005).

se han ejecutado acciones preventivas en el ámbito local —ya sea estimuladas por actores de base, organizaciones no gubernamentales o bien por instituciones oficiales de gobierno— se han podido reducir ciertas expresiones de violencia. Esto es sumamente alentador, porque significa que el descenso de la violencia es un objetivo realizable a corto plazo y que se puede alcanzar con cierta independencia de las acciones necesarias para reducir las desigualdades sociales—se sabe que este es un proceso de más largo aliento—; sin embargo, ello no debe entenderse como una renuncia a esta aspiración. Igualmente, no hay que olvidar que dicho estudio, al igual que muchos otros (Mugahh, 2012; Calderón, 2011a; 2011b), también señala que la sostenibilidad de las iniciativas pasa por una mayor participación ciudadana y un fortalecimiento del capital social, lo que coincide con los hallazgos de investigaciones realizadas en otros países latinoamericanos (Buvinic y otros, 2002; Moser y Winton, 2002; PNUD, 2005).

Desde esta perspectiva hay tres fuentes de capital social que pueden tener utilidad para esta reflexión (Portes y Sensenbrenner, 1993; Pérez Sáinz y Andrade-Eekhoff, 2003). La primera consiste en el hecho de los pobladores de un determinado territorio comparten un conjunto de valores y por ende, cierta visión de mundo; esto aporta a la configuración de una identidad colectiva en dos sentidos. Por un lado, está la forma de acceso al territorio ya que no es lo mismo hacerlo individualmente por el mercado de vivienda que lograrlo colectivamente como podría ser la ocupación “ilegal” de predios urbanos para la constitución de un asentamiento informal. Por otro lado, hay que tomar en cuenta el grado de escisión del territorio entre espacio de vida y de trabajo: cuanta menos escisión, más posibilidades que el territorio sea fuente de identidad.

La segunda modalidad se basa en la reciprocidad y remite al conocido tema de las redes. En la base se encuentra la confianza que se ve frontalmente cuestionada por la violencia, dado el clima de miedo y desconfianza que puede generar (Muggah, 2012). Aquí también hay dos dimensiones a tomar en cuenta.

Por un lado, es importante determinar si esa reciprocidad de los pobladores tiene que ver con otras personas u hogares del mismo territorio o no. Se puede pensar que las redes de carácter familiar serán más extraterritoriales mientras que las vecinales tendrían un carácter, por definición, intraterritorial. Y, por otro lado, hay que considerar redes políticas, de tipo clientelar, donde se intercambian favores (normalmente en términos de servicios básicos para el territorio) por apoyo político (también de base territorial). O sea, al contrario de las redes familiares y vecinales, de naturaleza más bien horizontal, en este segundo caso se estaría ante redes verticales. Pero las intervenciones de actores externos, sean públicos o privados, no tienen necesariamente que ser verticales. Todo dependerá de qué tanto incentivan la participación comunitaria. Es importante señalar que las redes políticas como también instancias formales de “gobernanza” se pueden ver afectadas por el clima de inseguridad reinante (Muggah, 2012).

La tercera forma de capital social a considerar sería la de la solidaridad confinada. Se trata de la organización de la población ante una amenaza. En este caso, la amenaza sería la violencia imperante en el territorio y la respuesta puede decantarse por las acciones individuales o las colectivas. Obviamente, serían las segundas las que llevarían a la organización comunitaria y aquí, la existencia o surgimiento de liderazgos comunitarios es clave. Además, las respuestas a esa amenaza, que es la violencia, se pueden ubicar en un amplio espectro entre acciones de tipo preventivo o punitivo. Por consiguiente, habría tres elementos, no mutuamente excluyentes sino con posibilidad de reforzamiento mutuo que podrían llevar a que la población de un territorio se constituya como actor colectivo y se configure como comunidad territorial. En este sentido, se hablaría de las capacidades de la acción comunitaria para enfrentar el fenómeno de la violencia. Esto introduce una tercera dimensión que vuelve más compleja la articulación entre exclusión y violencia, pues hay que considerar si la génesis del proceso comunitario es endógena o exógena y si las acciones comunitarias contra la violencia adquieren un carácter preventivo o punitivo. En este último caso se estaría ante la forma de violencia que se ha

denominado de “insegurabilidad” y la problemática de la violencia no se resuelve sino que adquiere nuevas modalidades; es decir, es una falsa salida.

Es claro que este esquema no solo requiere ser desarrollado si no también llevado a la práctica; sin embargo, lo importante es que el primer paso ya se dio.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Elijah (1999). *Code of the Street: Decency, Violence, and the Moral Life of the Inner City*. New York: Norton Company.
- Anderson, Elijah (1990). *Streetwise: Race, Class and Change in an Urban Community*. Chicago: The Chicago University Press.
- Arriagada, Irma y Lorena Godoy (2000). “Prevención o represión: falso dilema de la seguridad ciudadana.” *Revista de la CEPAL* (70): 111-136.
- Centro Feminista de Información y Acción (CEFEMINA) (2010). *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006*. San José, Costa Rica: CEFEMINA.
- Blau, R. y Blau, P. (1982). “The cost of inequality: metropolitan structure and violent crime.” *American Sociological Review* (47): 114-129.
- Bourgois, Philippe (1995). *In Search for Respect: Selling Crack in El Barrio*. EUA: Cambridge University Press.
- Buvinic, Mayra, Andrew Morrison y María Beatriz Orlando (2002). “Violencia, crimen y desarrollo social en América Latina y el Caribe.” En *Desarrollo social en América Latina: Temas y desafíos para las políticas públicas*, editado por Carlos Sojo. Costa Rica: FLACSO-Costa Rica y Banco Mundial.
- Bursik, Robert (1998). “Social Disorganization and Theories of Crime and Delinquency: Problems and Perspectives.” En *The Criminology Theory Reader*, editado por Stuart Henry y Werner Einstadter. Nueva York: New York University Press.
- Caldeira, Teresa (1996). “Fortified Enclaves: The New Urban Segregation.” *Public Culture*, 8 (2).

- Calderón, Rodolfo (2010a). *Gobierno municipal y seguridad ciudadana en Centroamérica y República Dominicana: reflexiones y propuestas para la acción*. Costa Rica: FLACSO-CR.
- Calderón, Rodolfo (2010b). "Delito y cambio social en Costa Rica." En *Política Criminal en el Estado Social de Derecho*, editado por Javier Llobet y Douglas Durán. Costa Rica: Ed. Jurídica Continental.
- Calderón, Rodolfo (2011a). "Gobierno local y convivencia pacífica: reflexiones desde Centroamérica y República Dominicana." *Revista Pueblos y Fronteras* (Junio-Noviembre 2012).
- Calderón, R. (2011b). "Violencia social en Centroamérica: Desafíos y perspectivas para la gobernabilidad y la convivencia democrática." *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales* (Diciembre 2010).
- Calderón, R. (2012). *Delito y cambio social en Costa Rica*. San José, Costa Rica: FLACSO-CR.
- Call, Charles (2000). *Sustainable Development in Central America: The Challenges of Violence, Injustice and, Insecurity*. Hamburgo: Institut für Iberoamerika-Kunde 2000 (CA 2020: Working Paper # 8).
- Castro, Julio César (2008). *Delincuencia común y exclusión social en Honduras*. Tesis de Maestría en Ciencias Sociales. Guatemala: FLACSO.
- Comisión Económica para América Latina (CEPAL) (2008). *Panorama Social de América Latina*. Santiago, Chile: CEPAL.
- Chesnais, Jean-Claude (1981). *Histoire de la violence*. París, Francia: Robert Laffont.
- Cruz, José Miguel y Nelson Portillo (1998). *Solidaridad y violencia en las pandillas del Gran San Salvador. Más allá de la vida loca*. San Salvador: UCA Editores.
- De León-Escribano, Carmen Rosa (2008): *Violencia y género en América Latina, en Pensamiento Iberoamericano No2*.
- Giddens, Anthony (1997). "La vida en una sociedad postradicional." *Revista Agora* (6).

- ERIC, IDESO, IDIES, IUDOP (2001). *Maras y pandillas en Centroamérica*. UCA-Managua.
- Foucault, Michel (2002). "The Subject and Power." En *Michael Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, editado por Hubert Dreyfus y Paul Rabinow. Chicago: Chicago University Press.
- Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (2006). *La cara de la violencia urbana en América Central*. San José, Costa Rica.
- Galtung, Johan (1985). "Twenty-five years of peace research: ten challenges and some responses." *Journal of Peace Research*, 22 (2): 145-46.
- Hernández, Tosca (2008). "Des-cubriendo la violencia." En *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, editado por Roberto Briceño-León. Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) (2006). *Situación y análisis del femicidio en la Región Centroamericana*. San José: Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos.
- Inter-American Development Bank (IDB) (2008): *Outsiders? The Changing Patterns of Exclusion in Latin America and the Caribbean*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.
- Keane, John (1996). *Reflexions on Violence*. Londres: Verso.
- Lamnek, Siegfried (1980). *Teorías de la criminalidad: Una confrontación crítica*. México: Editorial Siglo XXI.
- Lukes, S. (1997). *Power: A Radical View*. New York: Palgrave.
- McAlister, Alfred (2000). *La violencia juvenil en las Américas: Estudios innovadores de investigación, diagnóstico y prevención*. Washington, DC: Organización Panamericana de la Salud.
- Mora Salas, M. y Pérez Sáinz, J. P. (2009). *Se acabó la Pura Vida. Amenazas y desafíos sociales en la Costa Rica del Siglo XXI*. San José, Costa Rica: FLACSO.
- Moser, Caroline y Ailsa Winton (2002). *Violencia en la región de América Central: hacia un marco de referencia integrado para la reducción de la violencia*. Londres: Overseas Development Institute.

- Muggah, Robert (2012). *Researching the Urban Dilemma: Urbanization, Poverty, and Violence*. Canadá: IDRC-UKAID.
- Organización Panamericana de la Salud (OPS) (1996): "La violencia en las Américas: La pandemia social del Siglo XX". Serie de Publicaciones: Comunicación para la Salud. Washington DC. No 10.
- Pérez Sáinz, J. P. y Andrade-Eekhoff, K. (2003). *Communities in Globalization: The invisible Mayan Nahual*. Boulder, Colorado: Roman & Littlefield.
- Pérez Sáiz, J.P. (editor) (2012). *Sociedades fracturadas: la exclusión social en Centroamérica*. San José, Costa Rica: FLACSO.
- Portes, A. & Sensenbrenner, J. (1993). "Embeddedness and immigration: notes on the social determinants of economic action." *The American Journal of Sociology*, 98 (6): 1320-1350.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2005): Informe nacional de desarrollo humano: venciendo el temor. PNUD, Costa Rica.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2010): Informe de desarrollo humano para América Central. PNUD, Colombia.
- Riaño-Alcalá, Pilar (2006). *Dwellers of Memory: Youth and Violence in Medellín, Colombia*. New Brunswick, Nueva Jersey: Transaction.
- Riella, Alberto (2001). "Violencia y control social, el debilitamiento del orden social de la modernidad." *Papeles de Población* (octubre-diciembre)
- Sánchez, Martín (1995). "Ethnography, Inequality, and Crime in the Low-Income Community." En *Crime and Inequality*, editado por John Hagan y Ruth Peterson. EUA: Stanford University Press.
- Savenije, Win y Katharine Andrade (2003). *Conviviendo en la orilla: Violencia y exclusión social en el Área Metropolitana de San Salvador*. El Salvador: FLACSO-EI Salvador.
- Savenije, Win (2012). "Las pandillas callejeras o maras." En *Delincuencia, juventud y sociedad*, editado Mario Zetino. El Salvador: FLACSO-EI Salvador.
- Shaw, Clifford y Henry McKay (1942). *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago: The Chicago University Press.

- Shaw, Clifford y otros (1929). *Delinquency Areas*. Chicago: The Chicago University Press.
- Sperberg, Jaime y Barbara Happe (2000). *Violencia y criminalidad en dos barrios vulnerados de Santiago*. Disponible en: <<http://www.docstoc.com/docs/44567324/VIOLENCIA-Y-CRIMINALIDAD-EN-DOS-BARRIOS-VULNERADOS-DE-SANTIAGO>> [Consulta: 20 de julio de 2012].
- USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional) (2006). *Central America and Mexico Gang Assessment*. EUA: USAID.
- UNODOC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2007): *Crime and development in Central America: Caught in Crossfire*. United Nations Publications, USA.
- Wieviorka, Michel (1997). "O novo paradigma da violência." *Revista Sociologica*, Universidad de Sao Pablo (9).
- Wilson, William Julius (1987). *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Wilson, William Julius (1996). *When Work Disappears: The World of the New Urban Poor*. Nueva York: Vintage Books.
- Zinecker, Heidrum (2009). "Violencia criminal en América Central: un modelo piloto." En *¿Violencia en tiempos de paz?: formas, causas y cercos de la violencia criminal en Centroamérica*, editado por Heidrum Zinecker. Leipzig, Alemania.

¿QUÉ PUEDE OLVIDAR EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO? (SOBRE LOS LÍMITES DE LA AMNISTÍA)*

Prof. Dr. Juan Antonio Lascuráin

*Profesor Catedrático de Derecho Penal en Universidad Autónoma de Madrid
(España)*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto principal el estudio de la amnistía, y más en concreto, de los límites con los que el legislador democrático se enfrenta a la hora de determinar esta inaplicación parcial de una norma penal vigente; es decir, se estudiará la legitimidad de una norma de amnistía dentro del contexto democrático. Para ello, primeramente se analizará la legitimidad del legislador para penalizar y además para despenalizar, en atención a los valores fundamentales del sistema democrático, aspecto que ayudará a comprender de mejor forma la legitimidad y los límites que encuentra toda norma de amnistía dentro de este sistema.

PALABRAS CLAVE: Amnistía, penalización, despenalización, legislador democrático, proporcionalidad de la amnistía.

ABSTRACT: The article's main purpose is the study of the amnesty, and more specifically, the limits that the democratic legislature faces in determining partial non application of current criminal laws; in other words, we will examine the legitimacy of an amnesty provision within the democratic context. For this purpose, first we analyze the legitimacy of the legislature to punish and also to decriminalize, in response to the fundamental values of the democratic system.

* Una primera versión de este trabajo se publicó en el número 28 de *Revista Penal* (julio 2011) con el título "Los límites de la amnistía" (pp. 95 a 113).

This will help us to understand in a better way the legitimacy and limits of amnesty in this system.

KEYWORDS: Amnesty, criminalization, decriminalization, democratic legislator, proportionality of amnesty.

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 12 de septiembre de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

1. Tuvo defectos técnicos y severos condicionamientos políticos. Y en algunas de sus decisiones resulta cuestionable desde la puridad del criterio de legitimidad democrática³²⁶. Con todo, la amnistía que acompañó en España el tránsito desde la dictadura hasta el Estado social y democrático de Derecho alimentó la paz, facilitó el cambio político y coadyuvó a cimentar la Constitución de 1978. Esta es aún la percepción ampliamente mayoritaria de la sociedad española³²⁷, en contraste con la consideración que tienen amplios sectores de la ciudadanía de varios países americanos respecto a las normas de amnistía que

³²⁶ El reproche fundamental, a cuyo intento de enmienda responden posteriores medidas legislativas, reside en la falta de medidas de reconocimiento y reparación que acompañaran a la amnistía y mitigaran sus efectos nocivos. V. al respecto, Tamarit Sumalla, "Justicia penal, justicia reparadora y Comisiones de Verdad", en AA. VV. (coord. Tamarit Sumalla), Barcelona (Atelier), 2010, pp. 66 y ss.; "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", en *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13 (julio 2012), pp. 74 y ss. Sobre la "Justicia transicional en España", v. el artículo de Gil Gil con este nombre y en el libro colectivo acabado de citar (pp. 143 y ss.) y su libro "La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica" (Barcelona, Atelier, 2009). Gil Gil califica el modelo español de justicia de transición como "un modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial" (p. 172 de "Justicia...").

³²⁷ En el año 2000 un 86,10% de la población española se sentía sumamente satisfecho con el proceso de transición (Aguilar Fernández, "Presencia y ausencia de la guerra civil en la democracia española. Reflexiones en torno a la articulación y ruptura del `pacto de silencio'", en AA. VV., ed. Aróstegui y Godicheau, "Guerra Civil, mito y memoria", Madrid, Marcial Pons, 2006).

acompañaron su regreso a la democracia: las sienten como un obstáculo que impide cerrar una profunda herida en el cuerpo de la nación.

Esta diferencia entre lo sucedido en España, o en la República de Sudáfrica a principios de los noventa, por poner un segundo ejemplo de amnistía mayoritariamente evaluada como positiva, y la experiencia de política penal de transición en Uruguay, Perú, Argentina o Chile – en cada caso con los matices correspondientes – mueve a preguntarnos por qué la amnistía funciona algunas veces y otras no; por qué a veces la percibimos como legítima, y otras no; por qué a veces la amnesia, el olvido penal de los crímenes, hace más fuerte a un pueblo, y otras veces, en cambio, actúa como una estorbante cuña en el nuevo proyecto social.

2. La pregunta, así formulada, es una pregunta política, de política jurídica. Y como las normas de amnistía son normas penales – aunque su objeto sea el de no penar -, de lo que estamos hablando es de política criminal, de cómo debemos conformar dichas normas para que sirvan adecuadamente a la sociedad: para que sean valiosas y funcionales. De cómo deben ser, o incluso si deben no ser, si es que la conclusión es la de que toda norma de amnistía es ilegítima o disfuncional en atención precisamente a que prescinde para determinados casos de la seguridad jurídica, de la seriedad normativa y de la prevención penal que procura la aplicación de una norma legítima y vigente.

Expresada en términos más precisos, la pregunta que da pie a este artículo es la de la legitimidad de una norma de amnistía: cuándo es legítima una norma de amnistía, cómo se mide tal legitimidad, en qué consiste – permítaseme la expresión – el “legitimómetro”.

Todavía un matiz para mi interrogante. Cuando nos preguntamos por la legitimidad de una norma lo que nos estamos preguntando es su adecuación a ciertos valores, que son los que conforman un criterio de legitimidad. Ello supone que no vale preguntar sin más si una norma es legítima o no, sino que habrá que añadirle alguna etiqueta, algún adjetivo, a la palabra legitimidad; habrá que

especificar la perspectiva, el criterio de justicia, que inspira la pregunta. Por eso debo corregir mi pregunta aclarando su punto de partida: ¿cuándo una norma de amnistía es democráticamente legítima (legítima desde una concepción democrática del Derecho y del Estado)? Si se prefiere, la pregunta sería: ¿qué y cómo se puede amnistiar en un Estado democrático?; mejor, en cuanto más evocador: ¿qué pena puede olvidar el legislador democrático?

II. LOS LÍMITES DEL LEGISLADOR PENAL DEMOCRÁTICO

3. Una primera aproximación a la respuesta acerca de la legitimación democrática de la amnistía sería bastante radical a favor de su afirmación en todo caso a partir de la constatación del sujeto parlamentario que amnistía. Si el legislador, los representantes del pueblo, puede crear delitos – puede calificar conductas como intolerablemente nocivas – y asignarles penas – simplificando: puede decidir algo tan grave como encerrar a los ciudadanos a través de la prisión -, también podrá el legislador descatalogar conductas como delictivas y eliminar toda punición para las mismas. Si el legislador es soberano para penar, lo será también despenalizar. Y si es soberano para despenalizar, lo será también para algo distinto, pero relacionado y desde cierto punto de vista menos intenso: para perdonar, para amnistiar.

4. Esta manera de ver las cosas es, en su simplicidad, tentadora. Pero, como tantas tentaciones en la vida, parece encerrar alguna trampa.

Una primera trampa radica en que supone una especie de omnipotencia del legislador penal democrático. Y esta omnipotencia es falsa. El legislador penal democrático, si quiere merecer este adjetivo, está sujeto a ciertos límites, a ciertas reglas de juego, por prudentes que éstas sean, que figuran expresa o implícitamente en la Constitución democrática, y que condicionan su propia legitimación. Está sujeto a ciertos presupuestos morales y a ciertas reglas procedimentales de la democracia.

La segunda trampa se refiere a la naturaleza de las normas de amnistía. Una cosa es penalizar; otra, sujeta a menos límites constitucionales, despenalizar; y otra bien distinta – otra muy otra – es amnistiar. Amnistiar no es derogar una norma penal porque carezca ya de sentido – de valor – la punición de la conducta, sino algo bastante más delicado y difícil de justificar desde la perspectiva de aquellos presupuestos morales, y en concreto de los principios de ellos derivados de igualdad y de proporcionalidad. Amnistiar es inaplicar parcialmente una norma vigente; silenciar temporalmente una norma en la que como sociedad seguimos creyendo³²⁸. En un ordenamiento penal democrático lo que hace la amnistía es detener el funcionamiento aplicativo de una norma que existe; y existe, a pesar de su dureza, porque se considera imprescindible para la preservación de la libertad³²⁹.

Es por ello por lo que en la esencia de la amnistía habita la inseguridad y la injusticia. No se trata, por ejemplo, de despenalizar la huelga, que en la dictadura es un delito y en un sistema democrático es nada menos que un derecho fundamental. Se trata, por ejemplo, de no penar un homicidio, o ciertos homicidios, a pesar de que, obvio es decirlo, seguimos creyendo en la norma penal que castiga severamente el homicidio, de que necesitamos tal norma para proteger la vida, de que seguiremos penando otros homicidios.

5. Será útil detenernos, siquiera brevemente, en los límites del legislador penal democrático para penar, porque la comprensión de los mismos puede guiarnos hacia la comprensión de los límites para despenalizar y para amnistiar.

³²⁸ En ocasiones se utiliza la amnistía como forma de derogación de la totalidad o de parte de una norma: en un contexto de ruptura del ordenamiento se consideran no ilícitas conductas que habían sido objeto de pena. Al respecto, AGUADO RENEDO, “Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia”, Madrid (Civitas), 2001, p.120 y s.; REQUEJO PAGÉS, “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2, 2001, punto 5.

³²⁹ Sobre la naturaleza de la amnistía, v. AGUADO RENEDO, op. cit. en nota 3, pp. 115 y ss.; REQUEJO PAGÉS, op. cit. n. 3, puntos 5 y 7: “en su grado máximo, y haciendo honor a la etimología de la expresión, comporta la inexistencia en Derecho de actos jurídicamente ciertos, una verdadera amnesia del Ordenamiento respecto de conductas ya realizadas y perfectamente calificadas (o calificables) por sus órganos de garantía”.

Tales límites básicos se conforman como principios – y estos como trasunto de los valores básicos del ordenamiento - y, aunque los mismos no siempre se denominan del mismo modo en la reflexión doctrinal, ni se cuantifican de la misma manera, sí puede hablarse de un cierto acuerdo en su contenido final conjunto.

Tal consenso se alcanza a partir de los valores de seguridad, autonomía personal, igualdad y dignidad de la persona que están en la base de un criterio democrático de legitimidad del Derecho. Si la democracia es, en lo formal, un régimen de organización política basado en la decisión mayoritaria y en el respeto a las minorías, y, en lo material, un sistema de respeto a la autonomía de las personas, a la capacidad de elegir y de materializar planes de vida – de respeto a la libertad de cada uno para elegir los caminos que le lleven a lo que entienda como su enriquecimiento, su plenitud, su sosiego -, es porque se erige sobre la idea de la dignidad y la autonomía igual de todos los ciudadanos. Por eso se postula su participación igual en las decisiones colectivas; por eso se impone la adopción de las decisiones mayoritarias; por eso se enfatiza la protección de la información, la expresión y la participación en los asuntos públicos; por eso se proscribía la intromisión pública o privada en los asuntos de cada uno y se promueven las condiciones para que cada uno proceda a su realización personal en el modo en el que quiera concebirla. Junto a los valores básicos de la libertad, la dignidad y la igualdad, figura también el de la seguridad como componente esencial de un criterio democrático de legitimidad del Derecho y del Estado. La seguridad, y como parte esencial de ella, la seguridad jurídica, tienen una íntima relación con los valores de la libertad y de la dignidad³³⁰.

330 Por un lado, porque, como acentúa Rawls, si las leyes son inseguras, nuestra libertad es insegura (“A Theory of Justice”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press -, 1971, p. 239). Ya señalaba Beccaria que la incertidumbre por conservar la libertad puede convertirla en inútil (en el capítulo I de “De los delitos y las penas”). Por otro lado porque, como podría corroborar cualquier persona que haya sufrido la experiencia de vivir amenazado, una vida insegura difícilmente va a poder ser una vida digna, sometida al autorrecorte permanente de

La vía de penetración de los valores hacia el ordenamiento la constituyen los principios, normas abstractas que vertebran el ordenamiento, y orientan las normas concretas, las integran y coadyuvan a su determinación. Del valor “seguridad jurídica” y del valor de la democracia como decisión popular surge el principio de legalidad. Del valor de la igualdad se deriva el principio de igualdad. La dignidad de la persona inspira el principio de culpabilidad, la proscripción de las penas inhumanas o degradantes, y el mandato de resocialización. Es finalmente el valor general de la libertad, de la autonomía personal, el que informa el principio de proporcionalidad o de intervención penal mínima.

Así, resultará que no podrá pensarse a nadie sin previo aviso de que la pena era una consecuencia jurídica prevista para su comportamiento. Así, resultará también que la cuestión relativa a qué comportamientos deben pensarse y cómo deben pensarse es una cuestión de la organización colectiva tan trascendente que sólo deberán decidirla los representantes directos de los ciudadanos. Así, si la autonomía personal es un valor esencial del sistema y la norma penal consiste precisamente en recortar esa libertad mediante la amenaza y la sanción, resultará que sólo podremos justificar la pena en la medida en la que constituya un instrumento imprescindible para salvaguardar más libertad que la que restringe. Así, la dignidad de la persona exigirá que sólo puedan sancionarse a alguien por lo que ha hecho en el uso normal de su autonomía: sabiendo lo que hacía, queriendo hacerlo, siéndole exigible una conducta inocua alternativa. Por útil que pudiera ser en el corto plazo, no podemos, por ejemplo, encarcelar a las madres de los terroristas como pena para éstos. Ni tampoco podemos castigar más el homicidio cometido por personas de una determinada raza o el homicidio a personas de una determinada raza: la igualdad impedirá diferenciaciones irracionales respecto a quién se protege penalmente y a quién se pena, y en todo caso proscribirá la discriminación en este ámbito por razón de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión o ideología política. Así, sin olvidar que la pena de prisión es en

la propia libertad y al imprevisible acecho de las sombras de un mal.

sí poco acorde con la naturaleza humana, habrá que convenir que la dignidad de la persona exigirá la abolición de la prisión excesivamente prolongada y, por supuesto, de las penas corporales e infamantes y, va de suyo, de la pena de muerte. Así, en fin, es también el valor de la dignidad el que impone moralmente al Estado una estrategia penitenciaria que ofrezca al preso mecanismos que faciliten que su posterior vida en libertad se desarrolle al margen del delito.

6. Desde los límites democráticos para penar hacia la respuesta a los límites democráticos para amnistiar, nos va a resultar útil detenernos, también brevemente, en una parada intermedia: en los límites para despenalizar. Éstos van a ser menos porque lo que en principio más pone en peligro los valores básicos del sistema – la seguridad, la libertad, la dignidad, la igualdad – es la actividad punitiva del Estado – la previsión de duras sanciones, normalmente privativas de libertad, para los infractores de determinadas prohibiciones y mandatos - y no desde luego su pasividad punitiva. De hecho lo que ha preocupado a la reflexión doctrinal en materia de política criminal y a la jurisprudencia constitucional es la limitación del inmenso poder de penar por parte de ese a su vez inmenso sujeto que es el Estado, y sólo muy excepcionalmente el aliento de tal poder. Los debates políticos que suscita la despenalización son los menos, aunque existen y sean a veces enconados: baste aquí recordar el relativo a la despenalización parcial del aborto consentido por la gestante.

7. A) Para despenalizar es obvio que no resultan aplicables ni el principio de culpabilidad ni el de prohibición de penas inhumanas o degradantes. El primero, porque repara en el sujeto a quien se pena y en el tipo de conducta por el que se le pena. Aún con más claridad, el segundo principio se refiere al tipo de pena y no es aplicable a la falta de pena o a la resta de pena: incluso si la despenalización se refiriera a una disminución, por ejemplo, de una pena corporal, el problema no residiría en tal rebaja, sino en su insuficiencia: en el mantenimiento remanente de la pena, en la norma que aún existe y no en la parte que ha dejado de existir.

B) La aplicabilidad del principio de legalidad al proceso despenalizador despierta algunas dudas. Respecto al legislador³³¹, los postulados esenciales del principio consisten en que las normas penales sean precisas, irretroactivas y de autoría legislativa. Y ello, como ya se ha apuntado, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica y de democracia: por lo valioso que es para el ciudadano que las prohibiciones y los mandatos sociales básicos sean cognoscibles, y que el reproche jurídico más grave que pueda recaer sobre él y la posibilidad de terminar en prisión sean previsibles y evitables; y por lo valioso de que tales decisiones acerca de lo penalmente prohibido o mandado no sean decididas por cualquiera, sino sólo por sus representantes directos.

Con este punto de partida cabe afirmar que la despenalización afecta también a la seguridad jurídica, pero de un modo relevantemente menos intenso. Lo hace, en primer lugar, porque la despenalización delimita negativamente la penalización: porque la cognoscibilidad de lo que ya no resulta penado es cognoscibilidad de lo que sigue resultando penado³³². Y lo hace también, en segundo lugar, porque las normas penales no sólo restringen la libertad con prohibiciones y amenazas, sino que lo hacen para prevenir comportamientos nocivos y así proteger bienes jurídicos. Las normas penales son instrumentos de protección de los principales bienes sociales y en tal sentido forma parte de la seguridad jurídica el conocimiento de tal protección, que es previsibilidad de la conducta ajena en la que podemos resultar implicados. Forma parte de la seguridad jurídica el conocimiento de que los otros no pueden lesionarnos, insultarnos o allanar nuestros ficheros informáticos, y que esa prohibición no es

³³¹ Al juez penal el principio de legalidad le exige que se someta a la ley (garantía de tipicidad) y que no la aplique retroactivamente (prohibición de retroactividad desfavorable). Al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional" Pamplona (Aranzadi, Colección Repertorio del Tribunal Constitucional, núm. 23), 2009, pp. 21 y s., 103 y ss.

³³² Pero lo hace con menos intensidad porque desde el valor de la seguridad, que es en este contexto el valor de referencia, es peor no saber que una conducta está penada que no saber que ya no está penada.

una prohibición cualquiera, sino que es la más contundente de las posibles: que es una prohibición penal.

La despenalización, pues, afecta a nuestra seguridad, pero menos que la penalización. Y es importante el quién de aquella decisión, pero menos que el de ésta. Nos importa la pena como mecanismo de protección de nuestros bienes esenciales, pero nos importa mucho más como instrumento de reproche y de privación de libertad.

C) El principio de igualdad rige del mismo modo para las normas penalizadoras que para las normas despenalizadoras, pues una situación se puede desigualar perjudicando o privilegiando, penando o despenalizando. Tan discriminatoria es la norma que sanciona más a los homicidas de una determinada raza que la que atenúa la pena para los homicidas de las demás razas³³³.

8. Pero la gran duda, el mayor foco de discusión doctrinal en este ámbito, es el de si es aplicable el principio de proporcionalidad a la despenalización. Si cabe entender que una norma penal es desproporcionada no porque se pase en la represión, porque castigue demasiado, sino porque se quede corta: porque no proteja un determinado bien, o no lo proteja suficientemente. Por huir por ahora del ejemplo canónico del delito de aborto: ¿podríamos decir que es desproporcionada la norma que castiga las agresiones sexuales si su pena fuera muy leve?

³³³ Podrá objetarse que he afirmado otra cosa en relación al principio de legalidad: que he afirmado que la menor cognoscibilidad de las normas despenalizadoras afecta menos al principio, a pesar de la vinculación entre el conocimiento de penado y el de lo ya no penado. Creo, sin embargo, que el daño a la igualdad es un daño con una base objetiva – de daño a la dignidad a partir de la comparación - que se resquebraja de igual modo penalizando que despenalizando. No sucede lo mismo con la seguridad, por la mayor incidencia de su aspecto subjetivo en la apreciación de su vulneración: es peor el desconocimiento de la pena (el sujeto penado no contaba con la posibilidad de la misma) que el de la no pena (el sujeto no penado contaba con la posibilidad de la pena).

Desde la perspectiva de la norma penal como norma sancionadora la respuesta ha de ser negativa. No existe desde tal perspectiva un principio de proporcionalidad inverso. Y esta es la perspectiva que da origen al principio, que se concibe y se estructura como un freno a la voracidad punitiva del Estado, pero no como un acicate a su inapetencia. De hecho, en atención a esta perspectiva originaria y prioritaria, tiende a hablarse de la proporcionalidad “de la pena” como evaluación, no del balance global de beneficios y costes de la norma penal, sino: a) de si la pena como mal supone un coste inferior al beneficio que instrumenta de protección de un bien jurídico, y b) de si este juicio positivo no es alcanzable con una pena inferior en cantidad o calidad (de menor intensidad coactiva)³³⁴.

El enfoque es distinto si se analiza la norma penal como norma protectora: si ponemos el punto de mira en el bien dejado de proteger, o menos protegido, máxime cuando ese bien sea un bien constitucional, y máxime aún cuando éste sea un derecho fundamental. Tal desprotección es un coste normativo o una disminución del beneficio normativo que puede arrastrar a la norma un déficit valorativo: a su desproporción en este sentido. Y tal desprotección muestra la solución normativa posible – la consecución de una norma eficiente – no es sólo la de la disminución de la pena, sino que cabe la del aumento de sus logros positivos, siquiera sea con el aumento de pena. Naturalmente esta estrategia sólo funcionará en los casos, excepcionales, en los que el aumento de pena depare una prevención mayor al coste de tal aumento: por ejemplo, en una norma de beneficio 3 (pobre prevención) y coste 5 (a pesar de una pena seria),

³³⁴ En realidad debe computarse como coste valorativo de la norma penal no sólo el que supone la pena, sino también los constituidos por la prohibición y la administración policial, judicial y penitenciaria de la norma. Esta globalidad del juicio de proporcionalidad no elimina el postulado garantista de que la pena debe ser proporcionada la gravedad del hecho, puesto que deja igual el platillo de la balanza de los beneficios de la norma y añade peso al platillo de los costes (no sólo la pena, sino también sus costes de aplicación y las restricciones de las prohibiciones y los mandatos penales). Con ello, para el equilibrio que requiere la proporcionalidad, el peso de la pena deberá ser inferior al que tendría sin tener en cuenta esos factores. En detalle, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 167 y s.; 174 y s.

el aumento de pena supone un balance beneficio/coste cuantificable como 7/6 (prevención razonable/pena más severa).

Diferente es el supuesto en el que el balance no es negativo, y la pregunta es si la norma es desproporcionada porque un aumento de pena pueda deparar un balance mejor: por ejemplo, si la norma con un beneficio/coste que cuantificamos en 6/4 podría pasar con un aumento de pena a un balance 9/5. Y aquí procede ser cuidadosos con el lenguaje: la pregunta principal es cuánto de proporcionada es una norma y si lo puede ser más; la pregunta acerca “de si es o no proporcionada” nos remite en realidad a un juicio de constitucionalidad, a si es intolerablemente desproporcionada.

Con la penalización *ex novo* se parte de un balance de protección penal no negativo: la falta de pena no tiene costes (no hay prohibición; no hay castigo) y no despliega ningún efecto preventivo de protección del bien cuya protección penal se reclama, y lo que se plantea es penar porque ese coste suponga una protección que lo haga valorativamente rentable. De nuevo con la metáfora numérica, se trata de pasar de un balance penal beneficio/coste 0/0 a otro, por ejemplo, 3/1. En realidad se trata de un panorama normativo general que se considera que va a quedar mejorado con la introducción de una nueva norma penal, con su coste propio pero con su beneficio de protección-

El análisis es el mismo cuando lo que se plantea es una despenalización total – eliminación, y no simple disminución, de pena para un tipo de conducta -. Se trata de ver si la medida despenalizadora es proporcionada en el sentido de que el ordenamiento sea axiológicamente mejor sin la norma penal eliminada: si esta norma era negativa y si la mejor opción a la misma no era la transformación de su pena, sino su supresión.

9. El análisis de desproporción por insuficiencia de pena es un análisis que llama a la penalización y que se encuentra con dos obstáculos.

El primero radica en que se opone a la perspectiva prioritaria y primigenia de proporcionalidad que es la proporcionalidad de la pena. Desde esta

perspectiva de control de la pena hacia arriba resulta incongruente afirmar que una norma resulta desproporcionada porque no pena o porque no pena lo suficiente. El obstáculo radica en realidad en asumir una dimensión distinta del principio de proporcionalidad: no sólo se dedica a controlar los excesos de la pena sino más globalmente los excesos de la norma penal.

El segundo obstáculo consiste en que en los casos no de pobre penalización sino de ausencia total de pena para una determinada conducta lo que se enjuicia como desproporcionado no es la norma sino su ausencia – que no obstante puede venir instrumentada por una norma de despenalización -. Se evalúa el sistema normativo: si con una adición penal y su coste propio proveería de un beneficio de protección inexistente y superior a tal coste. Se trata de un análisis de proporcionalidad que no se detiene en lo que aporta una norma y en lo que cuesta, sino que toma comparativamente en cuenta lo que no se pena y lo que no se protege. Pero tampoco esto es tan extraño: en todo análisis de proporcionalidad de una norma penal existe también el análisis de necesidad o subsidiariedad y con él la comparación de la norma con otras normas hipotéticas e incluso con el sistema sin la norma comparada.

A estos obstáculos se enfrentan los tribunales constitucionales cuando se recurren como intolerablemente desproporcionadas normas de despenalización, con el nada desdeñable añadido de la posible consecuencia de su posible declaración de inconstitucionalidad de la despenalización, que no parece sin más la de expulsar una norma del ordenamiento sino, de fondo, en obligar al legislador a actuar. Por cierto, que esto sólo podría hacerlo cuando el legislador desprotege porque despenaliza pero no, por inimpugnabilidad de la mera pasividad, cuando desprotege sin más porque no penaliza.

10. Confío en que las reflexiones anteriores puedan tener alguna utilidad analítica. Me parece importante distinguir entre el análisis de proporcionalidad como juicio principal de legitimación de una norma (de más o menos) y dicho análisis como análisis de mínimos y de constitucionalidad (de sí o no). Y también me parece interesante aclarar, hablando de anclajes constitucionales, que

cuando se habla de desproporción de la pena el daño constitucional lo es al bien excesivamente dañado por la pena (por ejemplo, la libertad ambulatoria si es una pena de prisión)³³⁵; y que cuando se trata de la desproporción por falta de protección el daño constitucional lo es al bien no protegido o defectuosamente protegido por la pena (por ejemplo, la vida del *nasciturus*). Finalmente deseo subrayar el dato de que los tribunales constitucionales sólo pueden analizar desproporciones de protección cuando vienen instrumentadas por normas de despenalización, lo que abre la interesante cuestión de si en realidad no pueden hacerlo nunca porque no esté entre sus competencias el control de la pasividad legislativa.

Sea como fuere - sea para el análisis de constitucionalidad de la despenalización, si es posible, sea para el análisis genérico de legitimidad de la actividad legislativa -, la siguiente cuestión es la relativa al daño de la desprotección: a la relación existente entre la inactividad penal del Estado y el bien que se deja de proteger penalmente. En concreto: ¿lesiona el Estado un bien por no protegerlo?

³³⁵ V. SSTC 55/1996, f. j. 3; 161/1997, f. j. 8; 136/1999, f. j. 22

III. LOS LÍMITES DEMOCRÁTICOS A LA AMNISTÍA

A) LA DIFÍCIL LEGITIMACIÓN DE LA AMNISTÍA

11. Dejo esta pregunta en *stand by* y aterrizo ya, mediado el artículo, en su objeto principal, que son las normas de amnistía y, en concreto, sus límites. Vistos los propios del legislador democrático para penalizar y para despenalizar, corresponde analizar ya, con los mimbres que haya podido aportar tal reflexión, cuáles son sus condicionantes para amnistiar. O lo que es lo mismo, pero visto a la inversa, qué requisitos debe reunir una norma de amnistía para resultar democráticamente legítima.

Y adelanto la siguiente hipótesis. La norma de amnistía ha de ser una ley, ha de ser igualitaria y ha de ser proporcionada³³⁶. Y no va a ser proporcionada si lo que se olvidan, lo que se amnistía radicalmente, son determinados delitos que, como por ejemplo la tortura, reúnen dos características: su extrema gravedad y una peculiar posición de garantía del Estado respecto a los bienes que dañan.

³³⁶ Esta posición coincide en esencia con la de PÉREZ DEL VALLE, que establece como requisito “que la amnistía ha de ser acordada por una ley, así como las exigencias de generalidad – derivada del propio contenido esencial de la ley – y de exclusión de tratamiento desigual”. Posteriormente añadirá que “la amnistía está vinculada a exigencias concretas de distribución; es decir, a la concreción de la Justicia desde una perspectiva de proporcionalidad” (“Amnistía, Constitución y justicia material”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 61, 2001, p. 195, 205). En un ámbito diferente, pero relacionado, el de las políticas promocionales a través de la renuncia de la pena, POZUELO PÉREZ señala como límites los principios constitucionales de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad, y alerta al respecto sobre las “renuncias desorbitadas de la sanción penal”, que hacen que esta pierda “su fin y función primordiales como respuesta a la realización de un injusto culpable” (“El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”, Valencia, Tirant, 2003, pp. 432 y s.).

El Tribunal Constitucional alemán sitúa la legitimidad de la amnistía en un triple requisito: “la existencia de un motivo legítimo y el respeto a los principio de generalidad e igualdad” (TAMARIT SUMALLA, “Amnistía y transición”, en AA. VV., coord. Cuerda Arnau, “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal”, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1.809).

12. Las normas de amnistía son peculiarmente refractarias a su justificación en una democracia. Tan es así que, en Estados como el español en los que la amnistía no está contemplada en la Constitución, se ha llegado a discutir su inconstitucionalidad en todo caso por intromisión del poder legislativo en aquello que es propio del poder judicial: que es la jurisdicción, la aplicación de las leyes³³⁷.

Las dificultades de legitimación provienen de su propia naturaleza, en la que deseo insistir. Lo propio de la norma de amnistía es que decide olvidar, inaplicar, una norma que está vigente: que estaba vigente en el momento del delito que se amnistía y que seguirá vigente tras el periodo de amnistía. Y lo propio también de la amnistía es que la norma traicionada no es cualquier norma, sino una norma penal, que constituye la protección más contundente de los bienes fundamentales del individuo y de la sociedad.

La inaplicación de una norma penal vigente despierta severos recelos desde la perspectiva de los valores fundamentales del sistema. Está en primer lugar el que surten la seguridad jurídica y la tutela judicial, básicas en el Estado como Estado de Derecho, que no es otra cosa que un Estado que se rige por leyes que los jueces están obligados a aplicar. Se trata del derecho al Derecho³³⁸. Y está luego el reproche de igualdad, porque el sujeto penado antes o después del periodo amnistiado por la norma inaplicada por la amnistía, o el sujeto penado porque su mismo delito no reunía el rasgo material que la amnistía exigía – por ejemplo, intencionalidad política -, podrá quejarse con buenas razones de que él

³³⁷ Así, ARAGÓN REYES en su prólogo a AGUADO RENEDO, “Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia” (Madrid, Civitas, 2001, pp. 17 y s.): “me parece que la división de poderes que nuestra Constitución establece, atribuyendo en exclusiva a los jueces y tribunales el poder jurisdiccional, con lo que se crea, en definitiva, una reserva de jurisdicción, sólo puede ser excepcionada si la propia Constitución ha previsto esa excepción expresamente. Es lo que ocurre con el indulto, que no podría existir, en mi opinión, si la Constitución no lo hubiera previsto” (p. 18).

La Constitución griega prohíbe expresamente la amnistía salvo para los delitos políticos (art. 47).

³³⁸ V. AGUADO RENEDO, op. cit. n. 3, p. 51.

está con sus huesos en la cárcel por un hecho igual en su grado esencial de injusto al cometido un día antes por su amigo amnistiado, que pasea feliz por la calle, o al cometido incluso el mismo día y subsumible en el mismo tipo penal - pero realizado, por ejemplo, sin intencionalidad política -. Y queda, en fin, la cuestión de la proporcionalidad entendida en un sentido amplio de coste de la norma en relación con su beneficio: si la pena está para prevenir delitos y sólo es democráticamente legítima si es imprescindible a tal fin, y si la pena no se aplica, tal inaplicación *ex* amnistía podrá suponer un déficit de prevención que, si no inerte, deje mal pertrechada a la sociedad en la protección del bien atacado por el delito amnistiado. Podrá suceder entonces que el beneficio social de la amnistía quede anegado por su coste para la indemnidad del bien protegido por los delitos amnistiados. Es este bien el que sufre con la amnistía y el que, dependiendo de su entidad y del alcance de su desprotección, pueda constituir un límite al legislador democrático.

13. Son varios y serios, pues, los costes de la amnistía. Y sin embargo, se amnistía. Y lo hacen Estados democráticos. Y lo hacen con éxito, en el sentido de procurar, a pesar de todo, una sociedad mejor: más unida, o en mejores condiciones de afrontar una etapa democrática, o con superación de algún problema específico que la horadaba, como, por ejemplo, la superpoblación penitenciaria³³⁹. La experiencia histórica nos revela con nitidez que, en ocasiones, con todos sus costes en términos de valores democráticos, con toda su carga de inseguridad, desigualdad, injusticia y desprotección, la amnistía, valga la expresión, merece la pena. Merece democráticamente la pena. Y eso es algo que debe decidir el legislador democrático. Dentro de ciertos límites.

³³⁹ Me refiero con esto último a la opción de algunos Estados de amnistiar los delitos más leves para descongestionar los centros penitenciarios y posibilitar unas mejores condiciones de vida para los presos. Este tipo de amnistía penitenciaria se produjo a finales de los noventa en Rusia y en Turquía. V. Aguado Renedo, *op. cit.* n. 3, pp. 30 y s.

B) LA LEGALIDAD Y LA IGUALDAD COMO LÍMITES

14. El primer límite, la primera condición de justificación de la amnistía, consiste en que la norma que la dispone sea una ley: una norma emanada del parlamento democrático. Que sea el pueblo el que amnistíe, porque es su ley la que se inaplica y porque sólo puede perdonar el ofendido. Y en todo delito el ofendido primigenio es la sociedad que ve quebrado en lo esencial su modo de convivencia³⁴⁰.

15. El segundo límite es el límite de la igualdad, que lo que acaba exigiendo es que sea razonable la delimitación de los delitos amnistiados, sea por razones temporales, sea por razones materiales. Y razonable aquí equivale a funcional para el legítimo fin perseguido³⁴¹.

³⁴⁰ En relación con la amnistía dictada en Chile en el año 1978, subraya el Informe 34/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la llamada “ley de amnistía” encauzada por el Decreto Ley 2191 fue dictada por “autoridades que carecen de todo título o derecho, pues no fueron elegidas ni designadas de manera alguna, sino que se instalaron en el poder por la fuerza, después de deponer al gobierno legal, en violación de la Constitución. [...] [L]os beneficiados con la amnistía no fueron terceros ajenos, sino los mismos partícipes de los planes gubernamentales del régimen militar” (puntos 25 y 28).

La vigente Constitución chilena expresa que la amnistía es materia de ley con mayoría cualificada - e incluso muy cualificada si afecta a delitos de terrorismo (art. 60.16).

³⁴¹ V. al respecto STC 58/2009, ff. jj. 5 y 9. La amnistía española del año 1977 se refería a todos los delitos previos a la transición democrática, incluidos los de los agentes de orden público, que tengan “intencionalidad política”; amnistía esos mismos delitos durante la transición si tal intencionalidad es el restablecimiento de la democracia; y limita la amnistía posterior a las primeras elecciones generales a los delitos que no sean graves (art. 1.1 Ley 46/1977). Mucho menos razonable es desde luego el ámbito de la amnistía chilena, que comprendía los delitos no investigados, pero no también los mismos delitos objeto ya de proceso o de condena; que excluía de la amnistía ciertos delitos graves – por ejemplo, el parricidio -y otros no – por ejemplo, el asesinato - y que perdonaba a todos los penados por tribunales militares.

C) LA PROPORCIONALIDAD COMO CLAVE DEL CONTROL MATERIAL DE LA AMNISTÍA

16. Pero donde está el meollo principal de la discusión acerca de la legitimidad de las leyes de amnistía es en el límite material de la proporcionalidad entendido en su sentido más amplio: radica en la soportabilidad de su coste para el bien cuya protección penal se debilita a través de la inaplicación que supone la amnistía. Se trata en realidad de advenir que este precio no sea excesivo por alguna de las cuatro razones por las que vela el principio de proporcionalidad: porque el beneficio no merezca la pena, en el sentido de que no sea legítimo (fin legítimo de la amnistía); porque tal beneficio no sea alcanzable mediante la amnistía (funcionalidad de la amnistía); porque tal beneficio sea conseguible una medida alternativa a la amnistía que sea menos gravosa (necesidad de la amnistía); o porque el precio de la amnistía sea excesivo en relación con su beneficio (proporcionalidad estricta de la amnistía)³⁴².

En relación con este análisis merece la pena introducir algunas acotaciones. Es la primera la de la prudencia de su control, sólo realizable por los tribunales constitucionales, en la que inciden varios factores: se trata de un juicio de intolerabilidad, no de proporcionalidad óptima; se trata de un juicio altamente difuso en sus parámetros; se trata de un juicio frente al legislador, que es la institución que tiene la legitimidad específica para llevar a cabo tal tipo de ponderaciones normativas; se trata de un juicio, no sobre el exceso de pena, sino sobre su ausencia para determinados supuestos.

El segundo matiz es el que centra el sentido del juicio en el cuarto análisis. Difícilmente la finalidad de la amnistía podrá reputarse ilegítima³⁴³ o la amnistía

³⁴² Para este tipo de análisis de proporcionalidad de la amnistía, v. K. Ambos, "El marco jurídico de la justicia de transición", en AA.VV. (ed. K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner) "Justicia de transición", Berlín (Konrad Adenauer Stiftung), 2009, pp. 57.

³⁴³ Pérez del Valle señala como motivos legítimos el "punto final de una situación pasada", la "no aplicación de normas obsoletas" y el "restablecimiento de la paz jurídica" (op. cit. n. 11, p. 196).

no funcional o innecesaria a tal fin. La clave del juicio residirá en su carácter ventajoso: en si es claramente constatable un coste superior a su beneficio.

El tercer *caveat* tiene por contenido el que el juicio de proporcionalidad es sólo uno de los dos límites en la restricción normativa de derechos fundamentales. El otro, íntimamente relacionado con la proporcionalidad porque obedece a un juicio previo de proporcionalidad, es el de la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. Luego habrá ocasión de referirse al mismo.

A) EL COSTE DE LA AMNISTÍA

17. Para analizar el coste axiológico de las leyes de amnistía resulta necesaria una reflexión acerca de su relación con el bien protegido por las normas penales inaplicadas, retomando así la pregunta formulada al finalizar el epígrafe II (punto 10) acerca de si el Estado lesiona un bien por no protegerlo. ¿Qué es lo que hace – qué lesiona - un Estado que decide amnistiar un delito muy grave – por ejemplo, el homicidio o la tortura-? ¿Le atribuimos la lesión del bien lesionado por el delito y, en consecuencia, si tal bien es un derecho fundamental, la vulneración de tal derecho – en el ejemplo, la vida o la proscripción de la tortura -? ¿O bajamos el diapasón y lo consideramos “sólo” un mal Estado en el sentido de mal tutelador de la vida y de la integridad física?

18. Debe diferenciarse en general entre la lesión de un bien o un derecho por parte del Estado, activa u omisiva; la no evitación de su lesión; y su falta de protección, la insuficiente prevención de las conductas lesivas del mismo.

A) El Estado lesiona la vida si ordena que sus agentes priven de la vida a un ciudadano. Y también, creo, si sólo lo permite - normativamente o por vía de hecho -. Esto me parece indiscutible si tal privación consentida la ejecutan sus agentes, sea porque ya son el Estado, sea porque el mismo está respecto de tales hechos en una posición de garantía. Discutido es que tal posición exista

respecto a los delitos de los particulares y que pueda imputarse el resultado de muerte, por ejemplo, al agente de policía de servicio y armado que contempla impasible como un sujeto mata a otro³⁴⁴.

B) La segunda distinción penalmente relevante es la que separa la lesión del bien o derecho fundamental, activa u omisiva – en este caso debe mediar, entre otros requisitos, una posición de garantía -, y el mero no impedimento de la lesión. Recuérdese que para el Derecho Penal una cosa es matar – una cosa muy grave – y otra muy distinta y mucho más leve es no impedir que alguien muera sin que el omitente sea garante. A esta omisión no se le atribuye el resultado y constituye en el Derecho español un delito leve, de omisión de socorro o de impedir delitos, que, además, sólo se comete si el sujeto pudo evitar el mal ajeno sin riesgo propio³⁴⁵.

C) Más lejos del resultado está el Estado, no que no impide a través de sus agentes una lesión de un bien jurídico por medio de la interrupción inmediata y eficaz de un curso de riesgo que se concreta en el resultado, sino que con su política penal no previene eficazmente la comisión de atentados contra tal bien jurídico. A mi juicio, este Estado que no protege la vida, o la integridad física, o el patrimonio, es un mal Estado, un Estado incumplidor de sus funciones – de las funciones que le asigna la Constitución - y, en su caso, de sus compromisos internacionales, pero no es tanto como un Estado vulnerador de la vida, de la integridad física o del patrimonio. Sin lugar ahora a profundizar en ello me parece fructífero diferenciar, para aquilatar, entre la lesión de la vida por parte del Estado

³⁴⁴ V. al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía”, Madrid (Civitas), 2002, p. 133 y ss. En relación con esta cuestión, recientemente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 2009, pp. 127 y ss.

³⁴⁵ Arts. 195 y 450.1 del Código Penal español, respectivamente.

y la infracción de su obligación constitucional – derivada también de la proclamación del derecho a la vida – de protección de la vida³⁴⁶.

19. El significado de la falta de tutela judicial o normativa por parte del Estado es distinto respecto a determinadas agresiones a determinados bienes, caracterizadas por su extraordinaria gravedad y por la dificultad de su detección, a la que no es ajena el que se originen en el propio aparato estatal. Esto es lo que sucede con la pasividad judicial en la persecución de los delitos de tortura, de la que se afirma que constituye ya una vulneración del derecho a no padecerla – en España, una infracción del art. 15 de la Constitución -, o, cuando menos, en un escalón de gravedad más bajo aunque cercano, un grave atentado al derecho a la tutela judicial.

En efecto, como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional español 34/2008, “la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho”. Además de esta gravedad, es característica de la tortura su “difícil detectabilidad y perseguibilidad”, pues a “su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el art. 174 del Código Penal, la tortura y los tratos inhumanos y

³⁴⁶ En relación con la vida del nasciturus, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales” (STC 53/1985, FJ 7). El Tribunal Constitucional alemán entendió también que la obligación del Estado de protección de la vida en desarrollo no sólo prohíbe las injerencias estatales, sino que supone una posición promotora y protectora de tal tipo de vida. Corresponde al legislador determinar las medidas de protección eficaces y adecuadas; cuando esta protección que la Constitución ordena no pueda ser alcanzada de otro modo, el legislador puede quedar obligado a recurrir a normas penales (BVerfGE 39, 1; también en la BVerfGE 88, 203).

degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad” (f. j. 5)³⁴⁷

Estas características de la tortura han provocado que la reflexión jurídica haya conformado su prohibición y su persecución con rasgos peculiares conducentes a su efectividad. Y así, no sólo sucede que “su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC 91/2000, F. 8; 32/2003, F. 7; 181/2004, F. 13; y SSTEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, § 88; de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, § 95; de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 28; de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 32; de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, § 120)”, sino que se configure “en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales” (STC 34/2008, f. j. 5). Además, la experiencia histórica y la reflexión en torno a los factores reseñados “confirman que la persecución y la sanción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, y el efecto de prevención futura de su vulneración que de los mismos resulta, sólo son posibles con una actuación judicial especialmente intensa y perseverante de investigación de sus denuncias. Así lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien «sin una investigación oficial efectiva... la prohibición general de tortura y de trato y castigo inhumano y degradante, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y en algunos casos los agentes del Estado podrían abusar de los

³⁴⁷ “A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte” (f. j. 5).

derechos de aquellos bajo su control con total impunidad» (STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32; también, SSTEDH de 28 octubre 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 102; de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 38). La misma preocupación revela la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (arts. 2.1, 12 y 13)” (STC 34/2008, f. j. 5).

Se quiere con ello decir que la prevención eficaz de la tortura exige no sólo la sanción penal al torturador sino una estrategia de persecución e indagación especialmente activa por parte del Estado y, singularmente, de sus órganos judiciales competentes. Y que para atender plenamente a esta necesidad se procede a integrar esta dimensión externa del derecho a no padecer tortura – la dimensión de la tutela judicial del derecho - en el derecho sustantivo mismo, de modo que también el juez inactivo vulnere el derecho e infrinja el precepto constitucional que lo proclama (art. 15 en la Constitución española)³⁴⁸.

Esta estrategia jurídica no deja de tener algunas debilidades, al difuminar la diferencia entre la lesión del derecho y su falta de amparo judicial. De hecho el Tribunal Constitucional español considera esta falta de tutela como una lesión muy grave del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no como una vulneración del derecho a no padecer tortura (por todas, STC 34/2008)³⁴⁹. La virtualidad de esta construcción jurídica que asimila la falta de tutela judicial a la lesión, y que está en su propio origen, es la de proveer de algo tan difícil y escaso como es

³⁴⁸ En este sentido, MEDINA QUIROGA, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, San José de Costa Rica (Universidad de Chile), 2005, 109 y ss.

³⁴⁹ Sobre la discusión al respecto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v. *infra* nota 40. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el incumplimiento de la obligación de investigar profunda y eficazmente las denuncias por tortura constituye de por sí una vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Nadie podrá ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes”) (SSTEDH 11.07.00, *Dikme c. Turquía*; 10.10.00, *Satik c. Turquía*), si bien puede quedar subsumida en la vulneración del derecho al recurso efectivo (STEDH 03.06.04, *Bati y otros c. Turquía*).

una eficaz prevención de la tortura. Abre además la puerta, como veremos, a la integración en el derecho de la prevención normativa, cuya ausencia, por cierto, no podría acogerse a otro derecho, como sí hace la falta de prevención judicial en el derecho a la tutela judicial efectiva.

20. La conclusión anterior, relativa a la integración de la tutela judicial del derecho a no padecer tortura en el derecho mismo a no padecer tortura, debe ampliarse en dos direcciones: hacia otros delitos que posean los rasgos de la tortura que ocasionan la intensificación de su persecución, y hacia otros modos de tutela estatal y, significativamente, hacia la tutela penal.

Respecto a lo primero no hará falta argumentar mucho acerca de la gravedad suma y de la dificultad de persecución y sanción de los otros tres jinetes del Apocalipsis cuando los jinetes son agentes formales o informales del Estado: de las desapariciones forzadas, de las ejecuciones sumarias o arbitrarias, de las ejecuciones extralegales. Constituyen también atentados radicales contra la dignidad humana difícilmente prevenibles, al tratarse de comportamientos que se realizan en el seno del poder público y que cuentan con los resortes del mismo para garantizar su opacidad³⁵⁰.

La segunda ampliación se discute en la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵¹. Esta ampliación supondría que la falta de sanción eficaz de los

³⁵⁰ Subraya las especiales necesidades preventivas que suscitan estos delitos el voto del Juez Cançado Trindade a la SCIDH Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26.09.06 (p. 26).

³⁵¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones” del derecho a la vida y, en particular, “el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Los Estados “deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad” (Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, SCIDH 07.06.03, pár. 110). No es unánime su doctrina, en cambio, en relación a la identificación del derecho violado cuando el Estado no investiga, procesa o sanciona el derecho a la vida. En el caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, SCIDH 29.07.88, se llega a la conclusión de que es el propio derecho sustantivo (Pár. 194.4). En el caso

derechos referidos no debe catalogarse sólo como una debilidad del Estado como Estado de Derecho sino como un modo de vulneración del derecho que el delito vulnera. Así, el Estado que no pena la tortura – o la desaparición forzada, o las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias -, o que la pena de un modo claramente insuficiente, o que no se toma en serio la persecución de la tortura, o que indulta al condenado por tortura, o que amnistía al torturador, no sólo sería un mal Estado, incumplidor además de sus obligaciones constitucionales e internacionales: sería un Estado que vulnera el derecho a no padecer tortura. Sería, en tal sentido y con los matices que sea menester, por duro que suene, un Estado torturador.

Con ello llegamos a la siguiente meta volante en nuestra reflexión sobre la legitimidad de la amnistía. El coste de la amnistía, de la inaplicación de una norma penal, es, en general, la correspondiente falta de protección del bien dañado por el delito amnistiado. En tal sentido es la puesta en peligro, más o menos grave dependiendo de la circunstancias y del alcance de la amnistía, de tal bien. Respecto a determinados delitos como la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias o arbitrarias y las ejecuciones extralegales, cabe entender que el coste de la amnistía es mayor y debe medirse en términos de la vulneración de los bienes y derechos afectados por los delitos amnistiados³⁵².

Blake vs. Guatemala, SCIDH 24.01.98, se atribuye la vulneración al derecho al debido proceso, cuyos titulares eran los familiares de la víctima del derecho a la vida.

³⁵² El Informe 34/96 ComIDH señala que se trata de delitos “de tal gravedad que han justificado la adopción, en varios instrumentos internacionales, de medidas específicas para evitar su impunidad, incluyendo la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad de los delitos” (p. 47). Y así, por ejemplo, la “necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común” (p. 48).

B) LA PROPORCIONALIDAD DE LA AMNISTÍA

21. La amnistía tiene siempre, pues, un precio alto. Y en ocasiones altísimo. Pero persigue habitualmente también logros muy importantes para la sociedad. Y en ocasiones esenciales³⁵³. Desde esta perspectiva, como es mucho lo que el Estado se juega - por ejemplo, la reconciliación nacional para afrontar un período democrático -, es mucho lo que puede pagar. Pero mucho no es “todo”. ¿Qué es “todo” a estos efectos? ¿Existe un límite material para la amnistía?

Normalmente será difícil impugnar la legitimidad democrática de una amnistía por razones materiales. Salvada su legalidad y su igualitarismo – la racionalidad de la selección de los delitos amnistiados –, la alegación legislativa de que la amnistía persigue fines de reconciliación y pacificación social hará difícil su impugnación, máxime si se tiene en cuenta lo señalado anteriormente relativo a que la misma sólo parece procedente, a la vista de la autoría legislativa de la ponderación y de la vaguedad de los instrumentos de la misma, si deviene evidente el desfase entre lo sacrificado y lo obtenido con la ley de amnistía. Esto será así incluso si los delitos amnistiados son graves, si grave es la situación que el perdón trata de precaver.

22. La última y principal pregunta es la del alcance de tal gravedad de los delitos amnistiados. ¿Puede alcanzar incluso a los reseñados gravísimos delitos cometidos desde el Estado y al amparo del Estado?; ¿puede merecer la pena tal amnistía?; ¿cabe pagar ese coste? ¿Puede el legislador democrático proceder a ella, por ejemplo, para facilitar el tránsito de una dictadura hacia un régimen democrático? ¿Pueden perdonar estos delitos gravísimos España, o la República Sudafricana, o Chile? Esta pregunta la vivió dramáticamente como gobernante Raúl Alfonsín: “¿Las sociedades están obligadas siempre a castigar

³⁵³ Muy gráficamente la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona ha afirmado que “aquellos que argumentan que la paz no puede ser aceptada como moneda de cambio de la justicia deben estar dispuestos a justificar la prolongación del conflicto armado” (v. en TAMARIT SUMALLA, “Amnistía...”, cit. n. 11, p. 1.821).

aunque de esa manera fracase el establecimiento de la democracia? Esta es la pregunta de un debate que alcanza al mundo entero”³⁵⁴.

Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han negado justificación a un alcance tal de la amnistía. Naciones Unidas *“mantiene sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves de derecho internacional humanitario”*³⁵⁵. Siquiera con la rendija que abre el adverbio “generalmente”, en tal sentido se pronunciaba su Comité de Derechos Humanos en su informe de 1999 sobre el caso de Chile, reiterando *“la opinión expresada en su Observación General 20 de que las leyes de amnistía respecto de las violaciones de derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro”*³⁵⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, *“considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las*

³⁵⁴ Prólogo a Alfredo Vítolo, “Emergencias constitucionales. II. Amnistía”, Buenos Aires - Madrid (Ciudad Argentina), 2005, p. 22.

³⁵⁵ ONU, Informe de Secretario General para el establecimiento del Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

³⁵⁶ CCPR/C/79/Add.104, punto 7. También en su Observación General 31: “cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías y anteriores inmunidades”. En sus Observaciones Finales sobre Perú (CCPR/CO/70/PER), de 15 de noviembre de 2000, se recomienda “la revisión y revocación de las Leyes de amnistía de 1995 que contribuyen a crear una atmósfera de impunidad” (p. 10). Similar fue su posición para el caso de Argentina: CCPR/C/79/Add. 46, párr. 144. El INFORME JOINET (Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre “La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos”, en el marco de Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías), sin embargo, parece admitir la amnistía para los autores de violaciones de derechos humanos si se dan ciertas condiciones El Informe es de 2 de octubre de 1997 y puede consultarse en http://ddooss.org/informes/Joinet_impunidad.pdf.

violaciones graves de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"³⁵⁷.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional admite, en cambio, que el Fiscal no inicie una investigación sobre un crimen competencia de la Corte "si existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia" (art. 53.1.c)³⁵⁸.

23. Considero que la difícil respuesta a la legitimidad de la amnistía de los delitos referidos – gravísimos delitos cometidos desde el Estado - no puede

³⁵⁷ SCIDH Barrios Altos vs. Perú, SCIDH 14.03.01, pág. 41. También, SSCIDH Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26.09.06, pág. 112; Bulacio vs. Argentina, SCIDH 18.09.03, pág. 117. Sobre esta jurisprudencia, que califica de "rígida", v. Dondé Matute, "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA. VV. "Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal internacional", Berlín (Konrad Adenauer Stiftung), 2010, pp. 263 y ss.

La Comisión había avanzado ya esta solución: Casos 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375 (Uruguay), resolución 29/92, de 2 de octubre; y casos 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311 (Argentina), resolución 28/92, de 2 de octubre.

La Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 10 de diciembre de 1998, caso IT-95-17/1 T, Prosecutor v. Furundzija, señala que el "hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional [...] sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un contrasentido sostener, por un lado, que a causa del valor de ius cogens de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas ab initio, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía" (pág. 155). La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2004, Abdülşamet Yaman c. Turquía, señala que respecto a los crímenes de tortura o maltrato y, en concreto, respecto a la obligación estatal de un "efectivo remedio", no es permisible la amnistía (pág. 55).

³⁵⁸ Al respecto, y en relación al papel que para la renuncia pueden jugar las Comisiones de la Verdad, Tamarit Sumalla, "Justicia penal...", cit. n. 1, pp. 54 y ss. También, K. Ambos, "El marco jurídico...", cit. n. 17, pp. 46 y ss.

escapar a los matices. Creo que el punto de partida es el de que en circunstancias excepcionales la amnistía podrá alcanzar incluso a tales delitos³⁵⁹³⁶⁰, siempre que, además, por imperativo del postulado de necesidad, la restricción del derecho que supone la amnistía sea mínima, en el sentido de que venga acompañada de la declaración de antijuridicidad de las conductas y del reconocimiento y la indemnización de las víctimas³⁶¹. Pero creo también que este mucho no podrá ser un todo democrático, que lleve al sistema a traicionar su propia esencia axiológica. Estos delitos - cuya prohibición y prevención están en

³⁵⁹ No creo que ello suponga desconocer la imponderabilidad de los derechos correspondientes, que se refiere sólo a la injustificabilidad de tales conductas “directas” – no incluyen las conductas de desamparo judicial o normativo - de tortura, desapariciones forzadas o ejecuciones sumarias, arbitrarias o extralegales. Tal es por ejemplo la dicción del art. 15 de la Constitución española. Nadie, y “en ningún caso”, puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³⁶⁰ Para Noriega Alcalá “la facultad estatal de dictar amnistías y leyes de extinción de acciones judiciales o de penas quedó restringida o limitada a materias que no incidan en graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad o que violen gravemente el derecho humanitario internacional” (“Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Decreto ley 2191 de Amnistía de fecha 19 de abril de 1978”; en *Ius et Praxis*, 12, 2006, II).

Desde una perspectiva formal, Pérez del Valle establece como límite de la amnistía el que la comunidad disponga de la potestad de sancionar; a tal efecto no cabría amnistía “sobre delitos en los que se ha renunciado a la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo” ni “respecto de otros delitos respecto de los que está vigente el principio de justicia universal” (op. cit. n. 11, pp. 204 y s.). El argumento, aun sugerente, no me parece convincente. En el primer caso, porque es distinta la ponderación que está detrás de la prescripción respecto a la propia de la amnistía y porque la renuncia a la prescripción no supone una renuncia a la amnistía: actúan en planos distintos. En el segundo caso, porque una cosa es la legitimidad de la amnistía y otra su ilegalidad internacional.

³⁶¹ El Informe 34/96 ComIDH señala, respecto al Decreto chileno 2191 de 1978, que “impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de sus responsables” (p. 70). La sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 25 de julio de 1996, que validó la Ley de amnistía de 1995, utilizó, entre otros argumentos, el de que la Ley exigía una plena declaración de hechos ante el Comité de amnistía.

Tamarit Sumalla señala que “la cuestión no debe ser planteada en términos de exclusión absoluta de delitos amnistiables, sino de elaboración de las exigencias mínimas de justicia en los supuestos de pacificación y reconciliación” (“Amnistía...”, cit. n. 11, p. 1.833).

la médula de la democracia, cuya gravedad y opacidad hacen que el delito sea imprescriptible, que su prohibición sea absoluta, y que el derecho fundamental a no padecerlos sea también un derecho a su persecución decidida y a su prevención eficaz - no pueden ser objeto de una amnistía radical que, por afectar a la totalidad de la represión o a su cabeza, renuncie a su prevención y ponga un interrogante en el entero sistema³⁶².

A) Amnistiar radicalmente estos delitos es eliminar la cortapisa de la pena futura: el dictador actuará en la confianza de que, en el peor de los casos para él, podrá quedar amparado, él y sus agentes, por una amnistía a la que él mismo podrá condicionar la cesión del poder³⁶³. Si realmente estamos ante crímenes de lesa humanidad³⁶⁴, si realmente la amnistía es general – por su alcance o porque afecta a la cabeza de la represión -, si todo ello equivale a la práctica renuncia de la prevención de estos delitos, creo que estamos ante una frontera

³⁶² En este sentido, K. Ambos, en su prólogo al libro de Gil Gil “La justicia...”, cit. n. 1, p. 17. Dicho en el lenguaje del Comité de Derechos Humanos, tales amnistías “promueven una atmósfera de impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos pertenecientes a las fuerzas de seguridad” [Comentarios sobre Argentina, CCPR/C/79/Add.46 (1995), punto 10]. Que en esta materia cabe hacer distingos lo muestra el reciente documento de la Conferencia Episcopal de Chile “Chile, una mesa para todos en el Bicentenario” (21.07.10): la petición de indulto se detiene prudentemente respecto a “quienes cumplen penas por delitos contra los derechos humanos cometidos durante el Régimen Militar”. También ahí es posible el indulto, si bien ha de distinguirse según “el grado de responsabilidad que le cupo a cada uno, el grado de libertad con que actuó, los gestos de humanidad que tuvo y el arrepentimiento que ha manifestado por sus delitos” (II.4).

Tamarit Sumalla parece aceptar esta posibilidad de plena renuncia a la pena por razones análogas a las justificantes del estado de necesidad (“Amnistía...”, cit. n. 11, p. 1834; también en Tamarit Sumalla, “Justicia penal...”, cit. n. 1, pp. 58 y s.).

³⁶³ TAMARIT SUMALLA destaca algunos factores que disminuyen la necesidad de pena en los momentos de refundación política (“Amnistía...”, cit. n. 11, pp. 1.835 y s.). MALARINO relativiza el argumento preventivo y añade que un deber de punición a ultranza puede conducir precisamente a que el dictador criminal no ceda el poder (“Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas”, en AA. VV., “Justicia de transición”, cit. n. 17, pp. 424 y s.).

³⁶⁴ Que incluyen “la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (SCIDH Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26.09.06, p. 96).

constitucionalmente irrebasable para el legislador. Y creo que, en tal sentido, el éxito de la transición no puede ni traicionar la democracia ni hipotecar su futuro³⁶⁵.

Se trata en realidad en que la interdicción de tales horrendas conductas se ha convertido en un derecho fundamental que comprende su persecución y su prevención estatal, y que tal derecho ha pasado a formar parte de la identidad material de los sistemas democráticos. Tal derecho, imbricado en lo hondo de la dignidad de la persona, es consustancial al sistema, que puede llegar a perdonarlos – a contemporizar en cierto modo con su vulneración - pero no a renunciar a su prevención. Con lo primero el Estado lesiona el derecho correspondiente; con lo segundo, se traiciona a sí mismo. Y esto constituye un coste inasumible³⁶⁶.

B) A la misma conclusión de desproporción de la amnistía radical de los delitos de lesa humanidad se llega desde la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales como límite a su restricción, se considere como un límite de proporcionalidad o como un límite distinto a éste. Alude a la intangibilidad del contenido mínimo del derecho, que, definido en sentido negativo, es aquel cuya ausencia lo deja desfigurado, no reconocible.

³⁶⁵ MALARINO sostiene la legitimidad posible de una amnistía radical. Sobre el presupuesto de que la paz es el bien supremo, sólo puede otorgarse “tanta justicia como paz lo permita”: “La paz es siempre un interés prioritario frente a la persecución y punición de hechos ilícitos, pues la conservación de una situación de paz es la finalidad básica de cualquier forma de asociación política entre ciudadanos y el presupuesto de la convivencia entre seres humanos” (op. cit. n. 38, p. 427). Como se refleja en el texto, no comparto el presupuesto: ¿debe hacer la prioridad de la paz que el Estado democrático ceda ante las exigencias de los grupos violentos?

³⁶⁶ Como señala PÉREZ DEL VALLE que “la amnistía no puede afectar a la confianza en que los requerimientos de la ley en la consecución del bien común siguen vigentes”. Con lo que “la necesidad de la amnistía requiere una referencia negativa al fundamento de la pena” (op. cit. n. 11, p. 205).

Según una sólida tesis constitucional³⁶⁷, que en España utiliza el Tribunal Constitucional y que tiene su germen en la exigencia constitucional de que el legislador respete el contenido esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 53.1 CE), el legislador puede proceder a la restricción de derechos fundamentales siempre que lo haga para preservar otros bienes y derechos constitucionales, siempre que lo haga proporcionalmente y, en fin, siempre que su medida restrictiva no dañe el contenido esencial del derecho afectado. Y contenido esencial es, según el Tribunal Constitucional³⁶⁸, *“aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”* (STC 11/1981, f. j. 10).

Desde una percepción objetiva del contenido esencial de los derechos es el instituto mismo el salvaguardado por la garantía, y por ello la refiere la Constitución española al legislador, y no el derecho subjetivo de cada particular. Tal contenido queda vulnerado cuando, “con motivo de la limitación, se priva del mismo a la mayoría de los titulares o cuando el derecho, en cuanto tal, pierde por completo su sentido para la vida social”³⁶⁹. Pues bien: lo que la historia y la reflexión jurídica nos demuestra en relación con los derechos ahora referidos en cuanto limitables por la amnistía es que sin su componente de protección y prevención estatal tales derechos a no padecer torturas, y a la vida y a la libertad frente a la actuación arbitraria del poder, carecen de sentido y de capacidad de amparo para su titulares. El legislador no sólo no puede ordenar o permitir tales

³⁶⁷ V., por todos, MEDINA GUERRERO, “La vinculación del legislador a los derechos fundamentales”, Madrid (McGraw Hill), 1996, pp. 146 y ss.

³⁶⁸ Que ha desarrollado también en materia de extradición la idea de “contenido absoluto” como “núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona” (STC 82/2006, f. j. 2).

³⁶⁹ MEDINA GUERRERO, op. cit. n. 42, pp. 157 y s.

actuaciones, sino que tampoco puede renunciar a su persecución judicial o a su prevención penal. Y tal renuncia es la que supone una amnistía radical, en el indicado sentido de amnistía para todos los delitos o de amnistía relevante – dejando sin pena o sin pena mínimamente preventiva – a los dirigentes de la represión.

C) LA NECESIDAD DE LA AMNISTÍA

24. He señalado ya con anterioridad que la legitimación de la amnistía desde el punto de vista de su proporcionalidad radica sobre todo en su carácter ventajoso: en que sea proporcionada en sentido estricto: en que el déficit de prevención penal que comporta nos merezca la pena por los logros que la amnistía supone. Y he afirmado ya que en algunos supuestos extremos, por la gravedad y la peculiaridad de los delitos y por el alcance de la amnistía, nunca merecerá la pena la amnistía, y que esta “inamnistiabilidad” de sus atentados, en cuanto determinante de la propia vigencia del derecho concernido, pasa a formar parte del contenido mismo el derecho.

De las demás exigencias de la proporcionalidad de la amnistía (finalidad legítima, funcionalidad, necesidad) hemos aún de detenernos en el tercero, que alude al carácter mínimo o necesario de la amnistía. Repárese en que el razonamiento habitual en este ámbito es el de la intervención mínima punitiva, el de la necesidad de la penas, y en que aquí lo que estamos evaluando no es el daño que supone la pena, sino, a la inversa, el daño que supone la falta de pena. No si la pena es necesaria, sino si es necesaria la amnistía.

No sería imprescindible la amnistía – no tendría carácter mínimo la “desprevención” que supone – si pudiéramos conseguir sus fines sin prescindir de la pena. Esto es bastante ilusorio en el paradigmático caso en el que se plantea la amnesia de delitos graves para la reconciliación nacional de cara a una convivencia democrática. Es precisamente la pena, con su intensidad negativa para la vida del condenado y de su entorno, el obstáculo que se opone

a una nueva etapa armónica³⁷⁰. Tan ilusorio, por cierto, como, en otro ámbito, confiar en que en los casos graves de delitos contra la humanidad la amnistía pueda justificarse por la falta de necesidad preventiva - ahora no de amnistía sino - de la pena: porque existan medidas de declaración de culpabilidad y de reconocimiento y de indemnización de las víctimas que puedan ser suficientes para la razonable disuasión de la tortura, de las desapariciones forzadas, de las ejecuciones arbitrarias e ilegales. El presupuesto de la amnistía es la pena y el presupuesto de la pena democrática es que no existen medidas alternativas menos gravosas que la misma para evitar las conductas que la pena sanciona.

25. Volviendo al tema que nos ocupa, que es el del carácter mínimo de la amnistía como requisito – uno de los cuatro requisitos - para que sea proporcionada: la reducción de costes sociales superfluos de la amnistía exigirá que cuando la misma se imponga – porque es adecuada, necesaria y ventajosa para un fin loable - vaya acompañada de las medidas no estrictamente penales que acompañan a la pena y a las que no hay necesidad de renunciar. Me refiero a la declaración de culpabilidad – al reconocimiento de que la conducta fue gravemente injusta y reprochable a su agente -, con el componente de reparación moral que comporta para las víctimas, y las medidas adecuadas de indemnización de éstas³⁷¹. En este sentido la legitimidad de la amnistía pasa por

³⁷⁰ K. AMBOS sugiere las atenuaciones de pena o las forma especiales de ejecución (en “Prólogo”, cit. n. 37, p. 17).

³⁷¹ En esta línea se pronuncia el INFORME JOINET (cit. n. 31): “La amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz. Carece además de efecto jurídico alguno sobre las acciones de las víctimas relacionadas con el derecho a reparación” (punto 32). De gran interés son sus reflexiones sobre la reparación a las víctimas. Distingue entre las individuales, que comprenden medidas de restitución, de indemnización y de readaptación (p. 41). Las colectivas son “medidas de sentido carácter simbólico, a título de reparación moral” (42). El Informe incluye garantías de no repetición de las violaciones, tales como la “disolución de los grupos armados paramilitares [...] acompañada de medidas de reinserción”, la “derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y reconocimiento del carácter intangible y no derogable del recurso de habeas corpus; y la “destitución de los altos funcionarios implicados en las violaciones graves que han sido cometidas”. Se debe tratar de medidas administrativas” (p. 43).

su proporcionalidad, y ésta por que se trate de una amnistía “condicionada” o “responsable”³⁷².

IV. CONCLUSIÓN

26. Una norma de amnistía es legítima si es una ley de un legislador democrático; si su ámbito de intervención es igualitario (es razonable en función de su finalidad); y si, en atención a su necesidad y a sus costes, no es desproporcionada ni daña el contenido esencial de los derechos restringidos por la misma.

La amnistía de los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias constituye una vulneración de los derechos fundamentales a no padecer tales agresiones, pues tales derechos incorporan a su contenido directo la persecución judicial y la protección normativa. Este coste podría ser asumible en función de los importantes frutos democráticos que pretenda la amnistía, salvo que, por su radicalidad, por afectar a la totalidad de la represión o a su cabeza, la amnistía suponga en la práctica una renuncia a la prevención de estos delitos. Dicho coste deberá ser reducido al máximo con el mantenimiento de la declaración de culpabilidad del autor y de las medidas indemnizatorias para las víctimas.

No creo que deba exigirse también el “arrepentimiento público”, como propone K. AMBOS (“Prólogo”, cit. n. 37, p. 19). TAMARIT SUMALLA ha destacado cómo las Comisiones de la Verdad pueden revelarse al respecto “como instrumentos que pueden satisfacer muchas de las expectativas sociales y normativas relativas a la justicia, pues permiten atribuir responsabilidad, expresar y comunicar reproche, reconocer y reparar a las víctimas. Los fines de la pena de carácter preventivo-reparador pueden verse en gran medida satisfechos mediante estas formas de justicia de transición si las mismas abordan de modo global las diversas necesidades sociales en contextos de transición, en los que la necesidad de hacer justicia no puede ser desvinculada de las necesidades de pacificación, reconciliación y reforma institucional” (“Justicia penal...”, cit. n. 1, p. 46). Sobre la experiencia latinoamericana sobre el papel de la verdad en los procesos de transición, v. MALARINO, cit. n. 38, pp. 418 y ss.

³⁷² Para estos conceptos, K. AMBOS, “El marco jurídico...”, cit. n. 17, pp. 71 y ss.

Esta propuesta reduce la “inamnistiabilidad” radical de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e interpreta el sentido en el que la misma es la regla (“generalmente”) según el Comité de Derechos Humanos: la amnistía es ilegítima si es general o si afecta a los principales autores de los delitos, porque supone una renuncia a la prevención de atentados gravísimos a la dignidad de la persona amparados desde el Estado que traiciona las bases valorativas del Estado democrático y daña el contenido esencial de los derechos fundamentales a no padecerlos.

IV. REFLEXIONES POLÍTICO- CRIMINALES

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 proscribía 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 al 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.

SEGURIDAD CIUDADANA E INSEGURIDAD JURÍDICA

Prof. Dr. Fernando Velásquez V*

Profesor de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)

RESUMEN: El presente artículo analiza la situación actual del Derecho Penal, en el contexto de las exigencias de una seguridad ciudadana, que cada vez afecta en mayor medida a los sistemas penales latinoamericanos. Esta situación conduce hacia una crisis de las funciones garantistas de prevención del delito y de las penas arbitrarias. Ante los desafíos que muestra la delincuencia de hoy día, los sistemas penales han optado por responder con un derecho penal máximo mediante reformas legislativas a la ley penal de dudosa constitucionalidad, ya que contravienen los principios de un derecho penal garantista. El expansionismo de la ley penal con el endurecimiento excesivo de las penas se presenta como el antídoto del problema de la inseguridad ciudadana; sin embargo, no hace más que conducir hacia el menoscabo de un sistema constitucional democrático. Lejos de la protección a la seguridad ciudadana, se está fomentando la inseguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: seguridad ciudadana, inseguridad jurídica, penalización, populismo penal.

ABSTRACT: This paper analyzes the current state of Criminal Law in the context of the requirements of public safety, which increasingly affects more Latin-American penal systems. This leads to a crisis of the guarantees functions of prevention of crime and arbitrary punishments. Given the challenges that crime shows today, the systems have chosen to respond with a maximum criminal law through legislative reforms to the criminal law of dubious constitutionality, as contrary to the principles of a criminal law that respects de guarantees. The expansionism of criminal law with excessive tightening of penalties is presented as the antidote to the problem of insecurity, but merely lead to the impairment of

a democratic constitutional system. Far from protecting the public safety, legal uncertainty is being promoted.

KEYWORDS: public safety, legal uncertainty, penalty, penal populism.

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2013.

Fecha de aprobación: 13 de agosto de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Ser invitado a participar en un Homenaje al Profesor FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, con motivo de sus setenta años de vida, es un orgullo para cualquier persona dedicada a estas actividades académicas. Y lo es, porque se trata de agasajar a uno de los más importantes juristas de habla hispana quien, con sus monumentales contribuciones a las Partes General y Especial del Derecho Penal, mucho ha aportado al avance de estas disciplinas en el contexto latinoamericano.

En el contexto de un mundo cada vez más globalizado —y la problemática aquí abordada no afecta tanto a Costa Rica como sí a los países de nuestra órbita cultural, incluida Colombia—, son atinadas las palabras de RIVERA y MONCLÚS al referirse a la España contemporánea: “constatamos una elevada inversión tanto pública como privada en sistemas de seguridad: alarmas, sistemas de videovigilancia, personal de seguridad privada, etc. La seguridad se ha convertido en una mercancía que centra los debates políticos, a la vez que también se recurre como instrumento electoral a las promesas de mayor rigor y severidad penal. Las ofertas de una cada vez mayor penalidad y seguridad han tenido un papel central en las citas electorales de los últimos años”; y añaden, “se ha generado una «obsesión securitaria» que la sociedad ha ido paulatinamente internalizando en detrimento, de garantías y libertades: las

estadísticas oficiales parecen confirmar algunos rasgos de esa deriva securitaria asumida por una ciudadanía en la que se mezclan desinformación y disgregación social, amén de una exigua ilustración”⁴⁰⁹.

Una de esas transformaciones legislativas fruto de esas demandas de seguridad —para el caso la número 45 en orden cronológico que ha sufrido la legislación penal colombiana— es la Ley 1453 de 24 de junio 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*”⁴¹⁰, que los detentadores de poder político y los legisladores de turno han anunciado con bombos y platillos como de la “*seguridad ciudadana*”⁴¹¹. Una normatividad que, dígame de una vez, sacrifica los principios que inspiran al Derecho penal plasmado por el constituyente, porque se cree que los postulados rectores del sistema penal son sólo «límites» del *ius puniendi* y no, como dirían BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y sus colaboradores, “principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como *Derecho penal*

⁴⁰⁹ Cfr. RIVERA/MONCLÚS, en “Presentación” del libro de De Giorgi, *Tolerancia Cero*, pág. 19.

⁴¹⁰ Cfr. *Diario Oficial* Núm. 48110 de 24 de junio 2011.

⁴¹¹ Ya en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado (suscrita por los Ministros del Interior y de Defensa y por el Fiscal General encargado del momento) y elaborado por el Consejo de Política Criminal y Penitenciaria, organismo asesor del Ministerio del Interior y de Justicia, se comenzaba afirmando, “*El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes*; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar...” y, por supuesto, en tono demagógico se añadió: “Sin embargo, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia no puede ser una justificación para afectar los derechos de las personas, por lo que en la redacción de este proyecto *se ha tenido especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones pueda afectar las garantías constitucionales de los ciudadanos*” (en: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf>, pág. 1, cursivas añadidas). La ponencia para primer debate en la Comisión Primera Constitucional del Senado, aparece en *Gaceta del Congreso*, N° 850, del 3 de noviembre de 2010, en <http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>

constitucional, pues, ...es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen”⁴¹².

Pues bien, con miras a emprender en esta oportunidad el necesario debate sobre el asunto, se aborda, en primer lugar, el marco general de la discusión jurídico-penal actual para mostrar la crisis que el Derecho penal soporta. En segundo lugar, se destina un acápite a examinar los más relevantes tópicos de la susodicha normatividad desde la perspectiva sustantiva. En tercer lugar, se consignan algunas conclusiones para la reflexión; al final, se cita el material bibliográfico utilizado para la confección de este escrito.

II. LA ACTUAL SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Sin duda, el Derecho penal de hoy soporta grandes trances⁴¹³, lo que ha llevado al Profesor FERRAJOLI⁴¹⁴ —en el volumen segundo, dedicado a la “Teoría de la Democracia”, en especial en los capítulos XV y XVI, donde se ocupa de los contenidos de la democracia y de los niveles de la misma, a la luz de su planteo minimalista—, a afirmar que en las democracias avanzadas —y su diagnóstico también es válido en países como los nuestros— la crisis del Derecho penal consiste en el quiebre de las dos funciones garantistas que le aportan legitimación: la de la prevención de los delitos y la de la prevención de las penas arbitrarias⁴¹⁵.

Ello, dice, es producto del doble cambio producido en la fenomenología de los delitos y de las penas favorecido por los procesos de globalización, que tiene que ver tanto con la *cuestión criminal* (valga decir, las formas económicas,

⁴¹² Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Curso*, 2ª. ed., pág. 44.

⁴¹³ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, págs. 1 y ss.

⁴¹⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris 2*, págs. 352 y ss.

⁴¹⁵ Sobre ello, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 331 y ss.

sociales y políticas de la criminalidad, en gran parte nuevas) como con la *cuestión penal* (esto es, las formas de intervención punitiva en gran parte viejas y degeneradas, las causas de la impunidad de la nueva criminalidad y las arbitrariedades y excesos punitivos). Pero, dice, lo que más ha cambiado es la *cuestión criminal*, pues hoy la delincuencia que amenaza a los derechos y a las libertades no es la vieja *criminalidad de subsistencia* sino la *criminalidad del poder*, un fenómeno inserto en el funcionamiento normal de la sociedad y que, por su carácter organizado, tiene dos formas: a) la de los *poderes abiertamente criminales*, sean de tipo político y terrorista, o de carácter económico y mafioso [los PODERES CRIMINALES]; y, b) la de los *crímenes de los poderes* sean económicos o públicos [los CRÍMENES DEL PODER].

En cuanto a la *cuestión penal*, muestra como los sistemas penales de las democracias avanzadas no han sabido responder a los grandes desafíos que hoy plantea la cuestión criminal y, en su lugar, han implantado un Derecho penal máximo que ha producido dos expansiones patológicas: la del *derecho de la penalización* (la inflación legislativa que lleva al colapso a los sistemas judiciales y del principio de legalidad, para crear un enorme derecho penal burocrático); y, la del aumento desmesurado de las aflicciones punitivas con el *incremento del encarcelamiento*, la criminalización de la pobreza y la impunidad de los crímenes de los poderosos, producto de una política indiferente a las causas estructurales de los fenómenos criminales y a las garantías, “sólo interesada en secundar o, lo que es peor, en alimentar los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad”, de allí que la “seguridad” sea el terreno privilegiado de esta política que, como él lo advierte, transmite un doble mensaje: uno, según el cual la única criminalidad es la callejera no la de los poderosos; y, otro, el vocablo seguridad ya no quiere decir en el lenguaje propio de la política “seguridad social” sino, al pervertirlo, sólo “seguridad pública” por lo cual, al utilizar el antiguo mecanismo del “chivo expiatorio, “al haber sido agredida la seguridad social por las políticas de reducción del estado social y de desmantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente,

preferiblemente de color o extracomunitario”⁴¹⁶ —aquí los negros, los indígenas, los mendigos, los desempleados—. Todo ello, advierte, con un doble efecto: la identificación ilusoria de seguridad y derecho penal en el sentir común y la expulsión de las políticas sociales de inclusión.

Lo anterior, lleva a este lúcido pensador a plantear la necesidad de refundar el derecho punitivo: “ante la gravedad de la actual crisis, que compromete de manera radical la legitimidad del derecho y de la jurisdicción penal, a mi juicio, la única respuesta racional es la refundación del sistema punitivo en su conjunto, dirigida a restaurar su eficiencia y garantías según el modelo normativo que he llamado *derecho penal mínimo*. Un programa reformador semejante debería orientarse a restaurar el papel del derecho penal como instrumento costoso, sólo utilizable como *extrema ratio* y dirigido a la minimización de la violencia tanto de los delitos como de las penas y a la tutela de los bienes y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos”⁴¹⁷. Por eso propone, entonces, no sólo una drástica *despenalización* para que sólo se persigan aquellas conductas punibles graves que tengan alto impacto social sino una radical *descarcelación* para que el instrumento de la cárcel también sea para los hechos más significativos. En otras palabras: hay que posibilitar que el principio de legalidad vuelva a ser el postulado orientador y la columna vertebral de los sistemas punitivos.

Se trata, sin duda, de una propuesta audaz que está muy lejos de poder ser llevada a la realidad en países como Colombia pero que, en cualquier caso, dictamina muy bien las razones de la crisis y abre importantes senderos para el debate futuro. Por supuesto, mientras un planteamiento como el acabado de mencionar se logra llevar a la realidad, el Derecho penal liberal seguirá siendo arrasado por uno expansionista ahora expresado a través del llamado *derecho penal de enemigo*, que tanto han abanderado teóricos como GÜNTHER JAKOBS y

⁴¹⁶ *Idem*, págs. 361-362.

⁴¹⁷ Así, *Principia iuris* 2, pág 366.

sus secuaces, al recordar el derecho penal de la Escuela de Kiel en la época del nacionalsocialismo, como si no fuera evidente que “en un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona”⁴¹⁸ y que el respeto por la dignidad humana es un punto de partida irrenunciable para cualquier penalista⁴¹⁹.

III. LA FALLIDA “SEGURIDAD CIUDADANA”

La normativa en examen —que tiene diversos precedentes en el derecho nacional⁴²⁰— aparece en el marco de ese criticado Derecho penal expansionista, no sólo en contravía de los dictados de la Constitución y de un Derecho penal liberal sino en el contexto de una marcada fragmentación social y con una notoria desigualdad económica, por lo cual ya la joven doctrina nacional la entiende como una manifestación de un derecho penal de enemigo⁴²¹. Al mismo tiempo, es también expresión de lo que algunos llaman “*el populismo penal*” construido de la mano del renacer de los derechos de las víctimas⁴²², o lo que otros denominan el “*Derecho penal de la seguridad ciudadana*”⁴²³; este último, un diseño propalado por las potencias para conjurar los brotes de delincuencia que

⁴¹⁸ SCHÜNEMANN, *Aspectos puntuales*, pág. 79.

⁴¹⁹ PARMA, *Derecho penal convexo*, pág. 142.

⁴²⁰ Sólo para citar algunos, recuérdense el Decreto 1923 de 1978, llamado “Estatuto de Seguridad de la época de Turbay Ayala; o el desafortunado D. 180 de 1988 y normas concordantes o “Estatuto Para la Defensa de la Democracia”, de la época del Presidente Barco [Sobre ello, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia” en *NFP* N° 40. págs. 211 y ss.]; o, en fin, la malhadada Ley 1142 de 2007 “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

⁴²¹ Cfr. GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, págs. 383 y ss.

⁴²² Por ejemplo, GARGARELLA, *De la injusticia penal*, págs. 77 y ss.

⁴²³ Cfr. Díez Ripollés, *La Política criminal en la encrucijada*, págs. 69 y ss.

asolan a la comunidad planetaria actual⁴²⁴, una de cuyas más crudas expresiones es el modelo de la “Tolerancia cero” puesto en ejecución, en los años noventa del siglo pasado, por RUDOLPH GIULIANI, el Ex Alcalde de Nueva York⁴²⁵ y diseminado a lo largo y ancho del continente en la primera década de este siglo⁴²⁶.

De ahí, pues, el nombre dado por el legislador vernáculo a la citada legislación, que reproduce las mismas denominaciones y hasta los contenidos que se aprecian en reformas similares operadas en otros países y no sólo en el subcontinente latinoamericano⁴²⁷ sino en España⁴²⁸ y en los países anglosajones⁴²⁹.

A. Las penas draconianas. El texto en estudio prescribe desaforados incrementos punitivos que, en algún caso, llegan hasta la cadena perpetua; en efecto: de un lado, se prevén penas hasta de 90 años, como se infiere del art. 6º, que introduce un nuevo art. 188 C al C. P. en tratándose del tráfico de menores; aquí, pues, se traspasan de manera flagrante los límites formales y materiales a la potestad punitiva del Estado⁴³⁰, para el caso los principios de

⁴²⁴ Este modelo ha sido muy bien estudiado, comparándolo con el de Gran Bretaña, por GARLAND, *La cultura del control*, págs. 9 y ss., 31 y ss., 179 y ss.

⁴²⁵ Sobre el proceso de gestación del mismo, véase, entre otros, WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, págs. 32 y ss.; DE GIORGI, *Tolerancia Cero*, págs. 37 y ss., 153 y ss.

⁴²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, “Prólogo” a Gargarella, *De la Injusticia Penal*, págs. 11 y ss.

⁴²⁷ Así, GARGARELLA, *De la injusticia penal*, págs. 25 y ss.

⁴²⁸ Véase, Díez Ripollés, *La Política criminal en la encrucijada*, págs. 29 y ss. Un buen ejemplo es la “Ley Corcuera” o “Ley de la patada en la puerta” — polémica ley de Seguridad Ciudadana (Ley 1 de 1992) cuya inspiración se atribuyó al entonces Ministro del Interior de España, José Luis Corcuera Cuesta—, muy bien cuestionada por Andrés Ibáñez, “Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera”, págs. 3 y ss.

⁴²⁹ Véase, GARLAND, *La cultura del control*, págs. 31 y ss., 179 y ss.

⁴³⁰ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., págs. 45 y ss.

legalidad y taxatividad, dignidad de la persona humana, proporcionalidad, acto y culpabilidad, que emergen de claras previsiones constitucionales (arts. 1, 5, y 12, 16, 29 y 34 inc. 1º, a las que se deben sumar los arts. 1, 2, 3, 6, 9 a 12 del C. P., entre otros)⁴³¹.

De otro lado, se observan sanciones más elevadas para diversas conductas punibles, como sucede en el art. 7º que, en situaciones de agravación, castiga la conducta consistente en el uso de menores de edad en la comisión de delitos (ahora el nuevo art. 188D del C. P.)⁴³² con sanciones entre 17.7 y 45 años de prisión y que se imponen “*por esta sola conducta*”. También, el art. 11 —modificadorio del art. 376 del C. P. en materia de tráfico, fabricación o porte de “estupefacientes”— prevé castigos de hasta 30 años de prisión en casos graves, que antes llegaban a los 20 años; y el art. 12, incrementa la pena privativa de libertad para la conducta de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, prevista en el art. 382 del C. P., hasta los 15 años.

De igual forma, son notorios los incrementos punitivos previstos en el art. 345 (cfr. art. 16) en materia de financiación del terrorismo y grupos de delincuencia organizada que, de una pena privativa de la libertad de seis a doce años y multa de 200 a 10000 SMLMV, pasó a “prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1300) a quince mil (15000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Igual sucede con la conducta de “*fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones*” que ahora, en tratándose de la modalidad básica, es de nueve a doce años de prisión (inc. 1o.); y, en su especie complementada agravada, de 18 a 24 años de prisión (inc. 2o.)⁴³³. Apreciación

⁴³¹ Por ello, aunque sin la vehemencia que era necesario imprimirle al pronunciamiento, la Comisión Asesora del Consejo de Política Criminal en su “Informe” del mes de marzo del presente 2012, afirma que esta disposición entroniza la cadena perpetua (cfr. *Informe Final*, pág. 26); igual, GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, pág. 399.

⁴³² Declarado exequible mediante sent. C-121 de 22 de febrero 2012.

⁴³³ Los incrementos punitivos en tratándose de estas dos modalidades de la conducta punible son sorprendentes: a) el texto original, vigente a partir del 25 de julio de 2001, señalaba un mínimo de un año (1) y un máximo de cuatro (4) para la infracción básica; y, de dos (2) a ocho (8) para la complementada agravada; b) la ley 890 de 2004, art. 14,

similar cabe hacer en relación con el art. 20 de la Ley que introduce un nuevo texto al art. 366 del C. P.⁴³⁴; y, con el art. 22 de la normativa que modificó el texto del art. 377B, para introducirle penas privativas de la libertad que llegan hasta los cuarenta y cinco años⁴³⁵.

En fin, debe decirse que también los arts. 328 a 339 del C. P. en materia de delitos contra los recursos naturales han sido objeto de algunas modificaciones —en esencia para aumentar las penas—, sin que al legislador le preocupe para nada la ineficacia de esos textos pese a que a diario, como lo sabe la opinión pública, se cometen en el país monstruosos atentados contra el medio ambiente y los recursos naturales que reportan pingües ganancias a los depredadores, muchos de ellos ciudadanos o empresas transnacionales extranjeros (cfr. arts. 29 a 40 de la Ley), cuyo tratamiento penal es el propio de las criminalidades privilegiadas porque para ellas, ad vera FERRAJOLI, el derecho penal es mínimo gracias al efecto de duplicación que se observa: “derecho

había incrementado los respectivos en mínimos en la tercera parte (16 meses y 32) y los máximos en la mitad (64 meses y 144); c) la Ley 1142 de 2007, en su art. 38, señaló para la hipótesis básica una pena de prisión entre 4 y 8 años y, para la modalidad complementada agravada, de 8 a 16 años de prisión. Esto significa, entonces, que —en once años— para la modalidad simple el mínimo pasó de un año a nueve, y el máximo de cuatro a doce años; para la modalidad complementada agravada, el mínimo de dos se convirtió en 18 años de prisión y el máximo de ocho se tornó en 24 años de prisión. No obstante, obsérvese, la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta esta disposición como se infiere de la sent. C-121 de 22 de febrero 2012.

⁴³⁴ También, en un lapso de once años —tras tres reformas— se puede constatar como la pena para la conducta básica que era de tres a diez años de prisión en el texto original, pasó a ser de 11 a 15 años; y la imponible a las figuras complementadas agravadas pasó de 6 a 10 años a convertirse en pena privativa de la libertad de 22 a 30 años. ¡Una escalada punitiva desmesurada e inconcebible!

⁴³⁵ Este artículo había sido introducido por la Ley 1311 de 2009 con penas de 8-14 años de prisión para el tipo básico y de 128 meses a 252 meses (21 años) para el supuesto de hecho complementado agravado. Ahora la figura básica, gracias a esta andanada punitiva, tiene un mínimo de 15 y un máximo de 30 años. La modalidad complementada (cuando la conducta es cometida por servidor público) del inc. 2º es ahora de 20 (240 meses) a 45 años (540 meses).

mínimo y dúctil para los ricos y los poderosos; derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados”⁴³⁶.

B. Las confusiones teóricas. Por supuesto, también se evidencia el desconocimiento de las categorías propias de las construcciones académicas — para el caso la Teoría del delito—, como se desprende de diversas previsiones:

1. *La asunción de un concepto extensivo de autor.* El art. 6º que erige en punibles las conductas de tráfico de menores (cfr. Art. 188C), castiga como autor a todo a aquél que intervenga en la realización de las mismas sin distinguir la clase de su aporte, por lo cual de nada sirven los distingos previstos en los arts. 28 a 30 del C. P.⁴³⁷; es más, se adelantan las barreras de punición, para castigar como ya consumadas las diversas fases del *iter criminis*. Iguales críticas cabe hacerle a los arts. 7º que introduce el art. 188D en el C. P.⁴³⁸ y 16 de la Ley que, recuérdese, da un nuevo cuerpo al art. 345 del C. P. en materia de “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”⁴³⁹. Semejante manera de entender los fenómenos de autoría y participación —que no es nueva, pues ya se encuentra en los arts. 376 y 382, entre otros— es propia,

⁴³⁶ Así, *Principia iuris* 2, pág 364.

⁴³⁷ Dice así: “El que *intervenga en cualquier acto o transacción* en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas”.

⁴³⁸ Dispone: “El que *induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice* a un menor de 18 años a cometer delitos o *promueva* dicha utilización, constreñimiento, inducción, o *participe de cualquier modo en las conductas descritas*”. No obstante, la Corte Constitucional no encontró ningún quebranto a la Carta Fundamental (cfr. sent. C-121 de 22 de febrero 2012).

⁴³⁹ Reza así: “El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas”.

como se sabe, de una concepción autoritaria del Derecho penal que reniega del principio de acto y acoge los postulados propios de un derecho penal de autor.

2. *Las descripciones típicas que vulneran el mandato de taxatividad del supuesto de hecho.* Así mismo, la raigambre antiliberal del cuerpo normativo en examen, se ve cuando el inc. 1º del art. 6º de la Ley prevé un supuesto de hecho de contenido borroso y gaseoso —casi una verdadera cláusula general—, cuando reza: “El que intervenga *en cualquier acto o transacción* en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o *cualquier otra retribución* a una persona o grupo de personas”; igual los arts. 7º y 9º⁴⁴⁰. Se trata, en verdad, de supuestos mal redactados, que no precisan con claridad la conducta acriminada; con su introducción, pues, se pone en grave riesgo el programa penal de la Constitución⁴⁴¹ que abandera principios como los de legalidad y de taxatividad a título de límites formales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado (cfr. arts. 29 Const. Pol., 6 y 10 del C. P.), algo que no debe tolerar un derecho penal mínimo.

Otro tanto cabe predicar del art. 10º, que modifica el art. 359 del C. P. en materia de lanzamiento y empleo de materiales peligrosos⁴⁴², que también en su

⁴⁴⁰ Que le introduce un nuevo tenor literal al art. 261: “El que para apropiarse en todo o en parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio...Si con el mismo propósito se desarrollan acciones jurídicas induciendo a error o con la complicidad, favorecimiento o coautoría de la autoridad notarial o de registro de instrumentos públicos”.

⁴⁴¹ Por tal, entiende BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al. (Curso, 2ª. ed., pág. 45), “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar” (pág. 45). De forma más precisa: “un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no...soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo” (idem). Por ello, pues, conforman ese Derecho penal constitucional los Principios generales de la Constitución y determinados preceptos de la misma que prevén mandatos, prohibiciones y preceptos atinentes a los derechos fundamentales.

⁴⁴² Pune al que “emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público” “...sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales

inciso final —en contravía de los principios de lesividad y del acto— pune con multa progresiva o unidad multa a quien “*porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural*”⁴⁴³; vale decir, se adelantan de tal manera las barreras de punición que se castigan como conductas punibles independientes los meros actos preparatorios. Conste, además, que en este caso se trata de un *tipo de peligro abstracto* que contraría los dictados del art. 11 del C. P. que plasma otra norma rectora de la ley penal colombiana, de la que se infiere que el peligro concreto para el bien jurídico debe integrar todos y cada uno de los tipos penales previstos en la Parte Especial, so pena de tenerlos como inconstitucionales⁴⁴⁴.

Adicional a lo anterior, como para corroborar que la Ley está plagada de disposiciones que arrasan con el ideario demoliberal, se añade a algunas disposiciones como elemento subjetivo del tipo distinto al dolo el de los “*finés terroristas*” [cfr. arts. 425, 426 y 428 (cfr. arts. 13 y 14)] y se ratifica el contenido de otras que ya lo contenían; recuérdese, para comenzar, que en el texto original y en diversas leyes modificatorias se agregaron a los supuestos de hecho elementos con este contenido⁴⁴⁵ y se concibieron dos modalidades de figuras distintas para regular la conducta de terrorismo: los arts. 144 y 343-344. También, en otras disposiciones, se castigan comportamientos llamados a fomentar estas

ratificados por Colombia o disposiciones vigentes”, que son las sustancias mencionadas en el artículo 358.

⁴⁴³ La expresión “u objetos peligrosos” fue declarada ajustada a la Constitución por no quebrantar el principio de legalidad. Cfr. sent. C-121 de 22 de febrero 2012.

⁴⁴⁴ Cfr. FERRAJOLI, Derecho y razón, pág. 479; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal, Parte General, 4ª ed., pág. 405). Sobre este tema ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “Dado que el legislador colombiano exige como elemento de la antijuridicidad la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado, necesario resulta precisar que con ello se hace referencia a que el riesgo que en concreto o en abstracto previó el legislador al emitir el tipo penal se verificó de modo real y verdadero. En fin, una conducta sólo podrá ser catalogada como antijurídica cuanto con ella se crean situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés” (sent. de 21 de octubre 2009, radicado: 29655).

⁴⁴⁵ Véanse, arts. 104 num. 8, 170 num. 7º, 197, 269 H num. 6º, 332 inc. 2º, 348 inc. 2º, 357 inc. 2º, 359 inc. 3º, 371 inc. 3º, 372 inc. 4º y 427.

acciones: arts. 323, 340 inc. 2º, 346, 415, 441, 449 inc. 2º y 450 inc. 2º; de esta manera, en el contexto de una sociedad asolada por este mal endémico de las organizaciones sociales contemporáneas, se tiñe casi todo el tejido legal de terrorismo, como producto de diversos instrumentos internacionales que comprometen al Estado colombiano en la persecución y represión de este crimen⁴⁴⁶ lo que, por supuesto, no justifica todo tipo de abusos y de torpezas en materia de la técnica legislativa.

Buenos ejemplos de supuestos de hecho borrosos o gaseosos, que arrasan con los principios de legalidad y de taxatividad, son: el nuevo texto del art. 345 ya citado; el art. 19, que modifica el art. 365 del C. P. y muestra ahora una conducta mucho más amplia y abstracta que la original⁴⁴⁷, con la advertencia

⁴⁴⁶ Por ejemplo, debe mencionarse la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el día tres de junio de 2002, en Bridgetown, Barbados, XXXII Asamblea General de la OEA. AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), que entró en vigor el día diez de julio 2003 (cfr. www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.htm); la Convención fue incorporado al ordenamiento mediante la Ley 1108 del 27 de diciembre de 2006. Otros instrumentos internacionales sobre la materia o ligados con ella, son: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre 1973; Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre 1979; Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el tres de marzo 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el diez de marzo 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo 1988; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de diciembre 1997; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el nueve diciembre 1999; y, finalmente, el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, aprobado en New York el día catorce de septiembre 2005.

⁴⁴⁷ Dispone: "El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar

de que el inc. 3° abre todavía más la figura cuando se le introducen siete complementos⁴⁴⁸, sobre todo el 5° —herencia positivista del C. P. de 1936, que aparece a lo largo de la Parte Especial⁴⁴⁹— que desquicia la teoría del concurso de personas en el hecho punible, pues al tratarse de tipos *de propia mano* no admiten la coautoría⁴⁵⁰ y, por supuesto, el N° 7 que confunde la figura en examen con las de concierto para delinquir (arts. 340 y ss.)⁴⁵¹.

En fin, el desafortunado legislador pune con penas que van de nueve a doce años (hipótesis básica) o de 18 a 24, en las modalidades complementadas agravadas, a quien realice cualquiera de las siete conductas: “...*cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal*”, las mismas que suelen utilizar los campesinos y labriegos del país para defenderse de los malhechores, practicar la caza como parte de su dieta alimenticia o realizar actividades recreativas, aunque se hace una excepción mediante la cual se ratifica el absurdo: “*salvo las escopetas de fisto en zonas rurales*” que, por aquellos artilugios, si son prohibidas en las zonas “no rurales”⁴⁵².

armas de fuego de defensa personal, *sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones*”.

⁴⁴⁸ Dice así: “La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias: 1. Utilizando medios motorizados. 2. Cuando el arma provenga de un delito. 3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades. 4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten. 5. *Obrar en coparticipación criminal*. 6. *Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad*. 7. *Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado*”.

⁴⁴⁹ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., págs. 1122 y 1123.

⁴⁵⁰ *Idem*, pág. 904; también, GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, pág. 404.

⁴⁵¹ Cfr. GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, pág. 404.

⁴⁵² Ello generó enconados debates en la Comisión Primera constitucional Permanente de la Cámara de Representantes. Cfr. Acta N° 51 de 24 de marzo, 2011, en: www.camara.gov.co/.../126-acta-51-comision-primer.

Un comentario similar cabe en relación con el art. 20 de la Ley que introduce un nuevo texto al art. 366 del C. P. en materia de “*Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos*” que, además, remite a los mismos complementos del art. 365 para conformar plurales figuras complementadas agravadas.

En otras palabras, de lo dicho se infiere que del tenor literal de las normas citadas se castiga con elevadas penas quienes, ni por asomo, ponen en riesgo los bienes jurídicos (máxime si aquí se trata de delitos de “*peligro común*”).

3. *El castigo del consumidor de drogas prohibidas como si fuese traficante.*

Otra muestra palpable de los toques autoritarios de la Ley en comento es la pretensión de punir como traficantes a los consumidores de drogas ilícitas, como se infiere del texto que se le introdujo al art. 376 del C. P. mediante el art. 11 intitulado como “*Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*”⁴⁵³, del que desapareció la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*” que excluía al porte; se buscaba, pues, armonizar la Ley Penal con el contenido del Acto Legislativo 02 de 21 de diciembre 2009, art. 1º, que modificó el 49 de la Constitución Política para criminalizar el porte de dosis personal⁴⁵⁴, una de las

⁴⁵³ Cuyo texto señala: “El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas”.

⁴⁵⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en dos oportunidades en relación con demandas parciales contra el art. 1º del ese Acto Legislativo: en una oportunidad, declaró inepta la demanda que cuestionaba el aparte del inc. 8º: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” (cfr. sent. C-574 de 22 de julio de 2011; y, en otra, declaró ajustados a la Constitución los dos incisos finales: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. /Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente

banderas del expresidente URIBE VÉLEZ. Además, con esa previsión se amplió al máximo el contenido de la prohibición de forma tal que se volvió todavía una cláusula más general, que se lleva de calle el principio de taxatividad del supuesto de hecho y, por ende, desconoce los límites a la potestad punitiva del Estado, entre los cuales debe mencionarse el postulado de necesidad de intervención o de intervención mínima⁴⁵⁵.

Sobre tan aberrante previsión la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁶ sostuvo que el concepto de dosis personal no había desaparecido⁴⁵⁷; y, la Corte Constitucional⁴⁵⁸, en la misma línea de análisis, dispuso declarar exequible de forma condicionada el citado artículo⁴⁵⁹. Por

campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos” (cfr. Sent. C-882 de 23 de noviembre 2011).

⁴⁵⁵ A este respecto, bien vale la pena recordar lo expresado por ANDRÉS IBÁÑEZ, hace ya más de veinte años, para referirse al entonces Proyecto de “Ley Corcuera” que también criminalizaba el consumo de drogas: “En semejante cuadro, podría parecer una ironía tratar de rastrear siquiera un atisbo de vigencia del principio de intervención mínima. No sólo porque se criminaliza (si, ya sé que sólo administrativamente) el consumo de drogas, rompiendo con la tradición liberal de no penalización de los actos contra sí mismo, sino también por la persistencia en la voluntad sancionadora a ultranza, incluso cuando se trate de hechos que no serían siquiera constitutivos de falta” (“Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera”, págs. 5-6).

⁴⁵⁶ Véase, providencia del 17 de agosto de 2011, radicado: 35978.

⁴⁵⁷ Dijo: “Es decir, a pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema”. Al respecto, es importante recordar lo señalado en la sent. de 18 de noviembre 2008, radicado: 29183.

⁴⁵⁸ Mediante sent. C-491 de 28 de junio de 2012.

⁴⁵⁹ Expresó: “...en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”. Señaló, además: “...la supresión de la expresión “salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º

supuesto, los malabares interpretativos hechos por esos organismos no logran demostrar que el querer del legislador era muy otro y que, como lo dijo de forma lúcida el Profesor LONDOÑO BERRÍO al referirse a esta política criminal en materia de drogas, se ha producido la transformación de un derecho constitucional a un “crimencito”, pues se trata de “un populismo punitivo que de forma desesperada busca legitimar el castigo, para universalizar particularismos morales y aniquilar las libertades que identifican una auténtica democracia”⁴⁶⁰.

4. *La criminalización de ciertas situaciones propias del derecho laboral o de la protesta social.* Así mismo, para aludir a la primera de las manifestaciones citadas, debe destacarse como al contrariar un Derecho penal mínimo afincado en el principio de lesividad (que conlleva tanto el carácter fragmentario como el subsidiario), el art. 26 de la Ley —que modifica el art. 200 del C. P. y que sólo apareció en el tercer debate que se le dio al Proyecto inicial en la Cámara de Representantes— criminaliza la celebración de pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados para concederles ventajas y/o beneficios⁴⁶¹. Por supuesto, un legislador distinto —liberado de presiones foráneas como las impuestas por el TLC suscrito con los Estados Unidos de América— habría dejado la solución de este conflicto al escenario propio de las relaciones

literal j) de la Ley 30 de 1986. A esta conclusión se llega con fundamento en que subsisten en el orden constitucional los mandatos (Arts. 1º y 16 C.P.) que condujeron a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley 30 de 1986 en la sentencia C- 221 de 1994. La introducción de los incisos 6 y 7 del artículo 49 de la C.P. por el Acto Legislativo 02 de 2009, no establece un nuevo parámetro constitucional que permita la penalización del porte y consumo de sustancia prohibida en cantidad considerada como dosis personal, comoquiera que contempla una prohibición seguida de medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico y terapéutico para el adicto, estrategias que lejos de amparar una opción represiva para la persona narcodependiente, propenden por su atención, acompañamiento y rehabilitación”.

⁴⁶⁰ Cfr. LONDOÑO BERRÍO, “Los avatares de la «dosis personal», págs. 128 y ss., 215.

⁴⁶¹ Dice así: “En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”.

laborales colectivas sin tener que acudir al Derecho penal⁴⁶²; no obstante, la Corte Constitucional —con argumentos sofisticados— declaró ajustado dicho texto a la Carta Fundamental⁴⁶³, por entender que esa descripción típica es una forma de combatir el terrorismo ya castigado en otros dispositivos legales.

De igual forma, de cara a la segunda manifestación legislativa anunciada en el título de este numeral, debe decirse que el art. 44 —por medio del cual se añade al C. P. el art. 353A intitulado como “*obstrucción a vías públicas que afecten el orden público*”—, no es otra cosa que una forma camuflada de criminalizar la protesta social en sus diversas manifestaciones algo que, en definitiva, no puede tolerar un derecho penal liberal; para ese tipo de comportamientos, por supuesto, están instituidos otros controles de índole administrativa⁴⁶⁴.

5. Algunos yerros y absurdos dogmáticos. Fuera de lo dicho, se observa como el legislador de turno —de espaldas a las construcciones del delito que ya llevan más de cien años en el país—, comete errores imperdonables. En efecto, en primer lugar, el art. 41 modificadorio del art. 130 del C. P. dispone en su inciso 2º que, en materia de abandono de personas desvalidas, cuando ese comportamiento se produzca “*en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro* **se constituirá la tentativa de homicidio** y si

⁴⁶² Véase, GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, págs. 405-406.

⁴⁶³ Cfr. sent. C-571 de 18 de julio 2012: “...aumentar las penas de las violaciones a los derechos de reunión y asociación, en un contexto en el cual las organizaciones de personas trabajadoras enfrentan violaciones y amenazas mediante acciones terroristas y violentas como pocos lugares en el mundo y de distintos espectros ideológicos y políticos, en un proyecto que pretende, entre otras cosas, implementar una política criminal de aumento de penas que asegure la adecuada imposición de la responsabilidad de los actores ilegales organizados que recurren a la violencia y el terror como medio de afectación social, al grado tal de afectar el estado de derecho, lejos de ser una media legislativa que tan sólo logre enriquecer el proyecto de ley, se trata de una disposición que prácticamente es indispensable incluir para lograr, efectivamente, la consecución de la política criminal anunciada”.

⁴⁶⁴ No obstante, mediante sent. C-742 de 26 de septiembre de 2012, con tres salvamentos de voto, la Corte Constitucional declaró exequible el texto del artículo.

sobreviniere la muerte **la pena** que se aplica será la misma **contemplada para homicidio** en el artículo 103 de la presente ley”. Por supuesto, con ello se trastoca toda la teoría de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo porque se presume la presencia de este instituto cuando se realizare la susodicha conducta omisiva que, además, tampoco se precisa, con el consiguiente desquiciamiento del principio de taxatividad o de determinación. Por lo demás, de otro lado, el texto en comento vuelve homicidio simple doloso el abandono de la persona seguido del resultado muerte, con lo cual se cae en otra inconveniente presunción que desvertebra toda la estructura de los tipos penales en cuestión.

Así mismo, como si lo anterior fuera poco, el art. 18 que le agrega al Código un nuevo artículo 356A⁴⁶⁵, lleva a absurdos de proporciones: de un lado, introduce la figura de la legítima defensa en la Parte Especial como si no fuera cierto que ya está prevista como causal de exclusión de la responsabilidad en el art. 32 del C. P. Además, dado que el art. 104 en armonía con el art. 103 prevé la modalidad de homicidio catastrófico (cuando el sujeto activo acude a una de las conductas mediales previstas en los arts. 350 y ss.), ahora resulta que matar a otro mediante un disparo con arma que se porte lícitamente, es un homicidio complementado agravado; en cambio, llevarlo a cabo con arma que se porte ilegalmente puede ser un homicidio simple.

De igual forma, téngase muy en cuenta, se sanciona la sola realización de la conducta (¡ahora disparar con arma de fuego amparada es un delito y si ella no lo está no lo es!) sin importar —como sí sucede en art. 356 del C. P.⁴⁶⁶— hacia qué

⁴⁶⁵ Dispone que “quien teniendo permiso para el porte o tenencia de armas de fuego la dispare sin que obre la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente e inevitable de otra manera, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, cancelación del permiso de porte y tenencia de dicha arma, y la imposibilidad por 20 años de obtener dicha autorización; siempre que la conducta aquí descrita no constituya delito sancionado con pena mayor”.

⁴⁶⁶ En esta disposición, recuérdese, castiga el disparo de arma de fuego sobre vehículo en cuyo interior se transporten personas: El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

objetivo se dirige la acción, con lo cual se desconoce de forma descarada el principio de lesividad en sus diversas manifestaciones; se hace, pues, trizas el art. 11 del C. P. que consigna una norma rectora de la Ley Penal Colombiana. ¡Una verdadera esquizofrenia legislativa!

A más de lo anterior, agréguese que el art. 21 de la Ley⁴⁶⁷ —por medio del cual se inserta el art. 374A en el Código Penal y que castiga la enajenación ilegal de medicamentos—, criminaliza los derechos del paciente quien con la droga que se le suministra puede hacer lo que a bien tenga. Por eso, no se sabe como la conducta allí descrita pueda atentar contra la “seguridad ciudadana” cuando la propia Ley omite tratar atentados más graves que éste en las áreas de la salud y la seguridad social que, recuérdese, han conducido a la actual crisis. En fin, semejante previsión legal arrasa con los dictados de los principios de lesividad y necesidad de intervención porque comporta la utilización de la herramienta penal para resolver conflictos que, en muchos casos, ni siquiera son del resorte del derecho en cualquiera de sus manifestaciones, todo ello en contravía de un derecho penal mínimo.

También, debe destacarse la entronización de formas de responsabilidad objetiva en la Ley que no sólo contrarían el principio de culpabilidad sino que desvirtúan la presunción de inocencia y los principios de proporcionalidad y lesividad, entre otros. Es lo que sucede, en efecto, con el texto del art. 27, que adicionó el C. P. con el art. 447A⁴⁶⁸, en materia de comercialización de autopartes hurtadas. Ahora, se varió el viejo texto y se le añadió un

⁴⁶⁷ Se pune a quien “*con el objeto de obtener un provecho para sí mismo o para un tercero enajene a título oneroso, adquiera o comercialice un medicamento que se le haya entregado a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

⁴⁶⁸ Texto ya introducido en el pasado mediante Ley 738 de 25 de abril de 2002, declarada inexecutable mediante sent. C-205 de once marzo 2003, aunque por otras razones y con un contenido distinto.

inconstitucional parágrafo, declarado inexecutable mediante la sent. C-365 de 16 de mayo 2012⁴⁶⁹.

En fin, todo lo anterior demuestra que es verdad lo dicho por el propio FERRAJOLI cuando —al ocuparse de la deriva inflacionista y del colapso del principio de legalidad— advierte que la hipertrofia de la penalización no sólo es de tipo cuantitativo (las leyes se producen de forma masiva) sino que es provocada por “la baja calidad de las leyes, por la indeterminación de los tipos penales, la proliferación de las figuras de delito de sospecha y de peligro abstracto, el uso de un lenguaje oscuro y polisémico, la inclusión en las leyes de artículos de páginas enteras cargados de derogaciones y reenvíos que dan lugar a intrincados y tortuosos laberintos normativos y a insuperables aporías y contradicciones”⁴⁷⁰.

C. Las modificaciones a la Ley procesal y otras medidas. En un escenario como este no podían faltar diversas mutaciones al Código de Procedimiento Penal, no siempre presididas por la misma filosofía de la seguridad y acompañadas del autoritarismo, cuando se evidencia que la Ley en comento —siempre preocupada por pisotear las garantías— amplía los términos legales para formular la acusación, solicitar la preclusión, celebrar la audiencia preparatoria o la del juicio oral (cfr. art. 49, que modifica el art. 175 de la Ley 906 de 2004), todo ello en contravía del derecho a la libertad y en plan de privilegiar aún más la desafortunada estructura procesal penal burocrática existente⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ El tenor es el siguiente: “*quien comercie con autopartes de vehículos automotores hurtados* incurrirá en la misma pena del artículo anterior. PARÁGRAFO. *El que transfiera o utilice a cualquier título los documentos, licencias, números de identificación de los vehículos automotores declarados en pérdida total*, incurrirá en la pena en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁴⁷⁰ Así, *Principia iuris* 2, pág 358.

⁴⁷¹ No obstante, una disposición importante por su contenido libertario y su sabor democrático como la plasmada en el parágrafo del artículo, en la cual se le ponían términos definidos a las indagaciones preliminares, no ha sido aplicada por los funcionarios que han esgrimido pretextos de diversa índole para no aplicarla. Dice así: “La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de

Además, el art. 50 modificó el art. 225 de la Ley 906 de 2004, en materia de registros y allanamientos, para volver a permitir esos procedimientos nocturnos erradicados para evitar atropellos a los ciudadanos; y, el art. 51, introdujo diversas excepciones para practicarlos sin orden judicial escrita.

También, el art. 52 le dio una nueva redacción a las normativas en materia de interceptación de comunicaciones; el art. 54 hace lo propio en materia de vigilancia y seguimiento de personas; el art. 57, que introdujo un párrafo al art. 301 del C. de P. P., dispuso que la reducción de la pena señalada para los casos de aceptaciones de cargos se reduce de forma considerable, en casos de flagrancia⁴⁷²; el art. 61 endureció, todavía más, el régimen de la privación de la libertad al modificar las causales de concesión de la misma. Incluso, con un toque aún más peligrosista —que desquicia el principio de culpabilidad— el art. 65 modificó el régimen del art. 310 cuando define lo que se entiende por “peligro para la comunidad” y se modificó —una vez más— el régimen en materia de extinción y dominio de bienes (arts. 72 y ss.), todo ello bajo el manto de que se trataba de “medidas para garantizar la seguridad ciudadana” en estos ámbitos.

En fin, añádase, se adoptaron “medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el Código de la Infancia y la Adolescencia” (arts. 87 y ss.); se expidieron “disposiciones en materia de seguridad y convivencia en el

la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”. También, pues, los funcionarios legislan a su amaño.

⁴⁷² La Corte Constitucional (cfr. sent. C-645 de 23 de agosto de 2012), declaró la constitucionalidad condicionada del párrafo del artículo “en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”; y, como si ello, fuese poco, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entiende que esa es una rebaja sobre las rebajas con lo cual, al violentar el texto de la ley, la reduce a su mínima expresión (cfr. sent. once de julio de 2012, radicado: 38285).

deporte profesional”, a cuyo efecto se acriminan algunas conductas en estos ámbitos (arts. 97 y 98); y, para culminar, se adoptan otras regulaciones que, se dice, buscan afianzar la pretextada “seguridad ciudadana”.

Muchas de esas modificaciones están, pues, llamadas a alimentar un proceso penal —ya instaurado mediante la ley 906 de 2004 y objeto de plurales e inconexas reformas— para “el que la pena está cada vez más en función de la conducta procesal del imputado y, luego, de la carcelaria del preso”, porque con frecuencia el proceso “ha dejado de ser procedimiento de comprobación o refutación empírica de los delitos imputados para convertirse en una incierta y compleja partida entablada entre el imputado y la administración de justicia y después con la penitenciaria, cuya apuesta es la medida de la pena y en la que, para el primero, la victoria o la derrota dependen esencialmente de su disposición a colaborar, primero aceptando la acusación y después con la buena conducta”⁴⁷³.

IV. CONCLUSIONES

Sin duda, parece claro que cuando se introducen en el derecho positivo modificaciones a la ley penal como las mencionadas no es la “seguridad ciudadana” lo que se protege, sino que se fomenta la inseguridad jurídica.

Así mismo, también parece evidente que gran parte de las previsiones anteriores tampoco soporta un examen de constitucionalidad —así la Corte Constitucional diga lo contrario— porque se llevan de tajo el llamado Programa penal de la Constitución.

Además, son ostensibles los yerros de técnica jurídica en la construcción de los textos, todo lo cual muestra a un legislador desorientado y más proclive al punitivismo exacerbado.

⁴⁷³ Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris* 2, págs. 359.

También, se cree que mediante la reforma de los códigos penales y el endurecimiento de las penas hasta límites insospechados, pisoteando derechos constitucionales y garantías centenarias, se va a lograr transformar la realidad.

Se olvida que los cambios anhelados también tienen que empezar por el corroído y descompuesto entramado social, porque sin justicia social no puede haber justicia penal en un país signado por el atraso, la miseria y el abandono de millones de ciudadanos.

Con estas previsiones, pues, el expansionismo penal encuentra caldo de cultivo abonado para que continúe adelante la introducción de un subsistema penal antidemocrático y autoritario —empotrado en un sistema constitucional democrático que, se dice, rige en Colombia— que mucho desdice de los progresos de la civilización.

V. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera”, en *Jueces para la Democracia* N° 13, 2/1991, Madrid, Jueces para la Democracia, Información y Debate, 1991, págs. 3 y ss.

BARATTA, ALESSANDRO: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1986.

—: *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, Julio César Faria-Editor, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et. al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2010.

CARBONNIER, JEAN: *Derecho flexible. Una sociología no rigurosa del Derecho*, traducción y prólogo de José Luis Díez Picazo, Madrid, Editorial Tecnos, 1974.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL: *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, 31 de marzo 2012, en: <http://www.minjusticia.gov.co/library/news/files/ver%20informe127.pdf>; fecha de la consulta: 29 de agosto 2012.

CHRISTIE, NILS: *Una sensata cantidad de delito*, traducción de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 1ª reimpresión. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-646 de 20 de junio 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-205 de once marzo 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-574 de 22 de julio de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-882 de 23 de noviembre 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-121 de 22 de febrero 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-365 de 16 de mayo 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-491 de 28 de junio 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-571 de 18 de julio 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-591 25 de julio 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-645 de 23 de agosto 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-742 de 26 de septiembre 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-894 de 31 de octubre 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL: sentencia de 21 de octubre 2009, radicado: 29655.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL: providencia del 17 de agosto de 2011, radicado: 35978.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, traducción de Carlos Martín Ramírez/Mauricio García Villegas/Elvira del Pozo Aviñó/Carlos Morales de Setién Ravina, Bogotá, Trotta/Ilsa, 2009.

DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *RECPC* 11-08 (2009), págs. 1 y ss., en <http://criminet.ugr.es/recpc>; fecha de la visita: tres de septiembre 2012.

DE GIORGI, ALESSANDRO: *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Prefacio de Toni Negri, Presentación y traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús, Barcelona, Virus Editorial, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *La Política Criminal en la encrucijada*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2007.

FERRAJOLI, LUIGI: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011.

___: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011.

___: “El derecho penal mínimo”, trad. de Roberto Bergalli, en *PC*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, págs. 25 y ss.

___: *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan Carlos Bayón Mohino/Juan Terradillos Basoco/Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.

GARGARELLA, ROBERTO: *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 2008, con Prólogo de César Rodríguez Garavito.

GARLAND, DAVID: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005.

GUTIÉRREZ CASTAÑO, DAVID: “La Política criminal en Colombia. A propósito de la Ley 1453 de 2011: «Ley de seguridad ciudadana»”, en Diego Araque: *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, págs. 383 y ss.

LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN: “Los avatares de la «dosis personal»: de derecho constitucional a «crimencito»”, en *Cuadernos de Derecho Penal* N° 2, Bogotá. Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 128 y ss.

PASTOR, DANIEL R.: *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª. ed., Medellín, Editora Jurídica COMLIBROS, 2009.

— *Derecho Penal, Parte General*, 2 tomos, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

—: “Globalización y Derecho Penal”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 185 y ss.

— “¿Qué es la política criminal?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 19, enero 2011, Lima, 2011, págs. 401 a 414.

—: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, en *RDPC*, núm. 15, Madrid, Universidad Nacional a Distancia, 2005, págs. 197 a 219.

—: “Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración” en *CDPe* N° 1, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 7 y ss.

—: “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia” en *NFP* No. 40. Año X, Abril-Mayo-Junio. Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 211 y ss.

PROYECTO DE LEY 164 2010 SENADO, en:
<http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf>

SCHÜNEMANN, BERND: *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico-penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de Santo Tomás, 2007.

WACQUANT, LOÏC: *Las cárceles de la miseria*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

—: *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1988.

—: *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

—: *Manual de derecho penal*, Parte general, reimpresión de la 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2003.

—: *Tratado de derecho penal*, Parte general, 5 ts., Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

—: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. ed., 2005.

V. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

PROPORCIONALIDAD Y ESPECIFICIDAD DE GÉNERO: A PROPÓSITO DE LA REFORMA DE LA LEY PSICOTRÓPICOS

Prof. Dra. Teresa Aguado Correa

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla (España)

RESUMEN: En el presente artículo tratará el tema de la reforma de la Ley de Psicotrónicos de 2013 en Costa Rica. Realizaremos un análisis de el artículo 77 bis de la Ley en su redacción final, desde el punto de vista de los dos aspectos a los que se hace referencia en la propia rúbrica de la reforma, a saber, proporcionalidad y especificidad de género, haciendo especial hincapié en este trabajo en el género, sin perjuicio de que analicemos siquiera sea brevemente, por razones de espacio, la proporcionalidad de la pena de prisión prevista en este artículo 77 bis Ley.

PALABRAS CLAVE: Proporcionalidad, género, especificidad de género, Ley de Psicotrónicos, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

ABSTRACT: This article will address the issue of reform of Psychotropic Substances Act of 2013 in Costa Rica. We will conduct an analysis of Article 77 bis of the Law in its final form, from the point of view of the two aspects that the heading of the reform itself referred to, namely, proportionality and gender specificity, with special emphasis on gender, while analyzing, even briefly, for reasons of space, the proportionality of the penalty of imprisonment under article 77 bis of this Act.

KEYWORDS: Proportionality, gender, gender specificity, Psychotropic Substances Act, United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules).

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 17 de octubre de 2013.

INTRODUCCIÓN

En las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (en adelante, Reglas de Bangkok) aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010⁴⁷⁴, se reconoce que “cierto número de mujeres delincuentes no plantean un riesgo para la sociedad y que, como ocurre en el caso de todos los delincuentes, su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social”⁴⁷⁵, debiéndose priorizar la aplicación de medidas no privativas de libertad a las mujeres, y tener en cuenta las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal⁴⁷⁶, en especial, el

474 Resolución 65/229 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada en la 71ª sesión plenaria.

475 Reglas de Bangkok, p. 3. Vid. AGUADO CORREA, “Dimensión de género en las políticas y centros penitenciarios”, en *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Madrid, 2012, pp. 333 y ss.

476 Reglas de Bangkok, p. 2. También en la Resolución del Parlamento europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, se recomienda recurrir en mayor medida a las penas de sustitución de la reclusión, como las alternativas sociales, en aquellos casos en los que las penas impuestas y el riesgo para la seguridad pública sean reducidos (apartado 19).

historial de victimización de muchas de ellas y las responsabilidades de cuidado de otras personas (Regla 57).

Con fecha 10 de febrero de 2011, cuando aún no habían transcurrido dos meses desde que se aprobasen las citadas Reglas de Bangkok⁴⁷⁷, el diputado Orozco Álvarez presentó a la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento⁴⁷⁸, en el que se proponía la inclusión de un nuevo artículo 77 bis en la citada Ley. Aun cuando el diputado Orozco Álvarez justificó esta reforma con un análisis criminológico de la situación las mujeres que estaban en prisión por la comisión de un delito de introducción de drogas a un centro penal y los factores de exclusión social de éstas relacionadas con el género⁴⁷⁹, al final de la Exposición de Motivos el diputado Orozco Álvarez afirmó que “No se pretende la creación de un tipo penal exclusivo para féminas”, por lo que “con esta propuesta se verán beneficiados tanto los hombres como las mujeres que cometan dicho ilícito”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ La distribución general está fechada el 16 de marzo de 2011.

⁴⁷⁸ En el Informe Jurídico, de 24 de abril de 2012, elaborado por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, p. 23, se señala que el título del instrumento que se pretendía reforma estaba erróneamente consignado, siendo el título correcto “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”.

⁴⁷⁹ Incluso inició justificación de la propuesta contenida en el proyecto de Ley con las siguientes palabras: “El delito de introducción de drogas a un centro penal en Costa Rica tiene rostro de mujer de acuerdo con lo observado en los estrados judiciales. El incremento en el número de mujeres reclusas en los centros penales del país está estrechamente relacionado con la comisión del delito de introducción de drogas a los centros penales; el tratamiento a esta problemática es complejo, y lo es más aún, cuando en esa situación se ve involucrado uno de los pilares de la sociedad costarricense, como es la mujer madre, muchas veces jefa de hogar, y por tanto de la familia entera de la reclusa”. Proyecto de Ley, p. 1.

⁴⁸⁰ En opinión del diputado, en último término sería la “sociedad costarricense la mayor favorecida”. Cfr. Proyecto, p. 18.

En el Proyecto de ley presentado por el diputado Orozco, el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos estaba redactado en los siguientes términos:

“La pena de prisión será de seis meses a tres años, cuando en las conductas descritas en el artículo 58 concurra la siguiente circunstancia: Las drogas tóxicas, los psicotrópicos o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en establecimientos penitenciarios. La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando quien introduzca o difunda drogas en establecimientos penitenciarios sea un funcionario de hecho o de derecho o un oficial de seguridad de alguno de los centros de reclusión del país”.

Esta redacción del art. 77 bis, fue objeto de serias objeciones por parte de los servicios jurídicos de la Asamblea Legislativa, al constatarse “un serio vicio de antinomia, contradicción y duplicidad de regulación, al sancionar las mismas conductas con penas de prisión diferentes (menores), lo que violentaría los principios de seguridad jurídica y tipicidad penal...”, ya que “La reforma que se plantea, pretende atenuar las penas de prisión, en los casos en que las drogas tóxicas, los psicotrópicos o las sustancias psicotrópicas que sean introducidas o difundidas en establecimientos penitenciarios”, si bien ya están tipificadas en los numerales 58 y 77 de la Ley de Psicotrópicos. En el Informe Jurídico se afirma que “La reforma rompe los principios constitucionales de proporcionalidad y de razonabilidad de las normas, así como el principio de tipicidad que exige que la sanción debe ser proporcional al valor del bien que se protege. En el caso bajo estudio, se estaría sancionando con penas más favorables ilícitos que lesionan el mismo bien jurídico tutelado que ya está sancionado de manera más gravosa en otras normas del ordenamiento jurídico y del mismo texto de la ley que se pretende reformar”⁴⁸¹. Para salvar estos vicios se debería haber propuesto la modificación de los artículos 58 y 77 de la Ley a la vez que la introducción del nuevo artículo 77 bis.

⁴⁸¹ Informe jurídico, p. 22.

Durante la tramitación parlamentaria la redacción de este nuevo art. 77 bis Ley de Psicotrópicos ha sufrido importantes modificaciones, las cuales se han plasmado en el proyecto de ley “Reforma a ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, de 26 de diciembre de 2001, para introducir la proporcionalidad y especificidad de género”⁴⁸². En realidad, en nuestra opinión, la perspectiva de género podía ser considerada como el “agente provocador”⁴⁸³ de la reforma de la Ley de Psicotrópicos, como se deduce de las palabras con las que el diputado Orozco Álvarez justifica la misma, aun cuando finalmente este diputado decidiese no excluir de su ámbito de aplicación a los hombres puede que, como afirma la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “para evitarse el conflicto constitucional de si es posible legislar para un determinado número de personas...”⁴⁸⁴. Y ello a pesar de que no existe problema alguno en legislar teniendo en cuenta el género, ya que la puesta en práctica del principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁴⁸⁵, exige tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas. La atención de éstas para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no debe considerarse discriminatoria, como se remarca en la Regla 1 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

⁴⁸² Diario Oficial La Gaceta nº 128 del 4 de julio de 2011.

⁴⁸³ En el Dictamen afirmativo de mayoría, p. 5, se hace referencia al “espíritu inicial de darle una mayor proporcionalidad a este tipo de delito que son cometidos por mujeres, al pretender introducir pequeñas cantidades de drogas en un centro penitenciario”.

⁴⁸⁴ Nº SP-180-12- de 30 de mayo de 2012. Citado por la CPESN, Dictamen Final, p. 5.

⁴⁸⁵ “1. Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera”.

Y así lo reconoce la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, cuando afirma “No es lo mismo sancionar con prisión a un hombre que a una mujer que reúne esas condiciones. Ciertamente aquella merece un reproche jurídico, pero este no puede ser igual, porque las condiciones no son iguales y la afectación al tejido social no es igual”⁴⁸⁶. La mayoría de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico ha justificado estos cambios en los siguientes términos:

“ Ante esta realidad, se pretende contribuir a corregir esta problemática estructural que hoy rompe el tejido social al dividir hogares dirigidos por mujeres, dejando sus hijos e hijas desprotegidos, introduciendo elementos de proporcionalidad y especificidad de género por medio de la penalidad, poniendo a disposición de los jueces y juezas elementos para disponer el cumplimiento de la ejecución de la pena a fin de humanizar e introducir la posibilidad de que ellas puedan reinsertarse socialmente mientras cumplen la sanción penal. Para cumplir con todo estos propósitos, se acogió un texto sustitutivo presentado por la Subcomisión, el cual se sometió a la atenta consideración de las Señoras y Señores Diputados para su aprobación definitiva en el Plenario y que se convierta en ley de la República. El texto es el siguiente:

“Artículo 77 bis.-

La pena prevista en el artículo anterior será 3 a 8 años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones:

- a) Se encuentre en condición de pobreza.
- b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad.

⁴⁸⁶ Dictamen afirmativo de mayoría, de 26 de junio de 2012, p. 11.

c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo.

d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

En caso de que se determine alguna de las condiciones anteriores, el juez competente o el juez de ejecución de la pena podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión”.

Respecto de la propuesta inicial del diputado Orozco Álvarez, el texto del art. 77 bis de la Ley de Psicotrópicos que acabamos de reproducir y que se corresponde con la redacción final del mismo aprobada por la Comisión Permanente especial de Redacción el 29 de julio de 2013 y en segundo debate el día 30 de julio de 2013, presenta los siguientes cambios:

Ámbito de aplicación objetivo: solo se aplica cuando se trate de introducción de drogas en establecimientos penitenciarios (art. 77 Ley de Psicotrópicos); la versión original abarcaba no solo las conductas de introducción (art. 77 Ley de Psicotrópicos) sino también de difusión de drogas (art. 58 Ley de Psicotrópicos) en establecimientos penitenciarios.

Ámbito de aplicación subjetivo: solamente se aplica a las mujeres autoras o partícipes del citado delito, quedando excluidos los hombres.

Se enumeran las condiciones relacionadas con la vulnerabilidad de las mujeres que deben concurrir para poder apreciar esta pena reducida respecto de la prevista en el art. 77 Ley de Psicotrópicos y las medidas alternativas a la prisión.

La duración de la pena de prisión ha sufrido un considerable aumento: frente a la duración de seis meses a tres años prevista en el proyecto inicial se

ha aumentado a pena de prisión de tres a ocho años en la redacción final del proyecto.

En este trabajo realizaremos un análisis de este artículo 77 bis Ley de Psicotrópicos en su redacción final, desde el punto de vista de los dos aspectos a los que se hace referencia en la propia rúbrica de la reforma, a saber, proporcionalidad y especificidad de género, haciendo especial hincapié en este trabajo en el género⁴⁸⁷ ya que de la proporcionalidad nos hemos ocupado en profundidad en anteriores ocasiones⁴⁸⁸, sin perjuicio de que analicemos siquiera sea brevemente, por razones de espacio, la proporcionalidad de la pena de prisión prevista en este artículo 77 bis Ley de Psicotrópicos.

II. MUJERES Y PRISIÓN

En el Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI))⁴⁸⁹,

⁴⁸⁷ En cuanto al género, debemos tener presente que se trata de un concepto distinto al de sexo. Como afirma ALMEDA SAMARANCH, "Ejecución penal y mujer en España. Olvido, Castigo y Domesticidad", en *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, Madrid, 2007, p. 34, "Mientras que en la realidad el sexo es un componente biológico y una identidad física, el género está relacionado con variables sociales, culturales y también psicológicas". En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, de 11.05.2011, se define género como "los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres" (art. 3 letra c) Convenio).

⁴⁸⁸ AGUADO CORREA, *El principio constitucional de proporcionalidad*, San José, 2013, *passim*. Sobre el control de constitucionalidad del art. 58 Ley de Psicotrópicos realizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, cfr. pp. 465 y ss.

⁴⁸⁹ Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI)), p. 4. Cabe destacar que esta afirmación no aparece en texto definitivo de la Resolución del Parlamento europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros

se afirma: “La situación penitenciaria de las mujeres refleja la posición de éstas en la sociedad, puesto que son confinadas en un sistema diseñado, construido y gestionado fundamentalmente por hombres y para hombres”.

Ello es debido, en parte, al bajo porcentaje de la población penitenciaria femenina en relación con el porcentaje de la masculina, porcentaje que se erige en fuente de desigualdad, al ser las mujeres “remanentes de las prisiones de y para hombres”. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (2009), las mujeres representan sólo entre el 4 y 5 % de los presos, aun cuando su número se está incrementado de forma rápida⁴⁹⁰. Este incremento progresivo, el cual se debe en gran parte a una mayor severidad de las condenas y no a la comisión de más delitos⁴⁹¹, ha sido reconocido en las Reglas de Bangkok: “Conscientes de que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años”⁴⁹².

Este incremento progresivo es un fenómeno mundial que también ha afectado de forma particular a Costa Rica, como se deduce del estudio realizado por el ILANUD en el año 2001, titulado “Mujeres en Prisión en los países de América Central en el que se concluyó que Costa Rica era el país de Centro

penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar.

⁴⁹⁰ Según se desprende de las cifras disponibles cuando se redactó el Informe “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 17, apartado 47, esa proporción oscilaba entre el 2 y el 9%, con una media mundial que se situaría en torno al 4%.

⁴⁹¹ “El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación”, cit., A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 17, apartado 47.

⁴⁹² STUART VAN WORMER/BARTOLLAS, *Women and the Criminal Justice System*, 3ª ed., Boston, 2010, p. 126.

América que mayor porcentaje de mujeres privadas de libertad tenía en relación con el total de población penitenciaria⁴⁹³.

En Europa, el porcentaje de mujeres privadas de libertad se sitúa en torno al 4,5% y el 5% de la población penitenciaria total, variando de unos países a otros si bien España se sitúa a la cabeza⁴⁹⁴. Aun cuando es un número relativamente bajo en relación con la población penitenciaria masculina, el aumento de la misma ha tenido lugar en algunos países de una manera vertiginosa⁴⁹⁵, como sucedió en la década de los 90 en España⁴⁹⁶.

En el seno de las Naciones Unidas se han destacado en diversos contextos los requisitos que deben cumplirse para tratar la situación de las mujeres delincuentes. Así, en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre

⁴⁹³ Citado por Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, Expediente nº 17.980, 28.06.2102, p. 12.

⁴⁹⁴ En el Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, de 15 de febrero de 2008, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, p. 13, se señala que es Polonia el país europeo que menor porcentaje registra, con un 2,9%, frente al 7,8% de España. Este incremento de la población penitenciaria femenina no ha ido unido en España a un incremento de los recursos, ni al cambio de los sistemas penales y sociales para hacer frente a los procesos de integración social de estas mujeres. Antes al contrario, los cambios legislativos en materia penal y penitenciaria han provocado en los últimos años un endurecimiento del cumplimiento de las penas privativas de libertad: a través de la LO 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se endurecieron los requisitos de acceso al tercer grado y a la libertad condicional, además de haberse incluido en el Código Penal lo que se conoce como período de seguridad.

⁴⁹⁵ Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, de 15 de febrero de 2008, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, p. 13. En Inglaterra y Gales, entre los años 1992 y 2002, en tanto que la población carcelaria masculina se incrementó en un 50%, la femenina lo hizo en un 173%.

⁴⁹⁶ En el año 1995 se registró el porcentaje más alto de mujeres privadas de libertad en España al situarse en el 9,46%. La evolución de la población penitenciaria femenina en España desde el año 1990 hasta el año 2009 se puede consultar en SERRANO TÁRREGA, "La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad" *EPyCr* 2010, p. 541. Según el Informe General de Instituciones Penitenciarias de 2011, el porcentaje de mujeres privadas de libertad en el año 2010 fue del 8% reduciéndose al 7,6% en el año 2011.

Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, se aprobó una resolución sobre las necesidades específicas de las reclusas, en la que se recomendó que se reconocieran los problemas especiales de las reclusas y la necesidad de proporcionar los medios para solucionarlos, así como que en los países en los que aún no se hiciese, se ofreciera a las mujeres delincuentes los mismos programas y servicios utilizados como medidas sustitutivas del encarcelamiento para los hombres delincuentes. Igualmente se acordó que las Naciones Unidas, las organizaciones gubernamentales y las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por la Organización así como las demás organizaciones internacionales, prosiguieran realizando esfuerzos con el fin de asegurar que la mujer delincuente fuese tratada en forma equitativa y justa en el período de su detención, proceso, sentencia y encarcelamiento, prestándose una atención particular a los problemas especiales con que se enfrentarían las mujeres delincuentes, tales como el embarazo y el cuidado de los niños.

También se formularon algunas recomendaciones concretas relativas a las reclusas en los siguientes Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente. En concreto en el Séptimo Congreso, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre, se abordó el tratamiento equitativo de la mujer en el sistema de justicia penal.

En el Décimo Congreso se aprobó la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del Siglo XXI, los países miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a tener en cuenta y abordar toda repercusión dispar de los programas de los programas y políticas en hombres y mujeres (párrafo 11); al igual que a formular recomendaciones de política orientadas a la acción y basadas en las necesidades especiales de la mujer en su condición reclusa o delincuente (párrafo 12).

En la Resolución sobre “Los derechos humanos en la administración de justicia” (Resolución 58/183, de 22 de diciembre de 2003), la Asamblea General invitó a que se prestase mayor atención a las mujeres en prisión, incluyendo las

cuestiones relativas a los hijos, con el propósito de identificar los problemas fundamentales y las maneras de tratar de resolverlos. También en su Resolución 63/241, de 24 de diciembre de 2008, la Asamblea exhortó a los Estados a tener en cuenta los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres y, en particular, que promoviesen buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y el encarcelamiento de los padres.

La Asamblea General, en su Resolución 61/143, de 19 de diciembre de 2006, titulada “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”, instó a todos los Estados a que examinaran, y en su caso, revisaran, modificaran o derogaran todas las leyes, normas, políticas, prácticas y usos que discriminaran a la mujer o que tuvieran efectos discriminatorios en su contra, en particular respecto de las mujeres que necesitaban atención especial, como las mujeres reclusas en instituciones o detenidas. También instaron a los Estados a capacitar sobre igualdad de género y los derechos de la mujer, al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley y los jueces y fomentaran su capacidad. En esta resolución se reconoció que la violencia contra la mujer tiene repercusiones concretas para ella cuando entra en contacto el sistema de justicia penal, y afecta también a su derecho a no sufrir victimización en caso de reclusión.

En el 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, se aprobó el día 25 de abril de 2005, la conocida como Declaración de Bangkok, titulada “Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal”, en la que los Estados miembros se comprometieron a desarrollar y mantener instituciones de justicia penal justas y eficientes, lo que incluía el trato humano de todas las personas detenidas en centros de prisión preventiva y en establecimientos penitenciarios, de conformidad con las normas internacionales aplicables (párrafo 8). Además, recomendaron que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal

considerara la posibilidad de revisar la idoneidad de las reglas y normas en relación con la administración penitenciaria y los reclusos (párrafo 30).

Por último, en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador (Brasil) del 12 al 19 de abril de 2010, se aprobó la Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y su desarrollo posterior, en la que se recomendaba que la Comisión de prevención del Delito y de la Justicia Penal estudiara con carácter prioritario el proyecto de reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y las medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El marco normativo y de instrumentos internacionales en materia de ejecución penitenciaria es muy variado, pudiéndose destacar aquellos instrumentos normativos que establecen los estándares mínimos aplicables en un régimen penitenciario respetuoso con los derechos humanos; los relativos a la prohibición de cualquier trato inhumano y degradante; y los relacionados con factores de discriminación, como puede ser el género. También hay que tener en cuenta lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

De los instrumentos internacionales, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 3, 4 y 15).

El *soft law* de Naciones Unidas está integrado por una parte, por las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas principalmente con las medidas sustitutivas del encarcelamiento; por otra parte, por las reglas y normas en materia de

prevención del delito relacionadas con el tratamiento de los reclusos, en particular, las Reglas mínimas de la Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos de 1957, así como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)⁴⁹⁷, cuya necesidad ha sido justificada en los siguientes términos: “Al haber aumentado la población penal femenina en todo el mundo, ha adquirido importancia y urgencia la necesidad de aportar más claridad a las consideraciones que deben aplicarse al tratamiento de las reclusas”⁴⁹⁸.

Es evidente, como se reconoce expresamente en las Reglas de Bangkok, que no todas las reglas se pueden aplicar de la misma forma en todas partes dada la diversidad de situaciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas que se pueden dar en las diversas partes del mundo, pero sí deberían “estimular la disposición permanente a superar las dificultades prácticas para su aplicación, fundada en la certeza de que reflejan, en su conjunto, las aspiraciones generales que a juicio de las Naciones Unidas se orientan a cumplir el objetivo común de mejorar la situación de las reclusas, sus hijos y sus colectividades”⁴⁹⁹.

Las Reglas de Bangkok no sustituyen en modo alguno a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos ni tampoco a las Reglas de Tokio, las cuales se siguen aplicando a todos los reclusos y delincuentes sin discriminación. Las Reglas de Bangkok complementan las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas hace más de 50 años, pues si bien se aplican a todos los reclusos sin discriminación alguna debiendo tener en cuenta las necesidades y la situación concreta de todas las personas privadas de libertad, éstas no hacen suficiente hincapié en las necesidades especiales de las

⁴⁹⁷ A/RES/65/229.

⁴⁹⁸ Observación preliminar 1 de las Reglas de Bangkok.

⁴⁹⁹ Observación preliminar 11 de las Reglas de Bangkok.

mujeres⁵⁰⁰. También complementan las Reglas de Tokio y abarcan nuevos aspectos que no habían sido tenidos en cuenta hasta ahora. Nos encontramos ante Reglas que, al estar inspiradas en los principios contenidos en diversos tratados y declaraciones de las Naciones Unidas, son compatibles con las disposiciones del derecho internacional en vigor. Los destinatarios de estas Reglas de Bangkok son las autoridades penitenciarias y los organismos de justicia penal (incluidos los responsables de formular las políticas, legisladores, el ministerio público, el poder judicial y los servicios de libertad condicional), que se ocupan de la administración de las sanciones no privativas de libertad y las medidas basadas en la comunidad.

ANÁLISIS DEL ART. 77 BIS LEY DE PSICOTRÓPICOS: ESPECIFICIDAD DE GÉNERO Y PROPORCIONALIDAD

ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

En Costa Rica, al igual que sucede en España, la mayoría de las mujeres privadas de libertad están cumpliendo condena por delitos de tráfico de drogas. Según un estudio de campo realizado por la Defensa Pública en el Centro de Atención Institucional del Buen Pastor (abril 2012), de las 780 mujeres privadas de libertad que había internadas el día 20 de marzo de 2012, un 65% de ellas (511 mujeres) estaban privadas de libertad por delitos relacionados con drogas. De estas 511 mujeres, el 23,5%, es decir, 120 mujeres, estaban condenadas por el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios, porcentaje que fluctúa hasta el 31% según el flujo de ingresos y egresos⁵⁰¹.

A la vista de estas cifras y de la realidad que comparten estas mujeres privadas de libertad, no entendemos por qué la reforma limita su ámbito de

⁵⁰⁰ Observación preliminar 1 de las Reglas de Bangkok.

⁵⁰¹ Datos ofrecidos por Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, Expediente nº 17.980, 28.06.2102, p. 13.

aplicación a las mujeres sentenciadas por delitos de introducción de drogas a los centros penitenciarios y no al resto de la población penitenciaria femenina condenada por otros delitos de tráfico de drogas (venta de drogas a pequeña escala) e incluso por otros delitos. En realidad, esta reforma tan solo supone un primer paso en un camino aún muy largo por recorrer pues tan solo afecta a la mitad de la población penitenciaria sentenciada por tráfico de drogas. Si como reconoce la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico el “espíritu inicial” de esta reforma es conferirle “una mayor proporcionalidad a este tipo de delito que son cometidos por mujeres, al introducir pequeñas cantidades de drogas en un centro penitenciario”, el mismo espíritu debería tenerse en cuenta para reformar el tipo penal del art. 58 Ley de Psicotrópicos cuando sea cometido por mujeres en las que concurren las circunstancias previstas en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos. Incluso en el Dictamen afirmativo de mayoría, se reconoce esta necesidad: “El Estado costarricense debe cumplir con obligaciones internacionales que le exigen revisar la política criminal en torno a las mujeres que introducen drogas a los centros penales o venden drogas a pequeña escala. Existen compromisos internacionales que obligan al país a penalizar este tipo de conductas de manera diferenciada, que eviten la discriminación y el trato desigual en perjuicio de las mujeres” (el subrayado no es del original)⁵⁰².

FACTORES DE EXCLUSIÓN SOCIAL RELACIONADOS CON EL GÉNERO

Las mujeres reclusas y ex reclusas comparten situaciones y necesidades personales y sociales con las mujeres que no han delinquido⁵⁰³, y desde esta

⁵⁰² Dictamen de la mayoría, pp. 11 y 12.

⁵⁰³ Entre otras, monoparentalidad, situación en el mercado laboral, violencia doméstica, diferencias en el uso de las drogas y sus consecuencias, rol social que se espera de las mujeres, las diferencias en el apoyo social y familiar, responsabilidad que asumen, prostitución, etc. Cfr. RAMGAY citado por CRUELLES/IGAREDA, “Informe nacional de recomendaciones y propuestas políticas”, en *MIP Mujeres, integración y prisión*, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), p. 3.

perspectiva de género deberían diseñarse las actuaciones de los poderes públicos⁵⁰⁴. Son factores de una realidad y unas necesidades diferentes, en atención del género, que requieren unas respuestas desde esta perspectiva⁵⁰⁵. Las principales causas o fuentes de exclusión social vistas desde una perspectiva de género, son de tres tipos: económicas, culturales y políticas⁵⁰⁶.

Los cambios globales en el mercado, y la feminización de la pobreza a través de las desigualdades en los salarios así como la monoparentalidad de gran número de hogares, genera en la mayoría de los países una gran diferencia en los ingresos de las mujeres. Los grupos que se ven más afectados por estas desigualdades económicas son: las desempleadas, las mujeres que están al frente de hogares monoparentales, las enfermas físicas y psíquicas y las ex reclusas.

Estudios internacionales demuestran que una gran mayoría de las mujeres privadas de libertad ya sufría algún grado de exclusión social antes de su encarcelamiento⁵⁰⁷. El perfil de las mujeres encarceladas es similar en todas las partes del mundo. En su mayoría han crecido en entornos desfavorecidos de diversa índole. Suelen ser jóvenes, pobres, desempleadas, con bajo rendimiento escolar y carentes de competencias básicas. Muchas de ellas padecen problemas de salud mental, como depresión, ansiedad y poca autoestima, generalmente relacionados con los malos tratos y abusos sexuales sufridos

⁵⁰⁴ Sobre las políticas de género y exclusión social, vid. AGUADO CORREA, “Dimensión de género...”, *Mujeres en las cárceles*, cit., pp. 346 y ss.

⁵⁰⁵ CRUELLES/IGAREDA, “Informe nacional de recomendaciones y propuestas políticas”, en *MIP Mujeres, integración y prisión*, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), p. 3.

⁵⁰⁶ MIP, *Comparative Report*, 2005, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), pp. 6 y ss.

⁵⁰⁷ Cfr. Los estudios citados por el equipo de la Central European University, en “Comparative Report”, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), p. 7.

durante la infancia⁵⁰⁸. A estos factores de exclusión social se les une un factor adicional derivado de las características penales y procesales. Una carrera delictiva “temprana” implica un riesgo de exclusión social, teniendo la naturaleza selectiva del proceso penal consecuencias negativas para algunos grupos vulnerables, estando relacionadas en muchos países las causas del encarcelamiento con el tráfico y el consumo de drogas.

Aun cuando las prisiones no poseen la capacidad de integrar a los excluidos, tampoco pueden convertirse en obstáculos a la integración ni agudizar las situaciones de exclusión que padecen estas mujeres antes de ingresar en prisión. El período de privación de libertad debería respetar e integrar la planificación a largo plazo de los procesos de inserción de las mujeres, procesos que trascienden con creces este período.

Consciente de ello, en la Resolución 13 de marzo de 2008, el Parlamento europeo recuerda a los Estados que además de la represión de un acto ilícito, el papel de los centros penitenciarios debe ser, asimismo, la reinserción social y profesional teniendo en cuenta las situaciones de exclusión social y de pobreza que frecuentemente caracterizan al pasado de muchas de las personas recluidas⁵⁰⁹.

En las Reglas de Bangkok, se contempla la necesidad de que se prevean los recursos necesarios para elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes en las que se combinen medidas no privativas de libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal (Regla 60), por lo que no nos podemos conformar con reformar la Ley de Psicotrópicos sino que deberán adoptarse las medidas que permitan actuar sobre los factores que han

⁵⁰⁸“El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación”, cit., A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 18, apartado 48.

⁵⁰⁹ Resolución del Parlamento Europeo, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 51.

coadyuvado a la comisión del hecho delictivo. Y así lo reconoce la propia Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico cuando afirma que “es importante considerar que en el sistema judicial se está penalizando únicamente a la persona que intenta introducir la droga a los centros penales, más no observamos políticas integrales para prevenir el consumo de drogas dentro de las cárceles, que podría desestimular el tráfico”⁵¹⁰.

Entre otras intervenciones, a modo de ejemplo, en las Reglas se hace referencia a cursos terapéuticos y de orientación para las víctimas de violencia en el hogar y el maltrato sexual, tratamientos adecuados para aquellas que sufran discapacidad mental, así como a programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo, debiéndose tener presente en estos programas de servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer (Regla 60).

A continuación nos referiremos a los factores de exclusión social relacionados con el género contemplados en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos.

POBREZA

La primera condición contemplada en la letra a) del art. 77 bis Ley de Psicotrópicos tiene que ver con los factores de exclusión social relacionados con la escasez de recursos económicos, con la pobreza. Ello no nos debe extrañar ya que existe una estrecha relación entre los delitos que cometen las mujeres y sus situaciones económicas. En Costa Rica dos de cada cinco hogares en situación de pobreza tiene a una mujer⁵¹¹ como jefa de hogar, desprendiéndose

⁵¹⁰ Dictamen afirmativo de mayoría, p. 16.

⁵¹¹ Informe 10 del Estado de la Nación, citado por OROZCO ÁLVAREZ en el Proyecto de Ley, p. 3.

de los estudios de campo que el 67% de las mujeres cometieron el delito por necesidad económica⁵¹².

El hecho de disponer o tener oportunidad de obtener los recursos económicos mínimos que garanticen su sustento, se revela como un factor clave para la reinserción social de las mujeres⁵¹³ a la vez que permite evitar la reincidencia. Es patente que esta situación de pobreza empeora durante su encarcelamiento, con lo cual en vez de paliarse esta situación que en cierta medida contribuyó o fue un factor coadyuvante del ingreso en prisión, se agrava la misma. Las prisiones se convierten, en última instancia, en gestoras de la pobreza.

Durante el período de internamiento, la situación económica de estas mujeres se puede ver considerablemente afectada por las deudas que habían contraído en el exterior antes de ingresar en prisión, además de por las obligaciones económicas que pueden contraer al cometer el delito.

Una de las vías de obtención de recursos económicos es el trabajo, el cual, fuera de la prisión, constituye uno de los elementos clave para la inclusión social de las mujeres en la ciudadanía. Por ello, las actuaciones de las autoridades deben ir destinadas a paliar las carencias económicas que padecen estas mujeres en dos momentos: no sólo durante el tiempo que pasan en prisión y en el momento de su excarcelación⁵¹⁴, sino fundamentalmente anticipar su

⁵¹² Proyecto de Ley, p. 12.

⁵¹³ En la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 52, se relaciona expresamente el aumento del número de reclusas con el empeoramiento de las condiciones económicas de las mujeres.

⁵¹⁴ Por ello, en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 56, se "Pide a los Estados miembros que, en el marco destinado a facilitar la reinserción social y profesional, adopten todas las medidas necesarias para integrar en sus legislaciones nacionales normas que favorezcan la contratación profesional de las mujeres excarceladas, en particular las madres solas y las delincuentes menores de edad, tanto en el sector público como en el privado".

actuación y promover las políticas necesarias para paliarlos en los sectores sociales de los que provienen mayoritariamente estas mujeres.

JEFA DE HOGAR EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD⁵¹⁵

La mayor parte de las mujeres que han cometido el delito de introducción de drogas en centros penitenciarios son madres jefas de hogar, son el sostén económico de su casa al ser hogares normalmente monoparentales. El encarcelamiento de las madres es un factor que perturba en gran medida la vida familiar, pues en la mayoría de los casos los hijos viven con ellas. En concreto, del estudio de la Defensa Pública se deduce que el 95% de las mujeres privadas de libertad no tienen pareja pero el 97% de estas mujeres han reportado tener hijos.

La no limitación de la aplicación de lo dispuesto en este artículo 77 bis Ley de Psicotrópicos a las madres con hijos pequeños sino también a aquellas madres con hijos adolescentes, debe ser aplaudida. Y es que normalmente las legislaciones tan solo se ocupan de las madres con hijos de corta de edad, pero también las madres con hijos en edades comprendidas entre los 12 y 18 años necesitan ser objeto de atención en la política legislativa ya que en estas edades sufren grandes cambios no sólo físicos sino también psicológicos⁵¹⁶.

⁵¹⁵ En el Dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente especial, p. 6, se aclara que el “concepto de vulnerabilidad en el caso de las mujeres refiere a que por las condiciones de discriminación que viven están en mayor riesgo de ser lastimadas, de sufrir daño físico o emocional, de verse involucradas en hechos delictivos de esta naturaleza”

⁵¹⁶ En Andalucía (España), se puso en marcha en 2011 un “Proyecto de mediación familiar entre mujeres internas y sus familias”, cuyo objetivo es doble: prevenir el desarraigo, la delincuencia y la exclusión social de los menores y la integración socio-familiar de las mujeres que están en prisión.

TENGA BAJO SU CARGO PERSONAS MENORES DE EDAD, ADULTAS MAYORES O PERSONAS CON CUALQUIER TIPO DE DISCAPACIDAD QUE AMERITA LA DEPENDENCIA DE LA PERSONA QUE LA TIENE A SU CARGO

Las mujeres no solo suelen tener a su cargo los hijos menores, sino también el cuidado de personas mayores, enfermos, etc. Esta tarea no se realiza de forma compartida sino que la suelen asumir solas, según viene asignado por el rol tradicional de género, motivo por el cual es otro de los factores de exclusión social a tener en cuenta, puesto que se asumen en detrimento de otras actividades como pueden ser laborales, de ocio, etc.

La falta de apoyo institucional y de redes sociales, unida al carácter monoparental de las familias de la mayoría de las mujeres privadas de libertad, implica la necesidad de tener presente, a la hora de redactar las leyes y elaborar las políticas penitenciarias, no solo la maternidad sino también el cuidado de otras personas que pudieran tener a su cargo.

Consciente de esta necesidad, en la Sección dedicada a las medidas no privativas de libertad de las Reglas de Bangkok, la Asamblea General de Naciones Unidas, insta a los Estados miembros a contemplar en su respectivos ordenamiento jurídicos medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente además del historial de victimización de muchas de ellas, sus responsabilidades de cuidado de otras personas. También cabe destacar, la propuesta contemplada en la Regla 61 de Bangkok, sobre la previsión en los Código penales de la facultad de los Tribunales de examinar la concurrencia de “atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular”.

De los datos ofrecidos por el diputado Orozco Álvarez en su Proyecto de Ley, se desprende que el 70% de las mujeres privadas de libertad se hacían cargo antes de entrar en prisión de alguna otra persona, además de sus hijos

menores de edad, quedando todos ellos de alguna manera en una situación de desamparo tras su ingreso⁵¹⁷.

D) SEA UNA PERSONA ADULTA MAYOR EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

El 2,5% de las mujeres privadas de libertad condenadas por delito el delito de introducción de drogas en centros penitenciarios tiene más de 60 años y el 14% tiene 51 años en adelante⁵¹⁸, siendo un sector de la población penitenciaria especialmente vulnerable en razón de su edad y de las condiciones de sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios.

PROPORCIONALIDAD

Como hemos puesto de manifiesto en ocasiones anteriores⁵¹⁹, el principio de proporcionalidad en sentido estricto adquiere una especial relevancia en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, puesto que nos encontramos ante una prohibición de actuación redactada de una forma amplia. Esta técnica de tipificación implica que los tipos penales comprendan comportamientos que presentan una notable diferencia en relación con la clase y la intensidad del peligro que representa para el bien jurídico y con el contenido de injusto y de culpabilidad individual. En estos casos, el peligro para el bien jurídico colectivo puede revestir una intensidad tan insignificante -si atendemos a las propiedades y clase de droga, la cantidad encontrada, así como el resto de circunstancias relevantes en relación con el peligro-, que los motivos de prevención general que

⁵¹⁷ Proyecto de Ley p. 9.

⁵¹⁸ Proyecto de Ley, p. 8; Dictamen afirmativo de mayoría p. 14.

⁵¹⁹ Vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 466.

son los que justifican la amenaza con una sanción penal, perderían peso cediendo ante las necesidades de prevención especial⁵²⁰.

Además, el principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide en su efecto limitador de la pena con el principio de culpabilidad, de manera que la pena imponible a una determinada persona debe guardar una relación de proporcionalidad tanto con el grado de injusto como con el grado de culpabilidad individual, por lo que el legislador debería prever una solución para aquellos casos en los que la pena imponible al autor aparezca como desproporcionada si se atiende tanto a la insignificancia del injusto como del grado de culpabilidad y a las exigencias de prevención especial. Por ello, el legislador debe prever los mecanismos necesarios que permitan al Juez adoptar en cada caso, la pena proporcionada en concreto, es decir la pena adecuada al grado de injusto y a la culpabilidad individual del autor, así como acordar medidas alternativas a la pena de prisión e incluso, llegado el caso, declarar no punible el comportamiento cuando ello suponga una carga insostenible para el afectado⁵²¹.

La pena de prisión de 8 a 20 años con la que se sanciona la conducta de introducir droga en un establecimiento penitenciario es inconstitucional por desproporcionada en abstracto, en la medida que el límite mínimo es muy elevado y no permite individualizar la pena en atención al grado de injusto y de culpabilidad ni en atención a consideraciones de prevención especial. Y así se reconoce en el Dictamen afirmativo de mayoría, cuando señala que el art. 77 Ley de Psicotrópicos “no establece ninguna diferencia entre los sujetos que cometen cualquiera de los delitos contenidos en dicha ley, ni las circunstancias en que se cometieron tales delitos, sancionando por parejo con una pena de prisión de ocho a veinte años al sujeto culpable... Aquí es donde hay un problema de proporcionalidad y exceso de reproche, porque todas esas conductas tienen, en

⁵²⁰ AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 332.

⁵²¹ AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 334.

la actualidad, el mismo marco punitivo mínimo: ocho años de prisión, sin que el Juez Penal pueda valorar las diferentes circunstancias”⁵²².

La falta de proporcionalidad de la pena prevista en el art. 77 Ley de Psicotrópicos se soluciona tan solo de forma parcial a través de la inclusión del art. 77 bis Ley de Psicotrópicos, ya que su ámbito de aplicación se reduce a las mujeres que cometan el delito de introducción de drogas en un centro penal. La vulneración del principio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue constatando cuando el sujeto activo es un hombre dado el límite mínimo de la pena en abstracto tan elevado (8 años) y la falta de previsión de mecanismos que permitan atemperar la pena en atención al grado de injusto y de culpabilidad. En nuestra opinión, la pena prevista en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos propuesta por el diputado Orozco Álvarez, tanto para hombres como mujeres, pena de prisión de seis meses a tres años, se podía considerar una pena proporcionada en abstracto. No entendemos por qué durante la tramitación parlamentaria se ha modificado sin justificación alguna la pena de prisión inicialmente prevista, estableciéndose unos límites mínimo y máximo tan elevados (tres y ocho años de prisión, respectivamente) en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos.

Por otra parte, debemos destacar el carácter facultativo y no imperativo, como hubiese sido procedente, con el que está redactado el último párrafo del art. 77 bis Ley de Psicotrópicos: en virtud del mismo el Juez penal o el juez de ejecución de la pena “podrá” y no “deberá” disponer el cumplimiento de la pena de prisión en alguna modalidad alternativa. En nuestra opinión, una vez constatada la concurrencia de alguna de las condiciones enumeradas en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos, el Juez debería acordar con carácter obligatorio alguna de las medidas alternativas a la pena de prisión.

Por último, cabe destacar que si bien en el propio título del Proyecto de Ley se destaca que a través de la citada reforma se introduce la proporcionalidad

⁵²² Dictamen afirmativo de mayoría, pp. 10 y 11.

en la Ley de Psicotrópicos, realmente la introducción de la proporcionalidad solo afecta, y con carácter parcial como acabamos de ver, al delito de introducción de drogas en centro penitenciario previsto en el art. 77 b) Ley de Psicotrópicos y no como hubiese sido oportuno, al art. 58 de la Ley de Psicotrópicos cuya inconstitucionalidad ha sido denunciada de forma reiterada tanto por algunos Jueces y Magistrados como por un sector de la doctrina⁵²³. En este sentido, se han pronunciado los Magistrados ARMIJO SANCHO y CRUZ CASTRO, cuando afirman:

“La falta de proporcionalidad también aflora ante una escala punitiva mínima que no permite individualizar la pena ante actos en que el juicio de reproche es inferior a los ocho años y que no puede disminuir el juez al imponer la pena que correspondería por el hecho. Es evidente que el mínimo de la sanción prevista para el tipo delictivo no permite evaluar las circunstancias como la cantidad de la droga, las condiciones del sujeto pasivo y las circunstancias en que las ejecutó el sujeto pasivo, así como si se trata de una actividad nacional o internacional. Se tipifican demasiadas acciones con marco punitivo mínimo que no permite individualizar, conforme a las circunstancias del hecho, la sanción que le corresponde. El extremo menor del tipo penal impone un límite infranqueable que no permite individualizar la pena, conforme a su gravedad. Esta limitación demuestra que la sanción es desproporcional.

Un tipo penal que reprime una multiplicidad de actos relacionados con el cultivo, trasiego, comercialización y distribución de drogas, que define acciones de peligro abstracto, no puede prever una sanción mínima que no permite individualizar una variedad de actos cuya reprochabilidad y perjuicio al bien jurídico, es inferior a la pena mínima por el tipo penal cuestionado. La naturaleza del bien jurídico tutelado, en este caso, la salud individual y pública, presenta demasiados matices en la ejecución de las acciones que lesionan el bien jurídico tutelado, por esta razón no es admisible un extremo menor de la pena a imponer

⁵²³ Vid. sobre ello AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 466

que convierte la imposición judicial de la pena en una sanción desproporcionada” (Voto salvado, Sentencia No. 2011-11697 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011; voto salvado, Sentencia N° 2013-9841 de las 14:30 del 3 de julio de 2013).

En opinión de los Magistrados que salvan el voto, no solo se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad sino también el principio de culpabilidad, ya que “La desproporción que contiene la norma consultada, también lesiona el principio de culpabilidad por el hecho, según lo prevé el artículo treinta nueve de la Constitución, porque con un límite inferior tan alto, en muchos casos los jueces no pueden individualizar la pena que le corresponde al hecho, debiendo imponerse una sanción que excede la reprochabilidad de la acción y el perjuicio o puesta en peligro del bien jurídico”.

Para compatibilizar la pena prevista en este delito con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, no es suficiente, como considera la Sala Constitucional, el rango de 8 a 15 años establecido por el legislador para la individualización de la pena y el juicio de reproche. Y ello porque se parte de una pena desproporcionada en abstracto que impide al Juez determinar una pena proporcionada en concreto. Incluso en el Dictamen afirmativo de mayoría, de 26 de junio de 2012, se reconoce la desproporción de la pena prevista en el art. 58 Ley de Psicotrópicos en los siguientes términos:

“...No puede recibir el mismo reproche la venta de dos piedras de crack que hace una mujer en condiciones de pobreza (que debe ser sancionada, por supuesto, sin que su conducta esté justificada) respecto de la venta de varias toneladas de cocaína o heroína que hace una organización a nivel internacional. Es igualmente diferente la venta de drogas a consumidores adultos que a niños, mujeres embarazadas o en centros educativos; la que se efectúa en el mercado nacional respecto de la que se hace internacionalmente, por ejemplo.

Aquí es donde hay un problema de proporcionalidad y exceso de reproche, porque todas esas conductas tienen, en la actualidad, el mismo marco

punitivo ocho años de prisión, sin que el Juez Penal pueda valorar las diferentes circunstancias”⁵²⁴.

Llama la atención que en el Dictamen se acuda a este ejemplo (venta de dos piedras de crack) para justificar la reforma de la Ley de Psicotrópicos por razones de proporcionalidad, pues cuando el Tribunal de Casación Penal evacuó consulta judicial facultativa dictada un expediente que era causa por un delito de venta de drogas (venta de dos piedras de crack) seguida contra una mujer, denunciado la vulneración del principio de proporcionalidad, en concreto, la desproporción en abstracto de la pena de prisión de 8 a 15 años prevista en el art. 58 Ley de Psicotrópicos, la Sala Constitucional negó la vulneración del citado principio. Uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Casación Penal para fundamentar la falta de proporcionalidad de la sanción en relación con la conducta realizada tenía que ver con el grado de culpabilidad o reproche, señalando que “No mercería el mismo reproche la venta de dos piedras de crack que hace una mujer en condiciones de pobreza (que debe ser sancionada, sin que su conducta esté justificada) respecto de la venta de varios kilos de cocaína o heroína que hace una organización a nivel internacional...y todas esas conductas tienen en la actualidad el mismo marco punitivo mínimo: ocho años de prisión (ver artículos 58 y 77 de la referida Ley” (Voto salvado, Sentencia No. 2011-11697 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011).

Finalizamos nuestro trabajo reproduciendo las palabras con las que los magistrados ARMIJO SANCHO y CRUZ CASTRO concluyeron sus votos salvados: “No es casualidad que este exceso se aprecie en los delitos relacionados con la narcoactividad, porque en este tipo de ilícitos, predomina la alarma social y los extravíos de un derecho penal simbólico, desdibujándose las exigencias que la Constitución y el derecho penal liberal le imponen el poder represivo del Estado. El extremo menor de la pena prevista para el artículo cincuenta y ocho de la ley 7786, reformada por Ley número 8204, resulta

⁵²⁴ Dictamen afirmativo de mayoría, pp. 10 y 11.

desproporcionado, excediendo los límites constitucionales que regulan la actividad punitiva estatal” (Voto salvado, Sentencia No. 2011-11697 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011; voto salvado, Sentencia N° 2013-9841 de las 14:30 del 3 de julio de 2013).

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Y LAS REGLAS DE BRASILIA

Prof. Dr. Álvaro Burgos M.⁵²⁵

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

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Título I Marco Conceptual. 2.1 Capítulo I Marco Teórico: A. Acercamiento al concepto de acceso a la justicia. B. Qué se entiende como acceso a la justicia. C. Acceso a la justicia como derecho fundamental. D. Participación Estatal en el acceso a la justicia. 2.2. Capítulo II 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. A. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. 3. Título II Una mirada a la situación real del acceso a la justicia en Costa Rica desde una perspectiva de género. 3.1 Capítulo 1. A. Convenios Internacionales e informe de desarrollo mundial. B. Acceso material a la justicia. 3.2 Capítulo II. A. Alternativas para el mejoramiento del acceso a la justicia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN: Las 100 Reglas de Brasilia, son un muy importante instrumento internacional, y que particularmente el Poder Judicial de Costa Rica ha querido apoyar para la defensa de los derechos fundamentales de las personas en estado de vulnerabilidad.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Poder Judicial, vulnerabilidad.

⁵²⁵ Dr. en Derecho Penal y Criminología, Máster en Sociología Jurídico Penal, Máster en Criminología, Máster en Psicología Forense, Especialista y Magister en Ciencias Penales. Catedrático de la Facultad de Derecho de la UCR; Juez Penal de Juicio del II Circuito Judicial de San José

ABSTRACT: The 100 Rules of Brasilia are a very important international instrument that has being particularly supported by the Judicial Power of Costa Rica for the defense of the human rights of the people that are in a stage of vulnerability.

KEYWORDS: Human Rights, Judicial Power, vulnerability.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 13 de septiembre de 2013.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad realizar un estudio acerca de la situación actual que presentan los grupos en condición de vulnerabilidad en cuanto al efectivo acceso que tienen a la justicia, pues a pesar de que este es un derecho humano y de rango constitucional reconocido en nuestro país, no son pocos los casos en que el pertenecer a uno de estos grupos genera una desatención por parte del Estado y la administración de justicia.

Ya lo dice el Dr. Carlos Tiffer: “Más grave aún que el problema de la inseguridad ciudadana –que está claro no es un asunto de percepción– resulta el tema del verdadero acceso a la justicia. La relevancia del acceso a la justicia es tal que está directamente relacionado con el desarrollo y consolidación del Estado democrático.”⁵²⁶

En un sentido similar se pronuncia el Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia al manifestar que “El acceso a la justicia constituye un área

⁵²⁶ Tiffer Sotomayor Carlos, “El Acceso a la Justicia”, artículo publicado en el periódico La Nación. Sección de Opinión 24 de abril del 2010 página 15. Recuperado de <http://www.nacion.com>

de políticas públicas en materia de justicia que ha sido relegada y marginada respecto a otras áreas de reforma judiciales. Diversos factores contribuyen a incentivar un tratamiento específico de la temática: una visión de la justicia como servicio público, en el marco de un enfoque de derechos que garantice un adecuado cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, especialmente de aquellos que están en situación de mayor vulnerabilidad...⁵²⁷

Debido a la importancia que reviste el tema del acceso a la justicia, este trabajo tratará en primera instancia de acercarnos a los términos conceptuales que definen el acceso a la justicia, seguidamente se hace un análisis de la participación del Estado en este ámbito, ya sea brindando garantías desde la esfera constitucional, e implementando políticas públicas tendientes a mejorar los servicios desde la esfera administrativa.

Posteriormente se realiza un análisis de instrumentos internacionales en los que se consagra el derecho que tienen los seres humanos de acceder a la justicia en igualdad de condiciones; asimismo se identifican cuáles son las poblaciones que se ven mayormente afectadas por la falta de acceso a los mecanismos jurisdiccionales, y que se ven segregados por cuestiones raciales, etarias y de género, entre otras.

Esperamos que el trabajo sea del agrado del lector y que logre hacer un aporte suficiente en el estudio de esta temática que resulta de vital importancia en la construcción y consolidación de un Estado Social de Derecho como pretende ser el costarricense.

TITULO I

⁵²⁷ Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia. Formato Adobe Reader. Recuperado de http://www.piaje.org/EN/Docs/COMJIBDocs/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA_ES_definitivo.pdf

MARCO CONCEPTUAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA

CAPITULO I: MARCO TEORICO

1. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE ACCESO A LA JUSTICIA

A lo largo de la historia se han construido muchos conceptos relativos a la justicia, la mayoría de ellos tienen un enfoque y dirección similar, ahora bien es pertinente a los fines de este trabajo conocer algunas de estas definiciones:

- “Cualidad o virtud de proceder o juzgar respetando la verdad y de poner en práctica el derecho que asiste a toda persona a que se respeten sus derechos, que le sea reconocido lo que le corresponde o las consecuencias de su comportamiento”.⁵²⁸
- En el Diccionario de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición, se nos ofrecen múltiples acepciones de la palabra justicia⁵²⁹:
 1. f. Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece.
 2. f. Derecho, razón, equidad.
 3. f. Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene.
 4. f. Aquello que debe hacerse según derecho o razón. Pido justicia.
 5. f. Pena o castigo público.
 6. f. Poder judicial.

⁵²⁸ Concepto de justicia según the free dictionary, recuperado de <http://es.thefreedictionary.com/justicia>

⁵²⁹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, texto recuperado de <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltObtenerHtml?LEMA=justicia&SUPIND=0&CAREXT=10000&NEDIC=No>

7. f. Rel. Atributo de Dios por el cual ordena todas las cosas en número, peso o medida. Ordinariamente se entiende por la divina disposición con que castiga o premia, según merece cada uno.

Ahora bien, debemos definir el concepto de acceso, para así poder relacionar esta palabra con la palabra justicia, de un modo que sea correcto y sirva para encausar esta investigación del modo deseado. Conozcamos algunas de las definiciones que se nos dan de la palabra acceso en diversas fuentes conceptuales:

- Llegada o acercamiento a algo⁵³⁰.
- Entrada o paso.
- Posibilidad de llegar a algo o a alguien.

Una vez que se ha definido los conceptos que componen la frase acceso a la justicia, se puede precisar el contenido que surge al hacer dicha combinación de palabras, y es que para los fines de esta investigación es necesario definir el contenido de la frase, siendo que es de este modo en que se puede determinar los límites y alcances del concepto, que a su vez ayudará a delimitar el horizonte de la investigación.

QUÉ SE ENTIENDE COMO ACCESO A LA JUSTICIA

Se debe entender acceso a la justicia, como el derecho de rango constitucional y reconocido en tratados internacionales, que tiene todo ser humano para llegar a obtener por los medios establecidos en un estado de Derecho aquello que le corresponde o pertenece, ya sea de manera activa en

⁵³⁰ Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe, recuperado de <http://www.wordreference.com/definicion/acceso>

virtud de una conducta desplegada, o de modo pasivo a raíz de un daño que se le ha causado y del cual debe encontrar reparo.

ACCESO A LA JUSTICIA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Como se dijo en el apartado anterior, el acceso a la justicia es un derecho que tienen todos los seres humanos, el cual se ha consagrado en las Constituciones Políticas de la mayoría de los países, así como en diferentes instrumentos de carácter internacional.

Al respecto podemos citar el artículo 41 de la Constitución Política costarricense, el cual reza:

“ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”⁵³¹.

En un sentido similar al de la Constitución Política de nuestro país, se puede citar lo dispuesto en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

“Artículo 8 DUDH. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales

⁵³¹ Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 41. Recuperado de <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>

*reconocidos por la constitución o por la ley*⁵³².

Se puede considerar que las características que exhibe el acceso a la justicia en la Constitución son las mismas que tiene cualquier otro proceso jurisdiccional, es decir, aquel en el cual se utilizan los servicios de los tribunales de justicia⁵³³:

- Un juez que pertenece a un órgano exclusivo e independiente.
- Que exista una garantía del acceso a todas las personas sin discriminación de ningún tipo.
- Que los procesos respeten las garantías fundamentales.
- Que las resoluciones dictadas tengan eficacia forma y material.
- Que exista la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales.

PARTICIPACIÓN ESTATAL EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Si bien es cierto como ya se dijo, el acceso a la justicia es un derecho consagrado en nuestra Constitución Política, la forma en que se hace efectivo ese derecho es mediante la participación del Estado, ya sea por medio de sus instituciones o bien en un proceso jurisdiccional bajo la tutela y garantías que ofrecen Los Tribunales de Justicia, los cuales están a disposición del ciudadano para ejercer su derecho de acción y dirimir los conflictos.

⁵³² Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, recuperado de <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh.pdf>

⁵³³ Rodríguez Esquivel Carolina, ACCESO A LA JUSTICIA, HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA EFECTIVA DE LOS DERECHOS, Trabajo Final de Graduación. Universidad De Costa Rica, Facultad de Derecho, Área de Investigación. 2007.

Las formas en que el Estado instrumentaliza el Acceso a la Justicia, se hacen visibles en la propia Constitución Política, que en su artículo 140, inciso 8, le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”.

Así mismo el Código Procesal Contencioso Administrativo dispone en su artículo 1.-:

“1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa...”⁵³⁴

Por su parte la Ley de la Jurisdicción Constitucional en su artículo 1 dice que el objetivo de la jurisdicción constitucional es:

“...garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional y Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”⁵³⁵.

⁵³⁴ Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley nº 8508, publicada en la gaceta nº 120 del 22 de junio del 2006. Publicaciones Jurídicas, enero 2008.

⁵³⁵ Ley de la Jurisdicción Constitucional, Investigaciones Jurídicas S.A., v edición, San José Costa Rica, IJSA. 1996.

En cuanto a la implementación del derecho de acceso a la justicia que hace el Estado, es de fundamental importancia citar lo que establece la Ley General de la Administración Pública en cuanto a los principios que rigen el servicio público:

“Artículo 4.-La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a

los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”

A propósito de los principios que establece la Ley General de la Administración Pública, resulta necesario profundizar en dos de ellos:

- Principio de igualdad: en cuanto al principio de igualdad, este es un derecho de rango constitucional, en tanto la Constitución Política de Costa Rica establece en su artículo 33 que Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.
- Principio de Celeridad: en el caso del principio de celeridad, también lo podemos encontrar en la Constitución política de nuestro país la cual en su artículo 27 dispone que se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución; en un mismo sentido el Código procesal Penal costarricense establece en su artículo 4 **Justicia pronta**, que “toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable”⁵³⁶.

⁵³⁶ Código Procesal Penal, Ley N° 7594, edición actualizada. Publicaciones Jurídicas. Junio 2006.

CAPÍTULO II

100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Las Reglas de Brasilia es un documento suscrito en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, y son reglas básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables, las cuales deben ser instrumentalizadas por los estados suscriptores dentro de sus sistemas de administración de justicia.

Con estas reglas se busca desarrollar los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002); las Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Para delimitar el ámbito de acción de las reglas de Brasilia, el documento brinda un concepto sobre lo que se debe entender por personas en estado de vulnerabilidad.

1.- CONCEPTO DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE VULNERABILIDAD⁵³⁷

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales,

⁵³⁷ 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

A propósito de lo que señalan las Reglas de Brasilia en cuanto a grupos en condición de vulnerabilidad, uno de los factores más importantes que generan dicha condición es la discriminación por cuestiones de género, al respecto resulta de suma importancia rescatar las precisiones conceptuales que hizo la magistrada Zarela Villanueva en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia⁵³⁸.

1. Igualdad de género: Es la valoración igualitaria de las similitudes y las diferencias entre la mujer y el hombre y de los diferentes roles que ellos juegan.
2. Equidad de género: Es el proceso de hacer justicia al hombre y a la mujer. Para asegurar esa justicia puede ser necesario implantar medidas que permitan compensar las desventajas históricas y sociales que impiden al

⁵³⁸ Villanueva Monge, Zarela. Ponencia "Acceso de Justicia a las Mujeres", VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. Cancún, México. 2002

hombre y la mujer actuar en igualdad de condiciones.

3. Integración transversal de la perspectiva de género: Se logra a través de un proceso de evaluación de las implicaciones para mujeres y hombres de cualquier acción planeada, incluyendo políticas o programas, en cualquier área y a todo nivel. Este proceso convierte las preocupaciones y las experiencias de mujeres y hombres en una dimensión integral en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas, en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que éstos se beneficien igual y equitativamente y por ende, se evite la perpetuación de las injusticias y desigualdades.

TITULO II

UNA MIRADA A LA SITUACIÓN REAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN COSTA RICA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

CAPITULO I

CONVENIOS INTERACIONALES E INFORME DE DESARROLLO MUNDIAL

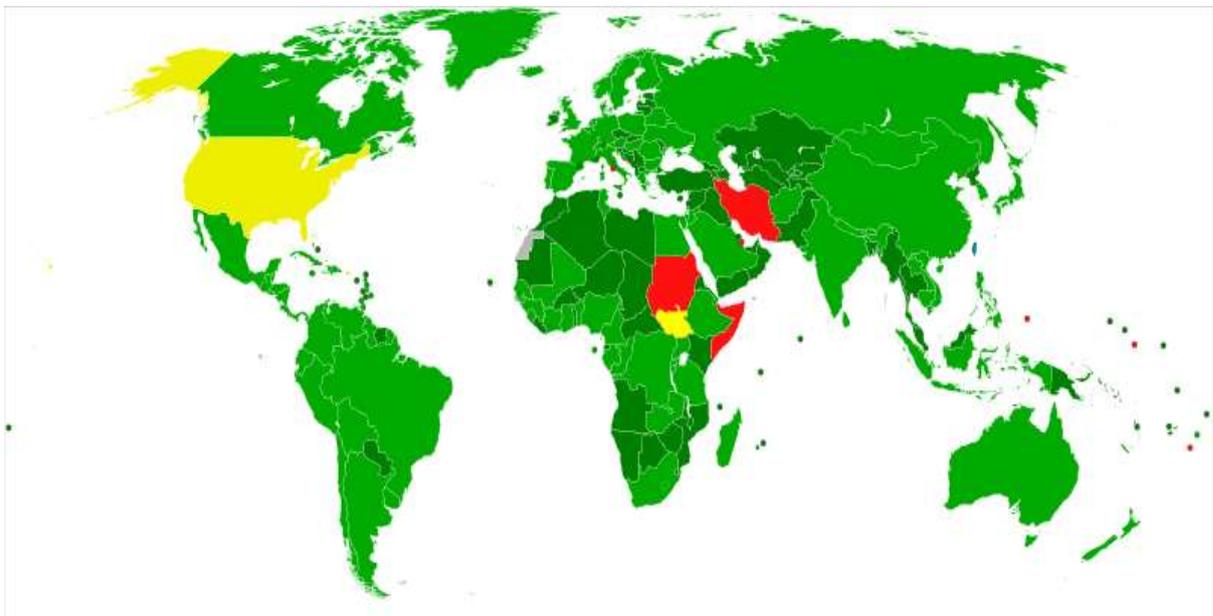
A nivel internacional se cuenta con dos instrumentos de suma importancia: de las Naciones Unidas la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW); y desde de la OEA la CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER también conocida como “Convención de Belem do Pará”.

Como antecedentes de la primera convención tenemos cuatro Conferencias Mundiales de la Mujer (2010, LEDA MARENCO MARIOCHI): La primera en México, en 1975, cuyos tres objetivos fueron definidos por la Asamblea General de la ONU de la siguiente forma: “La igualdad plena de

género y la eliminación de la discriminación por motivos de género; la integración y plena participación de la mujer en el desarrollo; una contribución cada vez mayor de la mujer al fortalecimiento de la paz mundial”. La segunda en Copenhague, en 1980, en la que se acordó un plan de acción con elementos que incluían la necesidad de que los Estados hicieran lo propio para fomentar la participación adecuada del hombre en el mejoramiento del papel de la mujer en la sociedad; la voluntad política, la investigación y reconocimiento del valor de las contribuciones de la mujer a la sociedad; la importancia de fomentar la participación de las mujeres en la toma de decisiones, ampliar los servicios y el acceso a los recursos para el trabajo y el cuidado de la infancia, y la sensibilización entre las propias mujeres respecto de las oportunidades disponibles. La tercera en Nairobi, en 1985, en la cual se realizó un balance del llamado primer decenio de las mujeres. Fue de suma relevancia para el reconocimiento a escala mundial del movimiento de mujeres y el feminismo. Allí participaron paralelamente unas 15 000 mujeres en el Foro de Organizaciones no Gubernamentales. La cuarta en Beijing, en 1995, en la que los Estados adoptaron por consenso la “Plataforma de Acción”, la cual reúne una serie de medidas que deben realizarse en un período de quince años, para que la meta de la igualdad, el desarrollo y la paz se logre. Se identificaron doce esferas de especial atención. Cabe mencionar también la promulgación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 1999)

Es aprobada el 18 de diciembre de 1979, tiene como objetivo la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados que la ratifiquen a transformar su legislación en este sentido. En su artículo primero define la discriminación como *“Cualquier distinción, exclusión o restricción hecha en base al sexo que tenga el efecto o propósito de disminuir o nulificar el reconocimiento, goce y ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas*

política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera". Así como también, establece un programa de acción para llevar a cabo su objetivo: los Estados ratificantes del Convenio tienen la obligación de establecer la igualdad de género en su legislación nacional, derogar aquellas disposiciones discriminatorias, y crear nuevas leyes o mecanismos para proteger contra la discriminación contra la mujer, y establecer tribunales en las instituciones públicas para garantizar a las mujeres una protección eficaz contra la discriminación, y procurar que tal discriminación practicada por personas, organizaciones y empresas sea erradicada.



- Firmado y ratificado
- Adherido
- Estado no reconocido que apoya el tratado
- Sólo firmado
- No firmado

Fecha 2008-08-17 02:18 (UTC)

Fuente:

http://commons.wikimedia.org/wiki/File:CEDAW_Participation.svg?uselang=es

(ver anexo sobre países ratificantes para el 2012).

Cuadro n.º 2: Suscripción y ratificación de la CEDAW y su Protocolo Facultativo en los países de América Central (2010)

Países	CEDAW		Protocolo Facultativo		Ratificación
	Firma	Ratificación	Firma	Ratificación	
Costa Rica	17 de julio de 1980	4 de abril de 1986	10 de diciembre de 1999	20 de setiembre de 2001	
El Salvador	14 de noviembre de 1980	19 de agosto de 1981	4 de abril de 2001	--	
Guatemala	8 de junio de 1981	12 de agosto de 1982	7 de setiembre de 2000	9 de mayo de 2002	
Honduras	11 de junio de 1980	3 de marzo de 1983	--	--	
Nicaragua	17 de julio de 1980	27 de octubre de 1981	--	--	
Panamá	26 de junio de 1980	29 de setiembre de 1981	9 de junio de 2000	9 de mayo de 2001	

Fuente: Elaboración propia a partir de: Camacho, R. (2003). *Acerca de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres*. San José: IIDH.

Algunos mecanismos complementarios a esta convención son (2010, LEDA MARENCO MARIOCHI):

- **Conferencia Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992):** establece que la preservación y gestión de los recursos naturales se verá enriquecida con la plena participación de las mujeres y el aporte de sus conocimientos y experiencias.
- **La Declaración de Copenhague (1995):** plantea la igualdad de género como factor imprescindible si se quiere hablar de desarrollo social.
- **La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, reconoce la necesidad urgente de que todos los derechos e instrumentos internacionales se apliquen considerando la igualdad de género y otras diversidades. En esa Declaración se manifiesta la convicción de que la aplicación de la CEDAW contribuiría a eliminar la violencia contra las mujeres.
- **En la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos** (Viena, 1993) se reconoce en la agenda y las actividades globales de las Naciones Unidas la violencia contra las mujeres, así como otras cuestiones relacionadas con los derechos humanos de las mujeres. Por primera vez se reconoce que actos ocurridos en el espacio privado pueden originar responsabilidad estatal.
- **Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 1999).**
- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (2004):** la cual se explicara más adelante.

- **Cumbre del Milenio (2000).** Suscribieron la Declaración del Milenio 189 países, quienes se comprometieron a impulsar el desarrollo, erradicar la pobreza, promover la dignidad humana y la igualdad, y alcanzar la paz y la sostenibilidad ambiental. Se proclamaron ocho objetivos de desarrollo y dieciocho metas concretas que deberían cumplirse, la mayoría, en el año 2015 o antes.
- **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.** Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.
- **Declaración de Roma de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (1996).** Plantea que las mujeres ocupan un papel esencial para garantizar la seguridad alimentaria y en ese tanto, se debe garantizar su acceso al empleo y a los recursos productivos.
- **Plan de Acción para la Equidad de Género 2007–2013 (FAO 2007).** Definió como uno de sus objetivos estratégicos promover la igualdad en materia de oportunidades de empleo y medios de vida en las zonas rurales.

Esta convención tiene en su articulado estos principios rectores⁵³⁹:

⁵³⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2010). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW): avances para las mujeres en zonas rurales e indígenas*. San José, Costa Rica : IIDH.

1) Principio de igualdad y no discriminación: se refiere tanto a la igualdad formal ante la ley o *de jure*, como también a la igualdad sustantiva, de los hechos o resultados (arts. 1 y 2): "... la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción; ello alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se pueden presentar, a veces hasta en forma de 'derechos' o 'protección'". La **no discriminación** se refiere a la igualdad ante cualesquier manifestación o distinción de raza, etnia, clase social u otros elementos que puedan derivar, en sus usos o resultados, en aplicaciones discriminatorias que incluyen trato diferenciado, omisión o exclusión.

2) Principio de la responsabilidad estatal: al ratificar la Convención, el Estado adquiere la obligatoriedad y la responsabilidad con las mujeres que le exige el derecho internacional. La obligatoriedad de atender el principio de no discriminación se extiende a las esferas pública y privada. Implica respetar, proteger y garantizar el cumplimiento de sus derechos como humana y la no discriminación en razón de género u otra forma distintiva de la diversidad (art. 3)5.

3) La necesidad de aplicar acciones afirmativas para promover la igualdad real, es decir, implementar acciones que equilibren las diferencias de poder en el acceso a las oportunidades y los recursos entre mujeres y hombres. Por ejemplo, las cuotas de participación política que se han establecido mediante leyes en países del istmo centroamericano como Costa Rica (art. 4).

4) Promoción de cambios en la cultura, tradiciones, costumbres propias de los países, con el fin de romper con prejuicios y estereotipos acerca de lo femenino y lo masculino y del deber ser de hombres y mujeres. Por ejemplo, los roles que establece la división sexual del trabajo en la sociedad y en la familia, e impulsar las responsabilidades compartidas en torno a la maternidad y a la paternidad (art. 5).

5) Legislar para la eliminación de todas las formas de maltrato contra las mujeres, incluyendo la prostitución femenina y todas las formas de explotación sexual, sin distinción de edad (art. 6).

6) Crear las condiciones para el ejercicio pleno de la ciudadanía y la participación política de las mujeres, de manera que se consideren las desigualdades históricas de poder y se introduzcan cambios en los mecanismos políticos y legales que tradicionalmente han sido ocupados por hombres, tanto en el ámbito nacional como internacional (art. 76 y art. 8).

7) Derecho a adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad en cualquier caso de matrimonio, tenencia de hijos e hijas y transmisión a su descendencia, y que esta le permita ejercer los derechos ciudadanos dondequiera que se encuentre (art. 97).

8) Derecho a la educación y a todos los recursos y oportunidades de aprendizaje en cualesquier área del conocimiento que desee. La educación es una herramienta de incalculable valor para la superación de la discriminación hacia las mujeres y para impulsar el cambio cultural (art. 10).

9) Derecho al empleo en igualdad de oportunidades. Implica no solo el acceso al trabajo sino el ejercicio de este en iguales condiciones de remuneración, valor y reconocimiento social y a empleo de calidad. También, la incidencia de los Estados en otras esferas como el cambio cultural acerca de la maternidad y la atención de la infancia como una responsabilidad social, no solamente femenina (art. 118).

10) Derecho a la salud, en particular salud sexual y la salud reproductiva, en tanto el cuerpo de las mujeres ha sido un campo de debate histórico. En ese contexto, la toma de decisiones de las mujeres acerca de la planificación familiar

constituye un ejemplo relevante con miras a la no discriminación hacia estas (art. 129).

11) Derechos económicos y sociales de las mujeres, en relación con el acceso a recursos productivos, prestaciones familiares del Estado para la crianza de sus hijas e hijos, así como el derecho a actividades de recreación, deporte y cultura, espacios estos últimos en los que las mujeres, históricamente, no han sido las protagonistas (art. 13).

12) Derechos específicos para las mujeres rurales, considerando sus condiciones históricas de mayor aislamiento, invisibilidad de su aporte y discriminación en distintos aspectos de la vida social, cultural y económica, así como los obstáculos que enfrentan para el acceso a la propiedad de la tierra y el aprovechamiento y decisión sobre los recursos productivos (art.14).

13) El reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres garantiza la capacidad jurídica de las mujeres en cuanto sujetas firmantes y administradoras de bienes, sin requerimiento de representación por terceros (art. 15).

14) La igualdad en la familia y en el matrimonio se refiere a los derechos de decidir libremente sobre su apellido, sus bienes, su trabajo, la administración de sus recursos y su vida sexual. Implica muchas rupturas en relación con la división sexual del trabajo y las funciones y responsabilidades de hombres y mujeres en las familias. En este aspecto ha sido significativo el reconocimiento de la violación sexual en el matrimonio como una expresión grave de la violencia intrafamiliar¹⁰ (art.16).

15) Disposiciones generales para el seguimiento y la rendición de cuentas así como para la aplicación de las recomendaciones que el Comité de la CEDAW proponga (arts. 17-23).

Como ejemplo del cambio implementado en Costa Rica en materia de discriminación por el género tenemos la sentencia de la Sala Tercera n.º 600 de las 9:20 hrs. del 22 de diciembre de 1994, la cual señaló: “La Sala no puede, ni siquiera por asomo, compartir el criterio esgrimido por el recurrente. El matrimonio no es un acto que dé a ninguno de los contrayentes facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que el vínculo matrimonial implique la enajenación de las libertades inherente a la condición de ser humano. Concebir que por haber contraído matrimonio uno de los cónyuges, habitualmente la mujer, pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, propia de una actitud cosificante, en la cual el cónyuge en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). Si bien es cierto a través del matrimonio se adquieren derechos y obligaciones hacia el otro contrayente, esencialmente respeto, ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor. Si es que alguno de los contrayentes irrespeta o desatiende derechos de los que el otro es titular, deberá éste recurrir a las vías que al efecto prevé el ordenamiento de familia a fin de poner término a la desavenencia o bien la relación, si es que así cabe y lo desea; pero no por aquello una acción suya tipificada por el Derecho Penal se verá justificada.”

Como hemos visto esta convención es de suma importancia, así mismo, tenemos la Convención de Belem do Pará.

Este instrumento constituye⁵⁴⁰ el marco legal regional más avanzado en lo que se refiere especialmente a la problemática de la violencia contra la mujer. Son Estados parte de la convención: Antigua y Barbuda; Argentina; Bahamas;

⁵⁴⁰ Secretaría Técnica de Género del Poder Judicial (2004).

Barbados; Belize; Bolivia; Brasil; Colombia; Costa Rica; Chile; Dominica; Ecuador; El Salvador; Grenada; Guatemala; Guyana; Haití; Honduras; México; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; San Kitts y Nevis; San Vicente y las Grenadinas; Santa Lucía; Suriname; Trinidad y Tobago; Uruguay; Venezuela.

De acuerdo a esta convención la violencia se define de la siguiente manera: Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

El ámbito de aplicación de ésta es⁵⁴¹ toda manifestación de violencia física, sexual o psicológica contra la mujer:

- a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar
- c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

⁵⁴¹ Secretaria Técnica de Género del Poder Judicial.

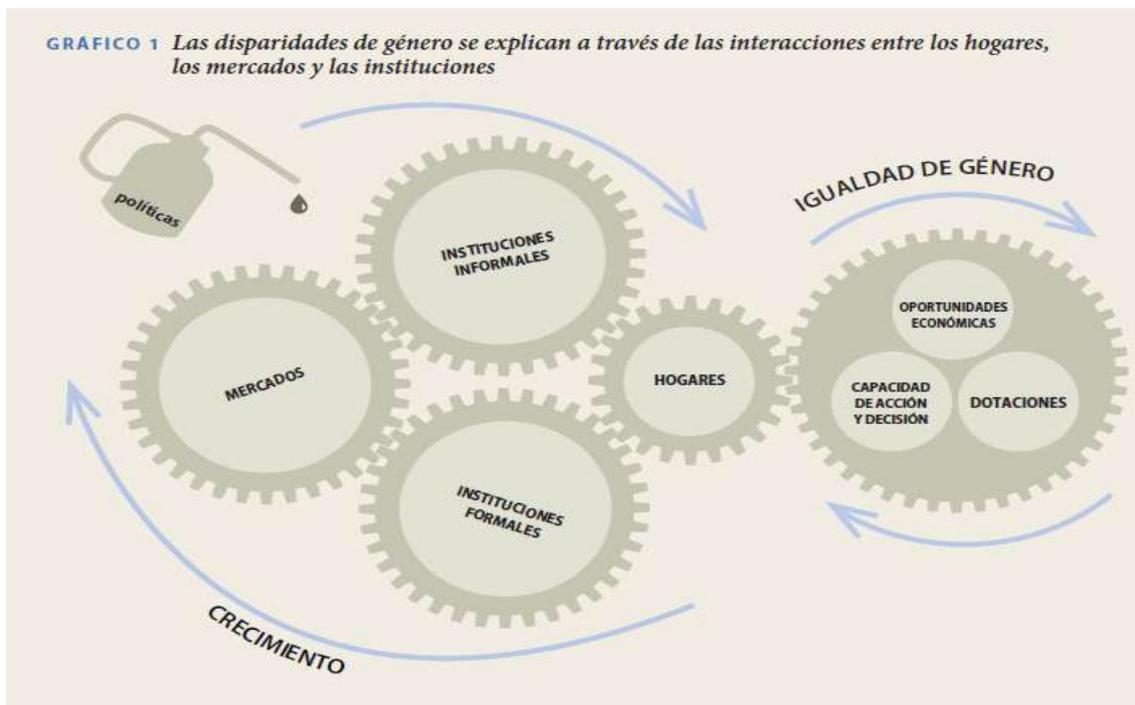
Los derechos protegidos por la convención son: Derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3o.), lo que incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (art. 6o.). Derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, los cuales comprenden, entre otros, el derecho: a que se respete su vida; su integridad física, psíquica y moral; a la libertad y a la seguridad personales; a no ser sometida a torturas; a la dignidad inherente a su persona y la protección de su familia; a igualdad de protección ante la ley y de la ley; a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes; a libertad de asociación; a la libertad de profesar la religión y las creencias propias; a igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones (art. 4o., alíneas a-j). Derecho a ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos (art. 5o.).

Los deberes de los Estados parte son artículo 7:

- a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer por sus autoridades, funcionarios, personal, agentes e instituciones.
- b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.
- c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas o de otra naturaleza para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
- d) adoptar medidas jurídicas para que el agresor se abstenga de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad

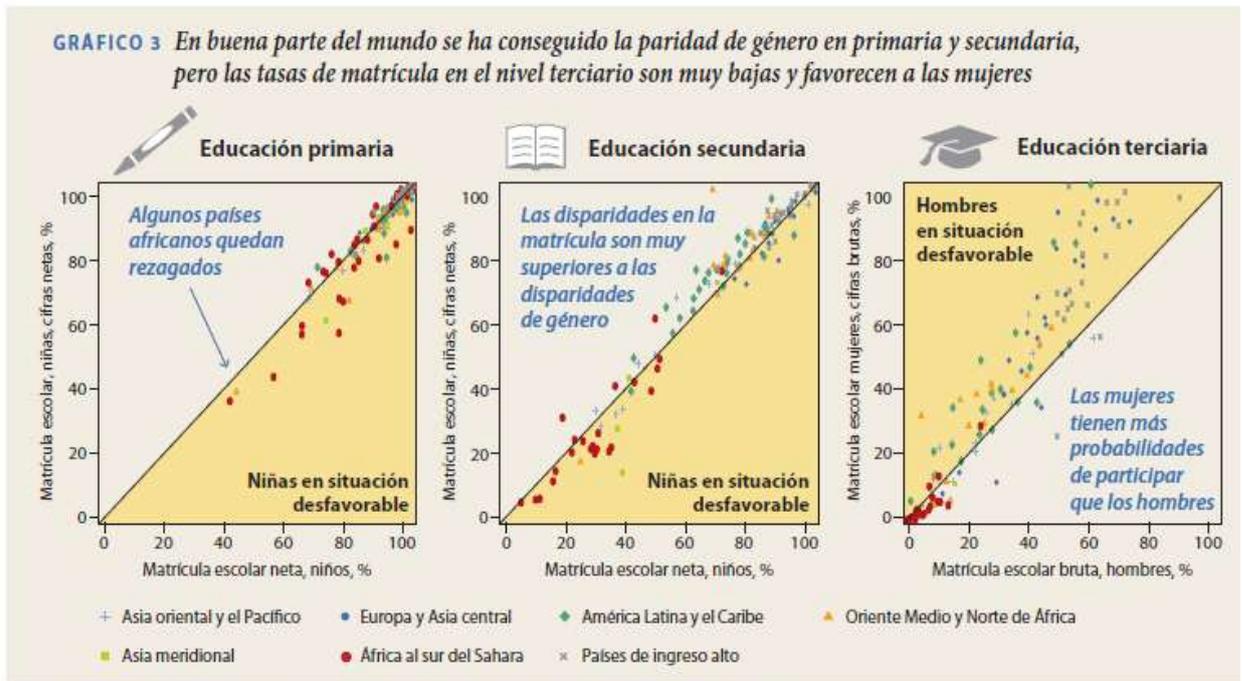
- e) abolir leyes y reglamentos vigentes, y modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.
- f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer sometida a violencia, que incluyan medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.
- g) establecer mecanismos judiciales y administrativos para asegurar que la mujer tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.
- h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Actualmente contamos con el más reciente Informe sobre el Desarrollo Mundial (2012): Igualdad de Género y Desarrollo del Banco Mundial, en él se encuentra la situación actual de las disparidades en materia de género. En este informe nos encontramos con una breve pero buena explicación del origen de las disparidades de género en el siguiente recuadro:



Fuente: Informe sobre el Desarrollo: Igualdad de Género y Desarrollo.

Un ejemplo del cambio que se está viviendo en materia de género es la diferencia en la cantidad de mujeres y hombres que se matriculan y se gradúan a nivel universitario:



Fuente: Estimaciones realizadas por el equipo del IDM 2012 sobre la base de los Indicadores del desarrollo mundial.

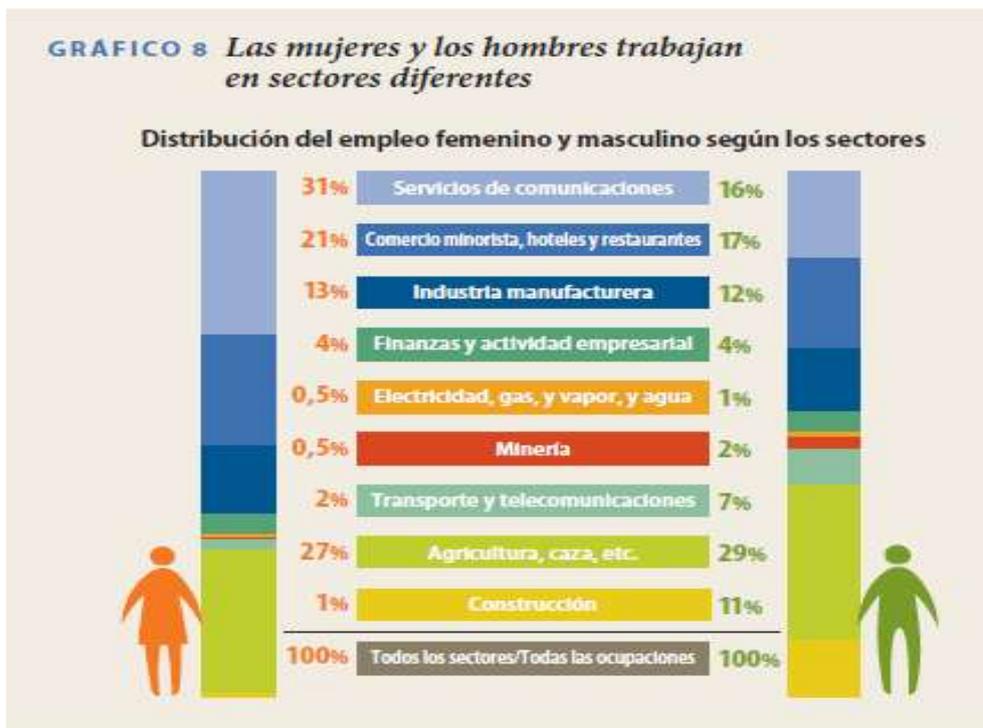
Nota: La línea de 45° en cada gráfico *supra* indica la paridad de género en las matrículas. Todo punto por encima de la línea de 45° implica que el número de mujeres matriculadas es mayor que el número de hombres matriculados.

Otro ejemplo también se puede observar en la cantidad de hijos que tienen las mujeres, según este informe, las mujeres tienen cada vez menos hijos: esto se debe en parte a que cada vez es más común que las mujeres retrasen la maternidad para conseguir avanzar en sus carreras profesionales.



Fuente: www.gapminder.org

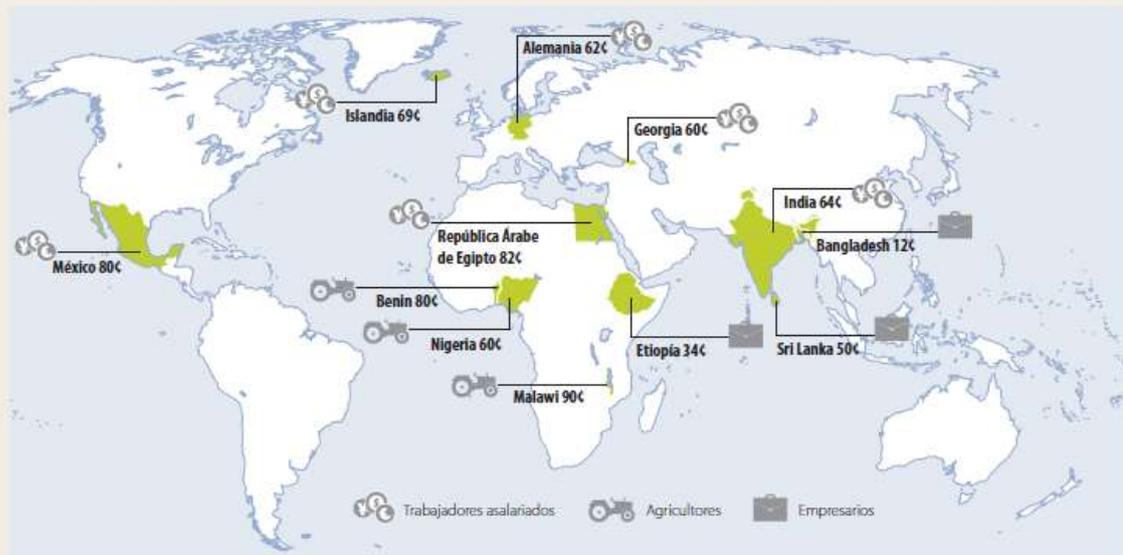
Sin embargo aún existen áreas en las que hay que trabajar en materia de igualdad de género, como la segregación por motivos de género en las actividades económicas y brechas de ingresos:



Fuente: Estimaciones realizadas por el equipo del IDM 2012 sobre la base de datos de la Organización Internacional del Trabajo 2010 (77 países).

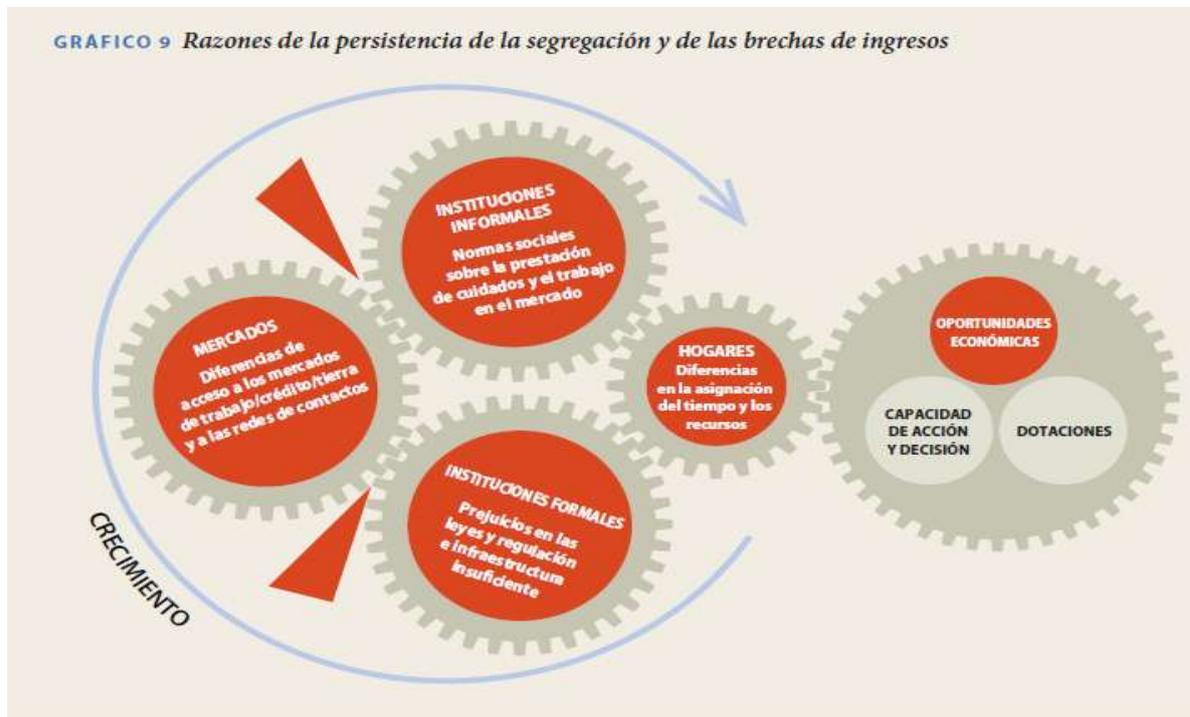
Nota: Debido al redondeo de las cifras, es posible que la suma no corresponda a los totales indicados.

MAPA 1 Brechas de ingresos entre mujeres y hombres (ingreso de las mujeres por cada dólar de ingreso de los hombres)

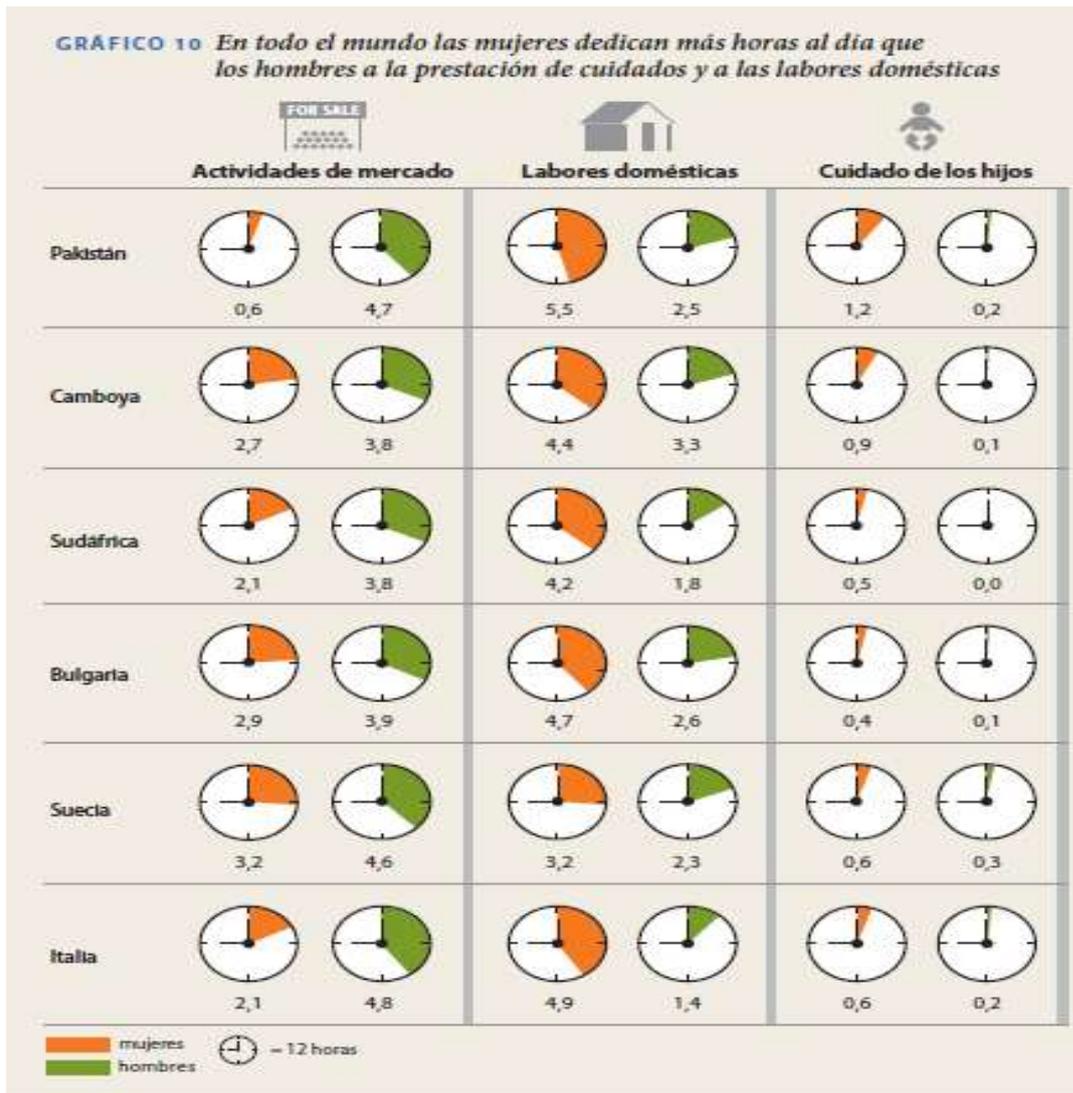


Fuentes: Los datos sobre Benin proceden de Kinkingninhour-Médagbé y otros 2010; sobre Malawi, de Gilbert, Sakala y Benson 2002; sobre Nigeria, de Oladeebo y Fajuyigbe 2007; sobre Bangladesh, Etiopía y Sri Lanka, de Costa y Rijkers 2011, y sobre Alemania, Egipto, Georgia, India, Islandia y México, de LABORSTA, Organización Internacional del Trabajo.

GRÁFICO 9 Razones de la persistencia de la segregación y de las brechas de ingresos



Fuente: Frutkin del IDM 2012



Fuente: Berniell y Sánchez-Páramo, 2011.

ACCESO MATERIAL A LA JUSTICIA

En cuanto al acceso material a la justicia en Costa Rica, se han hecho esfuerzos importantes, en parte también para cumplir con la Implementación de Las Reglas de Brasilia en el Poder Judicial, para estos efectos se han creado organismos y comisiones que permitan avanzar en este tema, satisfaciendo las necesidades del usuario y ratificando los compromisos asumidos a nivel internacional.

El CONAMAJ es la COMISIÓN NACIONAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, dentro de las instituciones miembro de esta comisión tenemos al Poder Judicial, al Colegio de Abogados, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Tribunal Supremo de Elecciones, Ministerio de Justicia y Paz, Procuraduría General, Asamblea Legislativa, Defensoría de los Habitantes, y Contraloría General de la República.

Trabaja fortaleciendo el sistema de administración de justicia costarricense y facilita a los y las habitantes su acceso, mediante la ejecución de programas y la coordinación entre las entidades públicas que lo integran, en procura de un desarrollo armonioso y ordenado del sector justicia en el Estado Social de Derecho, en la actualidad actúa de acuerdo al Decreto Ejecutivo número 34798-J de noviembre del 2008.

Actualmente está conformada por⁵⁴²:

Dos Magistrados (as) de la Corte Suprema de Justicia.

- Ministro (a) de Justicia y Paz.
- Procurador (a) General de la República.
- Presidente (a) de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa.
- Defensor (a) de los Habitantes de la República.
- Decano (a) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- Presidente (a) del Colegio de Abogados.
- Presidente (a) del Tribunal Supremo de Elecciones.
- Contralor (a) General de la República.

542

<http://www.conamaj.go.cr/index.php/conamaj/preguntasfrecuentes?showall=&start=4>

Además de su integración por diferentes jerarcas y representantes de instituciones públicas, académicas y sociedad civil, Conamaj funciona mediante una Dirección Ejecutiva, la cual está a cargo de MSc. Sara Castillo Vargas.

Actualmente los temas que están siendo atendidos por Conamaj con mayor énfasis son:

1. Coordinación interinstitucional con los representantes del sector justicia.
2. El Programa de Participación Ciudadana en el sistema de administración de Justicia.
3. Acceso a justicia para poblaciones en condición de vulnerabilidad, específicamente para personas migrantes y refugiadas.
4. La promoción de derechos de las personas migrantes y refugiadas mediante el Observatorio de medios de comunicación sobre población migrante y refugiada.
5. Promoción y capacitación en Justicia Restaurativa y sus metodologías de trabajo.

En cuanto al Poder Judicial propiamente dicho, en nuestro país contamos con una Comisión de Accesibilidad dedicada exclusivamente a tratar los asuntos de acceso a la justicia de las poblaciones en estado de vulnerabilidad, la misma fue creada en el 2005, su integración comprende representantes del ámbito jurisdiccional, auxiliar de justicia y administrativo. Dentro de los logros más importantes de esta comisión se encuentran:

- Declaración de la Política de Igualdad de las personas con discapacidad en el Poder Judicial.
- Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas
- Políticas para garantizar el adecuado acceso a la justicia de la población Adulta Mayor

- Reglas Prácticas para Reducir la Re victimización de las Personas menores de edad en los procesos Penales
- Propuesta de Acceso a la Justicia de la población penal juvenil.
- Implantación de un Modelo replicable de Señalización Universal, en el II Circuito Judicial San José, este modelo facilita el acceso a los servicios de distintas poblaciones en condición de vulnerabilidad.
- Plan piloto para la construcción de Indicadores en materia de accesibilidad, dirigido a las poblaciones en condición de vulnerabilidad
- Proyecto Biblioteca Judicial Accesible, dotándola de software e implementos para la lectura accesibles, así como remodelación de su infraestructura.
- Proyecto Poder Judicial -Universidad de Costa Rica, para la recopilación de jurisprudencia específica de cada una de las poblaciones en condición de vulnerabilidad, como parte del trabajo comunal universitario que realizan los y las estudiantes.
- Elaboración por parte del Departamento de Gestión del Recurso Humano de un "Modelo de Reubicación Laboral", para las personas funcionarias judiciales con una incapacidad sobreviviente, temporal o permanente.
- Proyecto para la incorporación de la perspectiva de género y discapacidad en la administración de los recursos humanos
- Proyecto de capacitación en Lenguaje de Señas Costarricense, que ha dado como resultado que la institución cuente con un número significativo de funcionarias y funcionarios preparados para la atención primaria de personas con discapacidad auditiva.
- Acuerdo del Consejo Superior en relación con el artículo 5 de la Ley de Notificaciones Judiciales, para que se realicen las notificaciones a las personas con discapacidad visual mediante la conversión del documento escrito a uno auditivo (programa Jaws) o mediante la grabación en audio o conversión a lenguaje Braille.

Así mismo, este organismo cuenta específicamente con la Secretaría Técnica de Género, se encuentra integrada por⁵⁴³:

- Magistrada Zarela Villanueva Monge, Sala Segunda (Presidenta de la Comisión)
- Magistrada Anabelle León Feoli, Sala Primera
- Magistrado Fernando Cruz Castro, Sala Constitucional
- Licenciada Sara Castillo Vargas, CONAMAJ
- Sra. Alba Solano Chacón, Consejo Consultivo de Género OIJ
- Sra. Godelieve López Salas, ANIC
- Licenciada Damaris Vargas Vásquez, Asoc. Juezas Trib. Agrario
- Sra. Karen Concepción Concepción, ANEJUD
- Luis Ángel Barahona Cortés, Dirección Ejecutiva
- Elizabeth Montero Mena, Defensa Pública
- Licenciada Yuli López López, Ministerio Público
- Licenciada Jeannette Arias Meza, Secretaría Técnica de Género

Consta de tres objetivos principales⁵⁴⁴:

- Impulsar un proceso de incorporación de las perspectivas de género en la planificación institucional y en los procesos administrativos internos en aras de una mejor condición laboral para las (os) funcionarias (os).
- Coordinar, incorporar, apoyar y fiscalizar los compromisos de la institución en consecuencia con el documento elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo.
- Recibir consultas sobre situaciones de discriminación que enfrenten las (os) funcionarias (os) por razones de género y canalizarlas hacia las

⁵⁴³http://www.poder-judicial.go.cr/secretariadegenero/comision_genero_integracion.htm

⁵⁴⁴http://www.poder-judicial.go.cr/secretariadegenero/comision_genero_integracion.htm

instancias competentes, para su evaluación o resolución según sea el caso.

Sus funciones son:

- Coordinar conjuntamente con la Comisión designada para identificar las áreas y acciones de carácter estratégico de la institución, con el fin de impulsar la plataforma de igualdad de oportunidades y equidad de género para los usuarios de los servicios de la Institución.
- Establecer alianzas estratégicas con instancias claves de la institución fomentando valores y prácticas institucionales de equidad entre los géneros.
- Impulsar procesos de asesoría y capacitación sobre la aplicación práctica de la visión de género en la planificación estratégica de los procesos administrativos internos.
- Coordinar con el Instituto Nacional de las Mujeres la promoción y aplicación de políticas públicas para la equidad de género.
- Impulsar y asesorar el proceso de formulación del Plan de Acción Estratégico, dirigido a transformar la cultura organizacional, hacia una prestación de servicios y relaciones laborables con equidad.
- Promover, apoyar y canalizar iniciativas propias e institucionales con organismos nacionales e internacionales.
- Impulsar procesos de formación del recurso humano institucional que permita generar las herramientas teóricas y metodológicas para la aplicación del enfoque de género en su quehacer diario.
- La elaboración de informes sobre los avances en materia de igualdad de oportunidades y equidad de género obtenidos.

La Magistrada Zarela Villanueva Monge, en su trabajo de ACCESO A LA JUSTICIA DE LA MUJER⁵⁴⁵, nos brinda una luz sobre el tema en cuestión:

⁵⁴⁵ <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariadegenero/>

La Administración de Justicia, como parte de la función del Estado, tiene a su cargo la solución jurídica de los conflictos de la población. Se trata de un servicio público, que en una democracia no es una manifestación de poder, sino un instrumento fundamental para el logro de una convivencia social pacífica y equilibrada. Una garantía para el respeto de los derechos de todas las personas. Por eso, resulta válido hablar de “**política de género**” en los Poderes Judiciales, haciendo referencia a la necesidad de vincular todas las acciones del aparato judicial, con el efecto que producen, en una sociedad estratificada de tal forma que, el acceso a los recursos preciados y escasos de la sociedad, no sólo es diferente entre los hombres y las mujeres, sino desventajosamente desigual para las últimas. Cualquiera que sea la ubicación social de la persona, su acceso a esos recursos, se encuentra agravada o favorecida, en razón de su género.

⁵⁴⁶Para brindar un servicio adecuado, tampoco se puede desconocer la circunstancia de que las mujeres constituyen, aproximadamente la mitad de la población y han contado con menos facilidades para organizarse y para reclamar. Los Poderes Judiciales no pueden ignorar esa situación, y ser aparatos que consoliden las discriminaciones. En su actuación administrativa y en lo estrictamente jurisdiccional, deben distinguir las consecuencias de ese accionar, en atención a las diferencias, para convertirse en instrumentos de desarrollo humano.

⁵⁴⁷El logro real y efectivo de este derecho -**acceso a la justicia**- debe ser entendido, como aquel conjunto de medidas y facilidades que permiten que a todas las mujeres, sin discriminación alguna, les sean garantizados los servicios judiciales, considerando en ellos su ubicación dentro de la sociedad, para ofrecerles así, una justicia pronta y cumplida. En este abordaje, hay implícita la visión de un nuevo juez o jueza, conocedor de su entorno, abierto a percibir las necesidades de quienes acuden a los tribunales, con disposición de relacionarse

⁵⁴⁶ <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariadegenero/>

⁵⁴⁷ <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariadegenero/>

con entidades de diferente naturaleza y que sin perder su imparcialidad, asuma una posición de liderazgo donde se desenvuelve.

Resulta necesario reforzar desde los órganos jerárquicos más altos, las labores de implementación, capacitación y seguimiento de las políticas de igualdad de género, con la finalidad de brindar una mayor consistencia, sistematicidad y coordinación entre los diferentes órganos inferiores.

Se pueden indicar algunas pautas básicas (Viilanueva):

a- La formulación de una **Declaración de una Política de Igualdad de Género**, por parte de la más alta jerarquía del órgano judicial, es de vital importancia. Esto evidenciaría, que no se trata de un asunto que afecte sólo a las mujeres, sino que está respaldado en una voluntad institucional. Permite, también, la introducción de la temática, más fácilmente, en todas las instancias judiciales, colaborando a vencer la resistencia, usual, hacia ella. No está de más recordar que por estar vinculada a la mujer, corre su misma suerte. De ahí la importancia del respaldo de las esferas jerárquicas más altas, a su implantación.

b- Al lado de esa institucionalización de la Política de Igualdad de Género, debe reconocerse que **toda política, todo programa y todo proyecto, afecta de manera diferente a la mujer y al hombre** y para lograr la igualdad, muy frecuentemente, es necesario ejecutar medidas específicas. En este campo es oportuno indicar que toda acción debe llevar incorporada esta política de igualdad de género, por eso es necesaria la TRANSVERSALIDAD. Las distintas áreas del quehacer judicial, tanto en lo interno, como en lo externo, deben ajustarse a ella. No se trata de acciones aisladas, carentes de importancia, cuya finalidad se pierde, o se hace depender de un órgano específico. Tampoco de directrices paralelas.

c- Es congruente vislumbrar que ese interés de “abarcarse todas las acciones” implique correr el riesgo, de no concretar los objetivos. Por eso, se propone como necesaria, la creación de una instancia permanente, que apoye a los

órganos de más alta jerarquía en la implementación de la política. Actuará dentro de un sistema integral, coordinándolo, impulsándolo, monitoreándolo y evaluándolo. No es apropiado visualizar este espacio como el encargado de ejecutar todas las tareas, porque sería imposibilitar su acción. Cada sector involucrado ejecutará el plan, pero será coordinado y monitoreado por esa instancia.

d- Como en toda labor, resulta necesario **la medición o evaluación** constante de los progresos. Sin embargo, en esta materia hay un componente adicional. Hay que **crear los indicadores** para hacerlo. En este ejercicio es importantísima la participación de las personas involucradas. Los sistemas que existan o se vayan a crear para evaluar resultados, tienen, necesariamente que tener incorporada la perspectiva de género. Un ejemplo importante de esta ausencia, son las estadísticas.

Algunas acciones a seguir para lograr una verdadera política de género y verdadero acceso a la justicia para las mujeres serían las señaladas por la magistrada Villanueva:

1- Normas y Planes: el propósito es implementar un plan estratégico de perspectiva de género desde las instancias superiores de los Poderes Judiciales, en las políticas, procesos y métodos.

- Incorporar la perspectiva de género en las políticas de desarrollo, de modernización, de presupuesto, etc.
- Incorporar la perspectiva de género en los protocolos de las agencias policiales, en los peritajes y agencias de atención a las víctimas de violencia doméstica, entre otros.
- Reducir y mejorar el tiempo promedio para la tramitación de los asuntos jurisdiccionales en violencia doméstica, pensiones alimentarias, laboral especialmente.

2.- Información y Divulgación: el propósito principal es que las usuarias se encuentren debidamente informadas:

- Establecer una **plataforma de servicios de información** con perspectiva de género, para las usuarias de los servicios de pensión alimentaria, violencia doméstica, delitos de violencia de género, así como en materia laboral y de familia, entre otros.
- Brindar información con perspectiva de género para los medios de comunicación.
- Obtener información con perspectiva de género que permita la toma de decisiones en forma oportuna a lo interno del Poder Judicial (estadísticas sobre pensiones alimentarias, violencia de género, discriminación contra la mujer, derecho laboral, familia, etc.).

3.- Personal idóneo para la atención de las mujeres: el propósito es que el personal del Poder Judicial pase por un proceso de selección y capacitación con perspectiva de género:

- Implementar procesos de selección y, contratación e inducción de personal con perspectiva de género.
- Institucionalizar la perspectiva de género en la capacitación judicial en todas las instancias.

4.- Organización para satisfacer las necesidades de las usuarias tanto en el plano de infraestructura como en el de asistencia:

- Organizar los despachos judiciales considerando las necesidades de las usuarias.
- Establecer espacios de coordinación entre la comunidad y el Poder Judicial.

- Establecer espacios de coordinación interinstitucional e intrainstitucional para el mejoramiento de los servicios.
- Establecer servicios externos de atención y protección a las víctimas, así como de asesoría jurídica en el área social (pensiones alimentarias, violencia doméstica, laboral, familia).
- Implementar las oficinas de atención a la víctima, con una clara perspectiva de género.

5.- Incorporación de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales:

- Aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres en las resoluciones judiciales.
- Elaborar un análisis desde la perspectiva de género en las resoluciones judiciales; y clasificarlas.
- Divulgar las resoluciones que incorporen la perspectiva de género.
- Adecuar los sistemas de recopilación de jurisprudencia, con esta perspectiva.

CAPÍTULO II

ALTERNATIVAS PARA EL MEJORAMIENTO DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Luego de haber visto la problemática del acceso a la justicia que viven las personas que pertenecen a grupos en condiciones de vulnerabilidad, se pretende brindar algunas alternativas que permitan el acceso a una tutela efectiva de los derechos de las personas; una vía muy favorable a estos fines es la utilización de Medios Alternativos de Resolución de conflictos.

Existen varios tipos de medios alternativos de resolución de conflictos, entre algunos de los más conocidos se pueden citar los siguientes⁵⁴⁸:

- La Mediación: es un medio informal y voluntario de solución de conflictos en el que un tercero imparcial trata mediante técnicas de negociación que las partes identifiquen las posibles zonas de acuerdo.
- La Conciliación: es muy parecida a la mediación, la diferencia radica en el nivel de participación activa por parte del tercero. Es decir, el conciliador puede emitir opiniones cuando las partes no pueden solucionar rápidamente sus asuntos.
- El Arbitraje: es el medio por el cual las partes, de manera voluntaria, llevan su diferencia ante uno o varios terceros quienes la resolverán mediante un arbitral de laudo, es decir, mediante una sentencia emitida por él o los árbitros siendo obligatoria para las partes.
- La Evaluación Neutral: consiste en la presencia de un abogado experto designado por un tribunal que luego de oír a las partes y de examinar las pruebas, hace una evaluación del caso para mostrar a cada uno de los contendientes los puntos débiles y los peligros de su tesis, así como los de coincidencia y de posible negociación.
- La Justicia de Paz: es la que procura resolver de una manera rápida, sencilla y económica, los eventos que se pueden producir en una comunidad, a través de la equidad y que permite que la comunidad elija así sus propios jueces y procedimientos. La ley de paz ordena que no necesariamente se cumpla con la legalidad más si con la equidad; es aplicar justicia a casos muy concretos observando las circunstancias. Se le denomina también justicia de vecindad.

⁵⁴⁸ Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, 19 de abril del 2008. Documento recuperado de <http://solucionalternadeconflictos.blogspot.com/>

La resolución alterna de conflictos es una modalidad de administrar justicia que ha ido ampliando sus horizontes ante las dificultades que presenta la administración pública en este campo, en el caso de Costa Rica, se cuenta con una legislación especial al respecto, la ley **7727 LEY SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL**, que en su artículo 2 nos dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.- Solución de diferencias patrimoniales Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.”⁵⁴⁹

En esta Ley, encontramos algunos de los institutos que se señalaron anteriormente, tales como la conciliación, la mediación y el arbitraje (de controversias y de derecho).

CASAS DE JUSTICIA

Las Casas de Justicia son un proyecto que nace en el Ministerio de Justicia y Paz en el año 2000, se encuentran a cargo de la Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos conocida como la DINARAC, la cual desarrolla sus actividades desde el Viceministerio de Paz por tratarse de políticas nacionales de prevención. Las Casas de Justicia se rigen bajo la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y de la Paz Social (Ley RAC) número 7727, promulgada desde el año 1997⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ LEY SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL. Formato Adobe Reader, documento recuperado de <http://www.derpublico.net>

⁵⁵⁰ Chacón Sofía, Casas de Justicia en Costa Rica, enero 2011. Documento recuperado de MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ <http://culturadepaz.mjp.go.cr>

Dichas Casas brindan servicios de forma gratuita y profesional a la población en general, en situaciones conflictivas de diversa naturaleza, esto a través de uno de los mecanismos RAC que se mencionaron en el apartado anterior, la mediación, en esta se da la presencia de una persona imparcial que escucha a la partes implicadas y quien se encarga de facilitar el diálogo entre las mismas, para la búsqueda de soluciones conjuntas, sin tener que recurrir a demandas formales en los Tribunales de Justicia.

Asimismo, amparado por la Ley RAC, se estableció que los acuerdos conciliatorios extrajudiciales a los que lleguen las partes tienen valor de cosa juzgada material, lo que significa que tienen la misma validez de una sentencia judicial. A pesar de que el arreglo no lo dictamina un juez, las partes deben comprometerse a cumplir lo estipulado en el acuerdo, ya que fueron ellas mismas las que tomaron las decisiones.

El proyecto de casa de justicia, se encuentra apoyado por socios contraparte como: Universidad de Costa Rica, Universidad Latina, Municipalidad de Mora, Desamparados y Puriscal, Colegio de Abogados, entre otros, lo que ha contribuido a que estos centros cuenten con una ubicación estratégica en comunidades como San Pedro, Heredia, Mora en Ciudad Colón, San Ramón, Alajuela, Santa Cruz, Liberia, Puriscal, Desamparados y San José centro.

CONSULTORIOS JURÍDICOS

Los consultorios jurídicos son otro medio en que es posible acceder a la justicia para aquellas personas que no cuentan con un recurso económico suficiente que les permita sufragar los gastos que genera una representación legal, en nuestro país diferentes escuelas de Derecho, tienen programas de consultorios jurídicos, en los que estudiantes avanzados en la carrera brindan asistencia en diferentes ramas del derecho.

Una de las redes más importantes de consultorios jurídicos es la de la Universidad de Costa Rica, el programa de Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho actualmente presta servicios de asistencia legal en materias como derecho de Familia, Laboral, Civil y ciertos casos de administrativo o constitucional (recursos de amparo por ejemplo).

Tiene abierta oficinas en Alajuela, Heredia, San Ramón (dentro del centro regional de la UCR), Defensoría de los Habitantes, Pavas (ubicados dentro de la parroquia de la Iglesia de Pavas), Segundo Circuito Judicial de San José (Goicoechea), y en la Facultad de Derecho⁵⁵¹.

La Universidad de Costa Rica tiene más de ciento veinte jóvenes trabajando en Consultorios Jurídicos. Por lo que hay más de dos mil casos activos. Con los Consultorios jurídicos se trata de cumplir con dos objetivos:

1-Realización de práctica profesional de los estudiantes

2-Ayuda legal a personas de escasos recursos económicos

⁵⁵¹Documento recuperado de <http://www.poder-judicial.go.cr/contraloria/800/Documentos/San%20Jos%C3%A9/Consultorios%20Jur%C3%ADdicos.htm>

CONCLUSIONES

Al finalizar esta investigación se logró determinar que el acceso a la justicia es una garantía que tiene todo ser humano, reconocida por las constituciones de muchos países, así como por instrumentos internacionales en la materia, así como el importante papel del estado como promotor de políticas tendientes a procurar cada vez más la igualdad entre sus ciudadanos.

Así mismo se dio a conocer las reglas de Brasilia como un instrumento suscrito por diversos países, el cual tiene como objetivo implementar buenas prácticas en el ámbito de la administración de justicia para disminuir la brecha existente entre grupos vulnerables y las clases más favorecidas.

También fue posible estudiar y analizar los esfuerzos que se hacen hacia el interior de nuestro país en esta materia, desde entidades como el Poder Judicial, el CONAMAJ, la defensoría de los habitantes, entre otras tantas que trabajan para lograr una mayor paridad en el acceso a la administración de justicia.

Por último se logró identificar la existencia de medios que facilitan la labor del estado desjudicializando los conflictos sociales, tal es el caso de los medios alternativos de resolución de conflictos, y el caso particular en Costa Rica de la Ley RAC, así como de las Casas de Justicia y de los consultorios jurídicos, todos medios facilitadores para el acceso a la justicia, tanto por su celeridad, como por el costo casi nulo que representan para el usuario en el caso de los consultorios jurídicos.

Esperamos que esta investigación haya servido para evacuar dudas existentes acerca de tan importante tema, y que pueda ser un aporte importante en la generación de conocimiento y material bibliográfico en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- Arias Madrigal, Doctora Dora María. La Carrera Judicial en Costa Rica: un diagnóstico con prospectiva de Género. San José, Costa Rica: Poder Judicial.
- Balaguer, María Luisa. (2005). Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género. Madrid, España: Ediciones Cátedra.
- Banco Mundial. (2012). Informe sobre el Desarrollo Mundial: Igualdad de Género y Desarrollo. Estados Unidos, Washington DC.
- Castro Chaves, Natalia. (2010). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. La Acción Afirmativa en Materia de Género y las Cuotas de Participación Política en Costa Rica. Universidad de Costa Rica.
- Facio, Alda y Fries, Lorena. (1999). Género y Derecho. Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2010). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW): avances para las mujeres en zonas rurales e indígenas. San José, Costa Rica : IIDH.
- Otero Norza, Laura. (2011). Tesis para optar por el grado de Doctor. La Igualdad y No Discriminación de Género y la Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral en el Ordenamiento Internacional y Europeo. Universidad Complutense de Madrid.
- Palacios Zuloaga, Patricia. (2007). Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género. Santiago de Chile: Ediciones LOM.

- Rodríguez Esquivel carolina, HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA EFECTIVA DE LOS DERECHOS, Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, Facultad de derecho Área de Investigación II CICLO, 2007.
- 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Semanario Universidad. Cuadernos del Pensamiento Crítico Latinoamericano. "La Persistencia de las Desigualdades de Género". Número 12 año 1, Mayo 2012. San José, Costa Rica.
- 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Villanueva Monge, Zarela. Ponencia "Acceso de Justicia a las Mujeres", VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia. Cancún , México. 2002

DOCUMENTOS EN LINEA:

- Artículo del Dr. Carlos Tiffer sobre el acceso a la justicia sección/OPINION, periódico La Nación 24 de abril del 2010: <http://www.nacion.com/2010-04-24/Opinion/PaginaQuince/Opinion2346496.aspx>
- <http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/Mujer2011.htm> [consulta 5-5-12 a las 2:08pm]
- <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/sanch10.htm> [consulta: 8-5-12 a las 12:05md]
- http://200.91.68.19:81/cumbre/index.php?option=com_content&view=article&id=65:intro-pagina&catid=39:categoriapaginaprincipal

- Programa Iberoamericano de acceso a la justicia:
http://www.piaje.org/EN/Docs/COMJIBDocs/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA_ES_definitivo.pdf
- Concepto de justicia según the free dictionary, recuperado de
<http://es.thefreedictionary.com/justicia>
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, texto recuperado de
<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltObtenerHtml?LEMA=justicia&SUPIND=0&CAR EXT=10000&NEDIC=No>
- Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe, recuperado de
<http://www.wordreference.com/definicion/acceso>
- Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, 19 de abril del 2008. Documento recuperado de <http://solucionalternadeconflictos.blogspot.com/>
- Chacón Sofía, Casas de Justicia en Costa Rica, enero 2011. Documento recuperado de MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ <http://culturadepaz.mjp.go.cr>
- Documento recuperado de <http://www.poder-judicial.go.cr/contraloria/800/Documentos/San%20Jos%C3%A9/Consultorios%20Jur%C3%ADdicos.htm>

LEGISLACIÓN:

- Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 41. Recuperado de <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, recuperado de <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh.pdf>
- Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley nº 8508, publicada en la gaceta nº 120 del 22 de junio del 2006. Publicaciones Jurídicas, enero 2008.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional, Investigaciones Jurídicas S.A., v edición, San José Costa Rica, IJSA. 1996.
- Código Procesal Penal, Ley Nº 7594, edición actualizada. Publicaciones Jurídicas. Junio 2006.
- LEY SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL. Formato Adobe Reader, documento recuperado de <http://www.derpublico.net>

INSTITUCIONES:

- SECRETARIA TECNICA DE GENERO PODER JUDICIAL 2004.

JURISPRUDENCIA:

- Voto numero 600 Sala tercera 1994.

VI. ANÁLISIS DOGMÁTICO- PENALES

ALCANCE DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Prof. Dra. María José Rodríguez Mesa

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Cádiz (España)

RESUMEN: Una de las cuestiones más controvertidas en los delitos de omisión impropia ha sido la de determinar los criterios en virtud de los cuales es posible imputar el resultado a la omisión. La respuesta concreta a dicha cuestión va a depender de la postura que se mantenga con relación al contenido de injusto omisivo y al fundamento mismo de la responsabilidad en los delitos de omisión impropia. En este trabajo, centrado en el análisis de los criterios de imputación, se parte de la necesaria identidad material y estructural de los delitos de omisión impropia con los delitos comisivos, llegándose a la conclusión de que el presupuesto de la imputación objetiva, y en ese sentido el equivalente funcional de la causalidad activa, es la creación o incremento del riesgo a partir de la incorporación de su control al ámbito de dominio personal del omitente.

PALABRAS CLAVE: Delitos de omisión impropia, imputación objetiva, causalidad, dominio del riesgo

ABSTRACT: One of the most controversial issues in the crimes of improper omission has been to determine the criteria under which it is possible to attribute the result to the omission. The specific answer to that question will depend on the position to be maintained with respect to the content of the wrong in the omission crimes and the foundation of responsibility in the crimes of improper omission. The starting point in this paper, focused on the analysis of the attribution criteria, is the necessary material and structural identity active crimes to crimes of improper omission. And concluded that the requirement of proximate cause, and

in that sense the functional equivalent of active causation, is the creation or increased risk from the incorporation of the sphere of control of the guarantor.

KEYWORDS: Crimes of improper omission, proximate cause, control of the risk

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2013.

Fecha de aprobación: 13 de agosto de 2013.

CUESTIONES PREVIAS

EL COMPORTAMIENTO PASIVO COMO PRESUPUESTO ONTOLÓGICO DE LA OMISIÓN

Ante la imposibilidad de admitir -como ocurre con la acción- un concepto naturalístico de la omisión, parte de la doctrina ha optado por renunciar a un concepto de acción pre-típico y con validez general, para situar en su lugar a la tipicidad como concepto fundamental del sistema dogmático. Con ello se renuncia a la existencia de un elemento fáctico –acción o conducta- que sirva de sustrato común al que se puedan vincular las distintas valoraciones jurídico-penales⁵⁵².

Como alternativa a esta opción, han surgido en la doctrina distintos intentos de elaborar un concepto general de acción, en el que puedan integrarse tanto la acción como la omisión. Ahora bien, en la medida en que el concepto de omisión solo puede construirse por referencia a la “acción esperada” o

⁵⁵² ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, T. I, (trad. y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal), Madrid, 1997, pág. 251.

“expectativa de acción” delimitada por el tipo parece que la única opción de un concepto general de acción pasa por aceptar su relativa normativización; esto es, la imposibilidad de construir un concepto superior de acción o conducta absolutamente desligado de los restantes elementos estructurales del delito⁵⁵³.

Frente a la disyuntiva de renunciar a un concepto unitario de acción o admitir su relativa normativización, la concepción del comportamiento como la relación del sujeto libre con el mundo exterior manejando procesos causales⁵⁵⁴ permite conciliar la idea de la omisión como construcción normativa con un concepto unitario de acción de base ontológica. Desde esta perspectiva se puede afirmar que el comportamiento pasivo –que no tiene por qué coincidir en todo caso con la inactividad- también puede incidir en los cursos causales (impidiendo que se inicien o dejando que sigan su curso), y ello en un plano puramente ontológico⁵⁵⁵.

Así, tan generador del riesgo típico es el comportamiento activo consistente en abrir las compuertas para que los residuos contaminantes se viertan al río, como el pasivo consistente en “no cerrar dichas compuertas”. Ciertamente es que ello todavía no es suficiente para poder imputar el resultado al

⁵⁵³ Incluso desde las tesis que defienden un concepto personal de acción se admite que no se trata de un concepto completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo. Véase al respecto ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, pág. 257.

⁵⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, págs. 189-190.

⁵⁵⁵ En este sentido resalta LARRAURI PIJUÁN (“Notas para una discusión sobre la imputación objetiva”, *ADPCP*, 1988, págs. 736-737) como en la omisión –al igual que en la acción- puede hablarse de la “posibilidad de la voluntad de dirigir el proceso causal, de la posibilidad de prever el resultado y de evitarlo...”. Así, y “del mismo modo que no puede imputarse cada curso causal, sino sólo aquél dirigible por la voluntad y previsible, también puede imputarse un curso que si bien no aparece relacionado causalmente con el sujeto, tiene una determinada relación con su voluntad”.

omitente, pero tampoco en los delitos activos la mera concurrencia de un nexo causal entre la acción y el resultado permite por sí misma la imputación. Imputación que, tanto en la comisión como en la omisión, habrá de llevarse a cabo mediante la utilización de criterios normativos⁵⁵⁶.

La concepción del comportamiento pasivo como "aquél que deja que los procesos causales sigan su curso o que los potenciales no se lleguen a iniciar"⁵⁵⁷, pone de manifiesto que el "no hacer" al igual que el "hacer" puede ser una manifestación del comportamiento y en ese sentido susceptible de integrar un concepto ontológico de acción que sirva de base tanto a los delitos comisivos como a los omisivos. Así, la omisión deja de ser un "nada" desvalorado por el Derecho para constituirse en una manifestación de la personalidad, activa o pasiva, interpretable por el tipo⁵⁵⁸.

A partir de esta concepción del comportamiento pasivo, y aun admitiendo que la omisión solo deviene como tal a partir del juicio de imputación que surge del tipo, se puede afirmar que la delimitación entre los delitos de comisión y omisión va a depender en primer lugar de cuál haya sido la forma en la que se ha manifestado el comportamiento⁵⁵⁹. Así, el delito será comisivo cuando el

⁵⁵⁶ RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad *en comisión por omisión*, Navarra, 2005, págs. 25-26.

⁵⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, "Sobre los conceptos de omisión", 1990, pág. 201, nota 71.

⁵⁵⁸ RODRÍGUEZ MESA, La atribución de responsabilidad, 2005, pág. 27.

⁵⁵⁹ De distinta opinión SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2003, pág. 169, quien al considerar que tanto la conducta activa como la conducta pasiva (entendida como inactividad) pueden conformar el sustrato de la omisión, la conducta solo deviene en comisión u omisión jurídico-penalmente relevante mediante la interpretación típica. En sentido similar véanse LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 269; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológica-funcionales del delito" en Adán Nieto (coord.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Vol. II, Cuenca, 2001, pág. 1160; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Madrid, 1995, pág. 240.

comportamiento al que se pretende imputar el resultado haya consistido en la puesta en marcha o modificación de los procesos causales; y será calificable de omisivo cuando el manejo del proceso causal se lleve a cabo dejando que siga su curso o que no se inicie.

Mediante esta configuración del comportamiento pasivo no se pretende en modo alguno reivindicar la naturaleza ontológica de la omisión, que, como tal, solo surge a partir de una valoración normativa que se realiza en el tipo. De lo que se trata es de poner de manifiesto que, desde una perspectiva ontológica, solo el comportamiento pasivo -y en modo alguno el activo- puede ser objeto de valoración normativa a los efectos de apreciar un delito omisivo. Y ello es así, porque para la calificación de una conducta como omisiva es irrelevante lo que el sujeto “hacía” o “no hacía” en lugar de lo esperado; lo que interesa es que el sujeto no realizara la acción que en virtud de la norma se esperaba que realizase, y esa “no realización” es la que coincide naturalísticamente con el “comportamiento pasivo”, entendido como “el manejo pasivo de cursos causales”⁵⁶⁰.

LA NEUTRALIZACIÓN DEL PROCESO CAUSAL COMO CONTENIDO MATERIAL DE LA ACCIÓN ESPERADA

Frente a las tesis que defienden la naturaleza social de la expectativa defraudada y las que pretenden elaborar un concepto pre-típico de omisión referido a una expectativa jurídica, habría que recordar que en la medida en que la omisión, al igual que la acción, surge de la discordancia entre la conducta efectiva y el tipo, la acción esperada "no existe como tal en la realidad previa al Derecho Penal. Solo surge en la tipicidad como el resultado de un juicio de

⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 27, nota 55.

imputación cuyo sustrato es la conducta real del sujeto"⁵⁶¹. La necesaria naturaleza transitiva de la omisión implica que haya de ir referida en todo caso a aquello que el sujeto tenía que haber realizado, esto es, a la denominada "acción esperada", por lo que la omisión encuentra su fundamento en "la no realización de la acción, que de acuerdo con el sentido del tipo, se esperaba que el sujeto llevase a cabo"⁵⁶².

Ahora bien, reconocer la naturaleza omisiva de la omisión, y el papel esencial que en este sentido desempeña la "no realización de la acción indicada en el tipo" no implica aceptar las tesis que defienden la naturaleza eminentemente formal de la omisión: de mera contraposición al deber o mandato de actuar. La omisión, al igual que la acción, ha de responder a un fundamento material: evitar comportamientos humanos, dolosos o imprudentes, que sean lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos considerados valiosos por el Derecho penal⁵⁶³.

Los requerimientos propios del principio de ofensividad exigen dotar de un contenido material a esa acción cuya no realización fundamenta la omisión en sí; contenido que solo puede ir referido a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo⁵⁶⁴, pues de lo que se trata es de garantizar que en las conductas -activas u omisivas- realizadas en el seno del tráfico jurídico no

⁵⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pág. 177.

⁵⁶² RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 30.

⁵⁶³ Como señala PAREDES CASTAÑÓN (*El riesgo permitido*, 1995, págs. 219-220), tanto en el delito comisivo como en el omisivo lo que se juzgan son las condiciones que acompañan a la acción: concretamente aquellas condiciones que dotan a la acción de una determinada peligrosidad en relación con la producción del resultado.

⁵⁶⁴ La necesaria referencia al bien jurídico es ya puesta de manifiesto por SILVA SÁNCHEZ (*El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, págs. 179-180) cuando afirma que la acción cuya no realización permite hablar de omisión ha de consistir en "una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico".

exista peligro alguno de causación de un resultado disvalioso para el bien jurídico, o que si existe, está bajo control.⁵⁶⁵

Desde esta perspectiva, y en coherencia con el concepto de comportamiento pasivo defendido anteriormente, el contenido material de la acción esperada sería "el comportamiento activo consistente en la neutralización de un proceso causal preexistente abocado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ya sea impidiendo que el proceso causal siga su curso, o poniendo en marcha un proceso causal en virtud del cual la posible amenaza para el bien jurídico no llegue a materializarse en la lesión o peligro"⁵⁶⁶.

Así, por ejemplo, en el delito de sustracción de hijo previsto en el artículo 225 bis CP, la acción esperada cuya no realización fundamenta la omisión consistiría en la puesta en marcha de un proceso causal (restitución del menor) que evite la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en este caso el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus padres en casos de crisis familiar.

LA IDENTIDAD DEL TIPO DE INJUSTO DE LOS DELITOS COMISIVOS Y OMISIVOS

Aunque con argumentos no siempre idénticos, la doctrina dominante afirma que el delito de omisión, tanto por su estructura como por su significado normativo, constituye una especial forma de aparición de la acción punible, y en este sentido, un tipo de injusto diferenciado del propio del delito comisivo. A nivel estructural, la diferencia fundamental suele establecerse en que mientras que los tipos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los

⁵⁶⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pág. 238.

⁵⁶⁶ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 32.

tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta⁵⁶⁷, con lo que la no realización de la acción esperada se sitúa así como elemento fundamental y exclusivo de la estructura de los tipos omisivos. No obstante, si se entiende que la aludida expectativa de acción surge, al igual que en los delitos de comisión, de la discrepancia existente entre la conducta efectivamente realizada y la prevista en el tipo habrá que llegar a la conclusión de que, al menos, desde una perspectiva formal, comisión y omisión son estructuralmente idénticas⁵⁶⁸.

Más complejo, sin embargo, le resulta a un sector doctrinal admitir la posibilidad de que omisión y comisión puedan compartir un mismo tipo de injusto. La distinción material entre normas de prohibición y normas de mandato y el paralelismo establecido con las obligaciones de "no hacer" y de "hacer" respectivamente, ha llevado a la mayor parte de los autores a afirmar la existencia de un tipo de injusto para los delitos omisivos distinto del propio de los delitos comisivos: mientras que el injusto del delito de acción consistiría en la realización de un comportamiento prohibido por la norma; el injusto de la omisión se concretaría en la "no realización de la prestación obligada" por una norma preceptiva⁵⁶⁹.

Otra posición, aunque también desde una concepción material distinta, es la que propone SILVA SÁNCHEZ al identificar el contenido material de la norma con las diferentes expectativas de protección de bienes jurídicos. Así, y con

⁵⁶⁷ Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Barcelona, 2005, pág. 308

⁵⁶⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pág. 250. RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 33. Próximo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pág. 170.

⁵⁶⁹ En la doctrina española véanse, entre otras, la posición mantenida al respecto por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed, 2005, pág. 308; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Madrid, 2006, pág. 325; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., 2010, Valencia, pág. 237.

independencia de la forma -preceptiva o prohibitiva- finalmente adoptada por el tipo, el concepto de omisión se vincularía a la existencia de un contenido material prescriptivo de prestación positiva a la esfera de bienes jurídicos, mientras que el concepto de comisión se vincularía, por su parte, a la existencia de un contenido material prescriptivo de no intromisión en la esfera jurídica ajena⁵⁷⁰.

No obstante, el obstáculo que para la defensa de un único contenido del injusto pudiera suponer el hecho de que los delitos omisivos vulneren una norma preceptiva mientras que los comisivos infringen una norma prohibitiva, queda superado desde una concepción dualista de la norma penal (norma de determinación y norma de valoración)⁵⁷¹. Desde esta perspectiva la norma constituye una proposición prescriptiva con vocación de regular conductas; pero, que al determinar las conductas explicita a su vez los fines y valores que pretenden realizarse mediante la normativización. La proposición prescriptiva lleva ya incorporada una importante carga valorativa, y es de esta carga valorativa de la que participan tanto la norma prohibitiva como la norma de mandato: evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y ello con independencia de que el objeto de la infracción sea un mandato o una prohibición⁵⁷².

Entendidas el mandato y la prohibición como las distintas formas en las que puede expresarse la norma, pero en modo alguno como tipos de normas distintas, con contenidos materiales también diversos, no existe ya obstáculo para afirmar que el contenido material de la norma subyacente tanto al delito

⁵⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003, págs. 197-198.

⁵⁷¹ Sobre el contenido imperativo y valorativo de la norma véanse ampliamente ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001; y REGIS PRADO, "la norma penal como modo de conducta", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, 2011, págs. 153-161.

⁵⁷² RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 35.

comisivo como al omisivo es idéntico, y en consecuencia, idéntico es también el tipo de injusto que realizan⁵⁷³.

La asignación de este doble contenido a la norma se traduce, a su vez, en una constitución dualista del injusto, en el que el desvalor de acción y el desvalor del resultado aparecen como elementos co-fundantes del injusto, en plano de igualdad⁵⁷⁴. Si la ausencia de cualquiera de estos dos elementos impide afirmar la existencia de un injusto típico, también en los delitos omisivos será preciso identificar un desvalor de acción – o más correctamente de omisión- y un desvalor de resultado. En lo que se refiere al delito de comisión por omisión, en concreto, el desvalor, tanto de acción como de resultado, tiene que ser idéntico al del delito comisivo, pues solo ello puede justificar su subsunción en el correspondiente tipo de la Parte Especial, así como la imposición de la pena correspondiente al delito comisivo.

En los delitos comisivos el desvalor de acción recae sobre la conducta, dolosa o imprudente, realmente llevada a cabo por el sujeto; y ello, porque mediante la realización de tal conducta (activa) el individuo pone en marcha el proceso abocado a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En el delito omisivo, sin embargo, el comportamiento pasivo sólo deviene en omisión si, sobre la base de una norma penal, el sujeto tenía que haber actuado. El desvalor de “acción” irá referido, pues, no al comportamiento pasivo, sino a la acción que se esperaba por parte del sujeto. Así, el desvalor de “acción” en el delito omisivo vendrá delimitado por la no realización, dolosa o imprudente, de un comportamiento activo abocado a evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

⁵⁷³ Véase en este sentido MEINI, *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, Lima, 2009, págs. 41-43.

⁵⁷⁴ Sobre el desvalor de acción y el desvalor de resultado en el tipo de injusto omisivo véase más ampliamente RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, págs. 40-46.

A idéntico desvalor de resultado, la no realización de la acción indicada habrá de merecer, en principio, un menor desvalor que la realización activa de la conducta típica. En este sentido podría decirse que los delitos omisivos presentan –con las excepciones que representan los delitos de comisión por omisión- un menor contenido de injusto que aquellos en los que se toma en cuenta un comportamiento activo del sujeto. Y ello, porque el incremento o la creación de la situación de riesgo para el bien jurídico protegido es acreedora de un mayor desvalor que la simple no neutralización del riesgo ya creado⁵⁷⁵. Ahora bien, este menor contenido del injusto que presentan, por regla general, los delitos de omisión no significa que respondan a un tipo de injusto cualitativamente distinto al propio de los delitos de comisión.

Para las tesis que centran la esencia de los delitos omisivos en la mera infracción de un mandato o de un deber de actuar el tipo de injusto quedaría constituido exclusivamente, al menos en lo que a los delitos de omisión pura se refiere, por el desvalor de acción, entendido como mero acto de desobediencia a la norma⁵⁷⁶. Frente a estos argumentos cabe alegar que el respeto al principio de ofensividad exige que, también los delitos omisivos, se construyan como agresión a un interés específico, preexistente a la norma penal y a la tutela que

⁵⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2006, pág. 331: “Del mismo modo que en los delitos comisivos, también se distinguen en la estructura típica de estos delitos elemento objetivos y subjetivos mediante los cuales se define un ámbito situacional de riesgo para un bien jurídico. Sin embargo, si en los delitos de acción ese ámbito situacional de riesgo prohibido ha sido creado dolosa o culposamente por el autor, en los delitos de omisión el riesgo prohibido puede provenir de cualquier fuente y la responsabilidad penal sobrevendrá para el que, teniendo la obligación jurídica de actuar, no evite que la situación de riesgo no se transforme en una afección del bien jurídico”.

⁵⁷⁶ En este sentido NUVOLONE, *Il Sistema del Diritto Penale*, Padova, 1982, pág. 168: “La norma-mandato que prohíbe la omisión es una norma meramente formal, que no requiere la lesión de ningún interés que no coincida con el interés de la obediencia al mandato”.

ésta le brinda, de modo que para su existencia, junto a la no realización de la acción esperada, sea necesaria la ofensa al interés jurídicamente protegido⁵⁷⁷.

EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Conforme a lo expuesto anteriormente, la omisión puede ser definida como "el comportamiento pasivo consistente en la no evitación o neutralización de un proceso causal abocado a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo cuando sobre la base de alguna norma se esperaba que el sujeto actuara"⁵⁷⁸. Frente a las omisiones propias, en las que el tipo de delito no requiere la producción de resultado material alguno trascendente al no actuar, lo específico de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión no radica en la necesidad de que se produzca el resultado previsto por el tipo, sino en el hecho de que la ley castigue del mismo modo la producción de un resultado mediante una acción que mediante una omisión. La cuestión que se plantea, pues, es la de responder por qué la no evitación de un resultado puede ser castigada con la misma pena que si se hubiese causado activamente; esto es, ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión?⁵⁷⁹

Para un sector -cada vez mayor- de la doctrina, lo único que justifica que a la omisión se le imponga la misma pena que la correspondiente a la causación activa del resultado es que el supuesto omisivo en cuestión sea estructural y

⁵⁷⁷ Sobre el concreto contenido del desvalor de resultado en los delitos de omisión pura véanse más ampliamente RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, págs. 45-46; y CADOPPI, "Non-evento' e beni giuridici 'relativi': spunti per una reinterpretazione dei reati omissive proprie in chiave di offensività", *L'Indice Penale*, 1989 (núm. 2), pág. 394.

⁵⁷⁸ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 65.

⁵⁷⁹ Sobre otras posturas doctrinales acerca del fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión véase ampliamente RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, págs. 47-60.

materialmente idéntico a su comisión activa: solo ello permite que el resultado pueda imputarse del mismo modo que si se hubiera realizado activamente⁵⁸⁰.

Desde esta perspectiva, los únicos supuestos de comisión por omisión admisibles serían, precisamente, los que resulten inscribibles en los tipos de la Parte Especial por ser estructuralmente idénticos a los supuestos de realización activa de los mismos⁵⁸¹. La cuestión fundamental de la comisión por omisión ha de centrarse, pues, en la determinación de las condiciones en las que cabe decir que la no evitación del resultado es estructural -desde las estructuras normativas de la imputación- y materialmente idéntica a su causación activa.

La exigencia de identidad material requiere igualdad, y no mera equivalencia, en el fundamento material del injusto; es decir, idéntico contenido tanto en el desvalor de acción como en el desvalor de resultado. Desde este punto de vista, la equiparación valorativa de la omisión con la acción únicamente podrá basarse en la verificación de que una acción dirigida a la evitación del resultado -desvalor de la omisión- equivale a la acción dirigida a producirlo -desvalor de la acción-; y, de modo correspondiente, en la verificación de que tanto la no evitación como la producción del resultado sean hechos a los que

⁵⁸⁰ En nuestra doctrina, asumen expresamente este criterio, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, "Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación" en Vives Antón/Manzanares Samaniego (dir): *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (PG)*, Madrid, 1996, pág. 166; GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión en el Derecho penal español", *Actualidad Penal*, nº 38 (1995), pág. 696; GIMBERNAT ORDEIG, "El delito de omisión impropia", cit., pág. 534; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª., de 8 de octubre de 1991)", *Poder Judicial*, nº 24 (1991), pág. 209; LUZÓN PEÑA, "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, págs. 235 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pág. 238; FARALDO CABANA, "El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios", *Revista del Poder Judicial*, 55(1999), pág. 56; GÓMEZ RIVERO, "La intervención omisiva en el suicidio de un tercero", *Actualidad Penal*, 45(1998), págs. 893 y ss.; REBOLLO VARGAS, "Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español", en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, págs. 653 y ss.

⁵⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, "Teoría de la infracción penal", 1996, pág. 166.

pueda remitirse un mismo marco valorativo, de tal modo que éste pueda aglutinar a ambos en un mismo específico desvalor de resultado⁵⁸².

El desvalor del delito comisivo gira alrededor de una acción dolosa o imprudente que causa o condiciona con seguridad un resultado típico. En los supuestos de “no evitación del resultado por el garante”, el proceso causal está ya preconstituido y determinado a producir la lesión según su curso natural, por lo que a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de acción, no es el garante quien causa o condiciona con seguridad el resultado: la situación de peligro para el bien jurídico no tiene su origen en la acción (en este caso omisión) típica, sino en un proceso causal que tanto en su origen como posterior desarrollo es, por regla general, jurídico-penalmente irrelevante⁵⁸³.

Ahora bien, la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos solamente puede constituir el desvalor del resultado de los tipos de la Parte Especial cuando aquéllos hayan sido la consecuencia de la acción prohibida por la norma y descrita por el tipo como penalmente relevante. Para que se constituya el desvalor de resultado específico del tipo de la Parte especial será preciso, pues, que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico pueda ser reconducida a la acción descrita por el tipo, pues si aquélla está ligada a cualquier otro acontecimiento entonces el desvalor que quepa atribuir a dicha lesión será ya uno diferente y, por consiguiente, no igualable con el desvalor específico del resultado típico⁵⁸⁴.

⁵⁸² GRACIA MARTÍN, “Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante”, en AAVV, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2001*, pág. 458.

⁵⁸³ Véase GRACIA MARTÍN, “Los delitos de comisión por omisión”, 2001, pág. 462.

⁵⁸⁴ GRACIA MARTÍN, “Los delitos de comisión por omisión”, 2001, pág. 465; en idéntico sentido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen de unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pág. 184.

El hecho de que la realización del tipo de injusto requiera que el desvalor de resultado traiga su fundamento de la realización de la acción típica y no de cualquier otra, no significa que hayan de quedar excluidos del ámbito de lo típico todos aquellos supuestos en los que el riesgo para el bien jurídico tiene un origen externo al omitente. Lo relevante para afirmar la tipicidad de la omisión no es el origen primario del riesgo –que puede provenir de la naturaleza, de la víctima, de un tercero, e incluso del propio omitente-, sino si el riesgo se hace típico por y para el omitente⁵⁸⁵.

En la medida en que el desvalor de resultado implica el desvalor de acción lo relevante será determinar si, constatada la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo, la omisión presenta idéntico desvalor de acción que la comisión. La solución a esta cuestión -irresoluble en el plano ontológico-, pasa por fijar criterios de identidad estructural en el ámbito de las estructuras normativas de imputación. Se trata de comprobar si comisión activa y omisión son, en el caso concreto, idénticas en su estructura y en su configuración como modos de dominio, de control sobre el riesgo típico⁵⁸⁶.

Desde esta perspectiva, el ámbito de la comisión por omisión ha de quedar relegado a aquellas omisiones que muestren una identidad estructural y valorativa con los hechos comisivos⁵⁸⁷, pues solo en este caso se puede imputar

⁵⁸⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, "Teoría de la infracción penal", 1996, pág. 165. Aunque desde otra perspectiva, coincide en parte con este planteamiento GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión", 1995, pág. 702.

⁵⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, "Teoría de la infracción penal", 1996, pág. 164.

⁵⁸⁷ Sobre la delimitación y el ámbito de los supuestos de comisión por omisión véase ampliamente RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, págs. 65-74. En sentido similar al que aquí se defiende, apelando a la análoga fundamentación jurídica véase NÚÑEZ PAZ, "Notas sobre la acción, la omisión y la comisión por omisión", Pérez Álvarez/Núñez Paz/García Alfaraz (Coordinadores), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007, págs. 593-594.

el resultado no evitado en idéntica medida que si se hubiese producido mediante una acción"⁵⁸⁸.

LA EQUIVALENCIA ESTRUCTURAL COMO PRESUPUESTO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Lo característico del delito comisivo de resultado, ya sea de lesión o de peligro, es la existencia de un comportamiento activo –doloso o imprudente- que, en un plano naturalístico produce una modificación del mundo externo, causa un resultado material. A su vez, y para que tal resultado pueda ser imputado al tipo objetivo se precisa el empleo de criterios normativos, los criterios de la imputación objetiva. El delito de comisión por omisión, por su parte, descansa sobre una omisión –dolosa o imprudente- consistente en la "no evitación de un resultado infringiendo un específico deber legal o contractual, o derivado del actuar precedente", y un resultado material que, al igual que en el delito comisivo es preciso imputar, con criterios normativos a la omisión.

Es evidente que de lo que carecen los delitos de comisión por omisión es, precisamente, de la relación de causalidad existente entre la acción y el resultado: del presupuesto fáctico de la imputación objetiva. De ahí, que para poder afirmar la identidad estructural que se viene reclamando sea preciso, ante todo, identificar un elemento que desempeñe una función idéntica a la

⁵⁸⁸ Ya con anterioridad incluso a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se venían pronunciando en este sentido, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, "Recensión del libro 'Delitos impropios de omisión' de E. Bacigalupo", *ADPCP*, 1970, pág. 726; GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión", 1995, pág. 696; LUZÓN PEÑA, "La participación por omisión", 1991; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 1ª ed., Barcelona, 1986, pág. 369; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Omisión de impedir delitos", 1991, pág. 210; y PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pág. 238.

desempeñada por la relación de causalidad en los delitos activos, y en este sentido actúe como equivalente funcional de la causalidad activa.

Frente a quienes defienden que la exigencia de un juicio de causalidad hipotética vendría a resolver el problema de la equivalencia, hay que responder que si la posibilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado a un comportamiento positivo, entonces -y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión- tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si solo existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado⁵⁸⁹. Y en todo caso, la fórmula de la causalidad hipotética, en cuanto supone mentalmente una acción no sucedida, no puede constituir en modo alguno el paralelo a la causación activa.

Para que la omisión equivalga a la causación activa, y en consecuencia, sea directamente subsumible en el tipo penal correspondiente es preciso que al igual que la acción, sea la omisión -y no la acción omitida-, la que cree el peligro de lesión para el bien jurídico o aumente el peligro existente; es decir, cree de modo decisivo más riesgo⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", *ADPCP*, 1994, pág. 26. Una exposición de las principales objeciones que se formulan a la fórmula de la probabilidad rayana en la certeza en GIMBERNAT ORDEIG, *La Causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires-Santa Fe, 2003, págs. 30-42.

⁵⁹⁰ Véanse GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", 1994, *passim*; el mismo: "El delito de omisión impropia", 1999, *passim*; y LUZÓN PEÑA, "La participación por omisión", 1991, págs. 236 y ss. Asumen expresamente esta tesis MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2005, pág. 312; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Omisión de impedir delitos", 1991, págs. 209 y ss.; FARALDO CABANA, "El delito de denegación", 1999, cit., pág. 56; PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, págs. 146 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pág. 230; del mismo, "De nuevo sobre el caso de la colza: una réplica", *RDPC*, núm. 5(2000), pág. 119. También SILVA SÁNCHEZ ("Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", *CPC*, n° 38, pág. 376) admite -aunque con matizaciones- que el compromiso de actuar como barrera de contención del riesgo puede dar lugar un incremento del peligro, en la medida en que se da la base para que no surjan otros intentos de contención del riesgo. Expresamente en contra de que el

Hay que precisar que con esta creación o incremento del riesgo como punto en el que se produce la equivalencia entre conductas activas y omisivas, se está haciendo referencia a la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*, ya que es la peligrosidad de la conducta, y no la creación o incremento del riesgo que desde una perspectiva *ex post* se valora en sede de imputación objetiva, la que determina el desvalor de acción –en este caso desvalor de omisión.

De lo que se trata en este momento, no es de imputar el resultado a la omisión, sino de comprobar que la omisión puede valorarse desde un punto de vista normativo como un incremento relevante del riesgo para el bien jurídico protegido y que, por ello se puede reconocer un desvalor en la conducta del omitente al que poder imputar, en un momento posterior, el resultado. Se trata de un juicio previo al que decide tanto si el resultado es imputable a la omisión, como el título bajo el que deba discurrir la responsabilidad del omitente. Este juicio de equivalencia estructural requiere, en primer lugar, fijar los presupuestos bajo los cuales se puede decir que el omitente está en situación de crear o incrementar el riesgo; es decir, cuándo y cómo ejerce el omitente un control de riesgo idéntico al que se tiene mediante la conducta activa. Una vez constatado el dominio o control del riesgo, es cuando puede plantearse el segundo de los elementos que integran el juicio de equivalencia estructural: si la omisión crea normativamente un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido.

EI DOMINIO O CONTROL DEL RIESGO POR PARTE DEL OMITENTE

En los delitos comisivos, la relación de causalidad entre la acción y el resultado implica, generalmente, que el sujeto activo domina mediante un comportamiento activo un curso causal abocado a un resultado típico. En el delito

criterio de identidad pueda sustentarse en la creación o aumento del riesgo por la omisión misma se pronuncia GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión", 1995, pág. 699.

de comisión por omisión, sin embargo, el proceso causal y su resultado son, por regla general ajenos al omitente, por lo que desde un punto de vista naturalístico es cierto que la omisión no causa nada. Ahora bien, ello no significa que el proceso causal y su resultado no puedan ser jurídicamente imputados a quien, sin poner en marcha el curso causal, ejerce un dominio sobre el mismo idéntico, desde un punto de vista normativo, al que se ejerce en los supuestos de comisión activa⁵⁹¹.

Desde este punto de vista, y dado que lo característico del autor por comisión es el dominio del suceso lesivo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad al dominio que ejerce el autor comisivo, por lo que la no evitación del resultado solo podrá equivaler a su causación si la causa del resultado se encuentra en el ámbito de dominio del autor⁵⁹².

Descartada la posibilidad de que sea suficiente con un dominio negativo o potencial, la idea más extendida en la doctrina -que admite la compatibilidad entre la omisión y la idea de dominio- es la que entiende que el omitente domina el hecho cuando aparece como el sujeto encargado de neutralizar determinados riesgos que puedan amenazar al bien jurídico. La cuestión sigue siendo, sin embargo, la de decidir cuándo se puede decir que la no neutralización del riesgo por quien estaba encargado de hacerlo equivale al dominio positivo del hecho.

⁵⁹¹ Véase por todos, SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11 del Código Penal" en Cobo del Rosal (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 488.

⁵⁹² SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, 1971, pág. 380; del mismo: "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en Gimbernat/Schünemann/Wolter (Edit.): *Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-alemanas de Derecho penal en homenaje a al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor 'Honoris Causa' por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1994, págs. 21-22. En un sentido similar se pronuncia SILVA SÁNCHEZ (El delito de omisión, 2ª ed., 2003, pág. 472) al afirmar que en los delitos de comisión por omisión el sujeto no causa activamente el resultado, "pero domina la correspondiente relación de riesgo al igual que lo hace el autor de una comisión activa". Sobre la asunción de la función de protección del bien jurídico y el deber de control de fuentes de peligro como tesis actualmente dominantes en Alemania véase ROXIN, "Injerencia e imputación objetiva", *Revista Penal*, nº 19, 2007, pág. 154.

Para contestar a esta cuestión, no parece que pueda recurrirse a los criterios basados en las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico al sujeto⁵⁹³; y ello, porque un criterio material como es el del dominio no puede sustentarse a partir del dato formal de la posición asignada al sujeto por el ordenamiento jurídico⁵⁹⁴.

Pero, tampoco parece que pueda resolverse satisfactoriamente sustituyendo los criterios jurídicos por otros de contenido social, afirmando que la propia omisión crea el peligro o lo aumenta de modo determinante cuando el sujeto deja de cumplir su función social normal o específica. Y es que el juicio de equivalencia entre la comisión activa y la realización omisiva ha de ser independiente a la clase de deber que se infrinja –ético, jurídico o social-: ha de centrarse en si se realiza el tipo (en el nivel de las estructuras normativas) o no. Y es en este sentido en el que se considera, como propone SILVA SÁNCHEZ y asume un sector cada vez mayoritario de la doctrina, que para que pueda hablarse de realización típica en comisión por omisión es preciso que el sujeto

⁵⁹³ Otra cosa es admitir que aunque la responsabilidad en comisión por omisión lo es por el dominio de la causalidad por parte del obligado, sea necesario acudir a la idea de deber para abarcar la totalidad de la imputación. En este sentido CUELLO CONTRERAS, "Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito", *Indret*, 1/2011, <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>, pág. 15; En un sentido similar RODRÍGUEZ MESA, "Autoría y participación en comisión por omisión", *Revista de Derecho Penal*, nº 1, 2006, Monográfico dedicado a la autoría y participación, Buenos Aires, pág. 193, cuando afirma que frente a modelos monistas (basados exclusivamente en la infracción del deber o en el dominio del hecho), la concreta regulación de la comisión por omisión en el Ordenamiento jurídico español impone un modelo aditivo en el que junto a los elementos objetivos de la autoría -en este caso, la ostentación de un especial deber de actuar-, deba verificarse el dominio del hecho para afirmar la autoría: ni un especial deber del autor sin dominio del hecho, ni un dominio del hecho sin titularidad del deber son capaces, pues, de fundamentar la autoría en comisión por omisión.

⁵⁹⁴ Y en todo caso, como señala ROBLES PLANAS, "Los dos sistemas de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)", *Indret*, 2/2012, <http://www.indret.com/pdf/886.pdf>, pág. 2, "La fundamentación de la intervención es una cuestión de la llamada teoría de la imputación objetiva...y en todo caso es previa y analíticamente independiente a la decisión sobre la calificación de la aportación como autoría o participación.

"haya adoptado *el compromiso específico y efectivo* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados"⁵⁹⁵. Y ello, porque mediante la asunción de este compromiso se da la base para que no surjan o decaigan otros intentos de contención del riesgo que pasan a estimarse innecesarios. Solo en este puede afirmarse que el sujeto que se ha comprometido domina voluntaria, plena y positivamente el acontecer típico. Desde este punto de vista, es posible afirmar que el compromiso de control del riesgo seguido por su no control crea normativamente un riesgo (*ex ante*), y en ese sentido es equivalente, desde un punto de vista funcional, a su creación naturalística mediante un comportamiento activo.

Frente a los planteamientos basados en la infracción del deber de garante, esta construcción es capaz de proporcionar un presupuesto material para que el resultado típico pueda ser imputado –con arreglo a los criterios comunes de imputación objetiva- a la omisión del mismo modo que si se trajera su causa de un comportamiento activo. Pero además, y frente a otras tesis también basadas en el criterio de la identidad, presenta dos innegables ventajas consistentes, por una parte, en la de determinar con arreglo a un criterio eminentemente material –como es el del compromiso- las bases de la confianza de la sociedad en que el riesgo está bajo el control del sujeto; y por otra, la de tratar se paradamente dos cuestiones que si bien están íntimamente relacionadas han de discurrir en planos diferentes: el presupuesto de la imputación objetiva, por un lado, y la imputación objetiva en sí como cuestión ya común a los delitos comisivos y en comisión por omisión, por otro.

Contra la idea de la asunción voluntaria por parte del omitente del compromiso de actuar a modo de barrera de contención del riesgo se ha objetado la existencia de deberes, como los paterno-filiales, en los que no cabría afirmar en rigor que los agentes asuman, tomen para sí libremente el control del

⁵⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, "Aspectos de la comisión por omisión", 1989, pág. 376.

riesgo, sino más bien que, por determinadas razones, se les atribuye el control de ciertos peligros, quieran o no⁵⁹⁶. En respuesta a esta objeción cabe replicar, no obstante que la tesis basada en la asunción del compromiso no excluye en modo alguno la posibilidad de que el deber de garante traiga su fundamento genérico de una causa distinta a un acto de autonomía personal, como es el caso de la ley en los supuestos de los deberes paterno-filiales. Lo que se excluye es la posibilidad de que la mera infracción de un deber impuesto o atribuido al margen de la autonomía personal sea suficiente como presupuesto de la imputación del resultado.

Lo verdaderamente importante, a los efectos de afirmar la asunción de un compromiso es que la obligación contraída por el sujeto traiga su origen en un acto mediante el cual el sujeto toma voluntariamente y de forma inequívoca el control de un riesgo determinado, excluyendo así la intervención de terceros. Y ello con independencia de que el sujeto tenga la intención de cumplir con las obligaciones contraídas, o se haya colocado en tal situación, precisamente para asegurarse así el dominio sobre el eventual acontecer lesivo o peligroso para el bien jurídico⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, pág. 46.

⁵⁹⁷ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, págs. 124-125.

LA DESESTABILIZACIÓN DEL RIESGO

Una vez afirmado el dominio o control del riesgo por parte del omitente, es cuando puede plantearse el segundo de los elementos que conforman el juicio de equivalencia estructural: si la omisión crea normativamente un riesgo para el bien jurídico protegido. Si se admite que la peligrosidad de la conducta es un elemento esencial en la fundamentación del desvalor de acción, y en consecuencia del injusto, la omisión solo puede equivaler estructural y materialmente a la comisión activa si, al igual que ésta, aparece desde una perspectiva *ex ante* como peligrosa para el bien jurídico protegido.

Con respecto a la posibilidad de que la omisión pueda generar un riesgo, se ha objetado que si naturalísticamente ninguna omisión puede crear nada positivo tampoco puede originar peligro alguno⁵⁹⁸. Frente a esto cabe alegar que en la medida en que el riesgo no supone todavía la materialización de la lesión o el peligro en el mundo externo, tal riesgo se establece sobre la base de un juicio de probabilidad determinado por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y por otra, porque esa peligrosidad sea contrarrestada o no con medidas de precaución adecuadas.

En los delitos comisivos la peligrosidad de la conducta implica que la acción debe ser a priori adecuada –conforme al criterio de la previsibilidad objetiva- para producir el resultado disvalioso. Paralelamente se puede decir que la omisión es peligrosa cuando, al igual que la acción, crea un riesgo que, teniendo en cuenta la experiencia, hace que el resultado típico aparezca como consecuencia posible de la omisión.

⁵⁹⁸ Así, señala BACIGALUPO ZAPATER (“Comentario al artículo 11 del Código Penal”, en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 432) que “en la medida en que las omisiones no son causales es claro que no pueden por sí mismas crear ningún riesgo de lesión”. En sentido similar GRACIA MARTÍN, “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, 1995, marg. 700.

Frente a las tesis que para afirmar la peligrosidad de la omisión se fijan en la idoneidad de la acción no realizada para evitar o disminuir el peligro que amenazaba al bien jurídico, cabe oponer que el juicio de peligrosidad no se puede construir sobre la relación entre algo que nunca existió y el resultado, sobre la relación entre una ficción y una realidad. No se puede, pero tampoco se tiene por qué hacer: lo relevante para determinar la peligrosidad de la omisión no es lo que habría ocurrido de haberse realizado la conducta omitida, sino la constatación de si la omisión, en comparación con la acción omitida ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. De lo que se trata es de conectar la omisión misma, y no la acción omitida, con el resultado. Tal conexión es posible si se admite que la omisión tiene como presupuesto ontológico un comportamiento pasivo que, como forma de comportamiento, tiene capacidad de incidir positivamente en una situación de riesgo: no impidiendo que el proceso causal se inicie, o una vez iniciado, dejando que siga su curso. El riesgo, a su vez, y en cuanto no supone todavía la materialización de la lesión o del peligro en el mundo exterior, se establece sobre un juicio de probabilidad determinado, por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y por otra, porque esa peligrosidad sea contrarrestada o no por medidas de precaución adecuadas. Cuando la posibilidad de que determinados peligros ínsitos a la naturaleza misma de las cosas o creados por las fuerzas naturales o por el hombre, se desestabilicen dando lugar a un riesgo que supere el nivel de lo permitido, es preciso que se ejerza un control de tales situaciones para evitar que esa peligrosidad abstracta pueda acabar por convertirse en un riesgo relevante y no permitido para el bien jurídico protegido⁵⁹⁹.

Desde esta perspectiva, la infracción de la obligación de interponer medidas de precaución, en cuanto posibilita la expansión de un peligro lícito –

⁵⁹⁹ De lo que se trata en estos caso, como indica PAREDES CASTAÑÓN (*El riesgo permitido*, 1995, pág. 238), es de garantizar que en aquellas conductas (activas u omisivas) realizadas en el seno del tráfico jurídico no existe peligro alguno de causación de un resultado disvalioso, y que si existe, está bajo control.

mientras se tiene controlado- por encima de lo permitido, equivale a la creación activa del riesgo⁶⁰⁰. Si además tenemos en cuenta que a lo que se compromete el sujeto no es a una acción concreta, sino a la neutralización del riesgo, no se trata ya de preguntarse si es previsible que con la omisión se desestabilice el riesgo controlado por el sujeto: es evidente que al dejar de controlarse el riesgo se desestabiliza. Lo relevante, es que el sujeto haya infringido su compromiso de actuar a modo de barrera de contención de un riesgo que en caso de no ser contenido o controlado, es objetivamente previsible que acabe convirtiéndose en un riesgo relevante de producción del resultado disvalioso: la infracción de la obligación del sujeto de actuar a modo de barrera de contención supone ya -y sin necesidad de requisitos adicionales- una verdadera "creación normativa del riesgo".

En consecuencia, cuando ya el juicio objetivo ex ante ponga de relieve que la conducta que no se realiza no es apropiada para la contención del riesgo, lo que debe negarse es la propia existencia de una omisión jurídico-penalmente relevante⁶⁰¹. Y ello, porque la falta de relación ex ante entre la acción no realizada y el resultado impide afirmar que esa era la acción indicada; por lo que su no realización no pasa de ser un comportamiento pasivo, sin trascendencia penal alguna.

⁶⁰⁰ Entonces funcionalmente existe una equivalencia entre la desestabilización del nivel de lo permitido porque una acción incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado...y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una omisión, porque en contra de lo normativamente previsto, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado. GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", 1994, pág. 40.

⁶⁰¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pág. 323.

LA REALIZACIÓN DEL RIESGO INHERENTE A LA OMISIÓN

Una vez constatada la existencia de una omisión típica -en el sentido anteriormente señalado- y la producción de un resultado típico, debe analizarse, al igual que ocurre en los delitos comisivos, la cuestión relativa a la imputación del resultado. La imputación objetiva del resultado requiere la constatación de un nexo específico entre la conducta y el resultado, de modo que el resultado aparezca como la realización del riesgo penalmente relevante creado por el autor. En el caso concreto de la omisión, la realización del riesgo en el resultado implica la realización del peligro que la norma de cuidado pretendía evitar. La constatación de la relación de riesgo exige, por tanto, que el resultado concretamente acaecido encaje en el fin de protección de la norma, es decir, que coincida con la clase de causación de resultados que precisamente pretende evitar la norma de cuidado infringida.

Para la imputación objetiva del resultado típico a la omisión no es suficiente, pues, que ésta haya creado normativamente un riesgo relevante y que, además, ese riesgo sea de aquellos que la norma de cuidado infringida tenía como función evitar. Es preciso, además, que sea ese riesgo, y no otro, el que se concreta en el resultado. En consecuencia, lo determinante para la imputación objetiva es establecer si la omisión generadora de un riesgo no permitido de quien se había comprometido a neutralizar determinados riesgos, puede considerarse o no como realizada en el resultado penalmente relevante. Desde esta perspectiva, parece obvio que los criterios de imputación objetiva han de ser idénticos para la acción y la omisión.

LA INVALIDEZ DEL RECURSO A PROCESOS CAUSALES HIPOTÉTICOS COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA RELACIÓN DE RIESGO

En opinión de un amplio sector doctrinal, la determinación de si un riesgo se ha realizado o no en el resultado solo es posible a partir de cursos causales

hipotéticos; es decir, imaginándose que hubiera ocurrido si el autor se hubiera comportado de un modo distinto al que lo hizo. Desde esta perspectiva, los partidarios de la tesis de la evitabilidad entienden que el resultado es imputable a la omisión únicamente cuando, añadida mentalmente la realización de la acción indicada, se hubiera evitado la producción del resultado concreto con una probabilidad rayana en la certeza o incluso con seguridad absoluta. A fin de resolver los supuestos en los que el juicio acerca del grado de probabilidad o certeza presenta serias dificultades de prueba, se afirma -mediante un razonamiento inverso al del incremento del riesgo- que el riesgo se ha realizado en el resultado cuando se prueba que la acción omitida hubiera sido apropiada para disminuir el riesgo de producción del resultado⁶⁰².

Frente a la posible admisibilidad de la evitabilidad o la disminución del riesgo como criterios válidos para la imputación del resultado a la omisión cabe objetar, no obstante, que en la medida en que estos criterios implican el recurso a procesos causales hipotéticos pueden ser válidos para establecer la relación entre la acción omitida y el resultado típico, pero en modo alguno para la constatación del nexo de riesgo que ha de existir entre la omisión -y no la acción omitida- y el resultado finalmente acaecido⁶⁰³.

LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE RIESGO MEDIANTE EL EMPLEO DE PROCESOS CAUSALES REALES

De lo que se trata es de constatar si el resultado lo ha causado o no con toda seguridad un foco de peligro que el omitente ha convertido en "no permitido"

⁶⁰² La tesis de la disminución del riesgo "ofrece dificultades en orden a la valoración del principio in dubio pro reo y en que puede convertir los delitos de lesión en delitos de peligro". NUÑEZ PAZ, "Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal Español)", *Revista Penal*, nº 20, 2007, pág. 147.

⁶⁰³ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 149. Véase también una postura crítica con estas tesis en NUÑEZ PAZ, "Omisión impropia", 2007, pág. 146.

al no aplicar las medidas de precaución a las que previamente se había comprometido. Para ello será preciso, en primer lugar, valorar desde un punto de vista fáctico (*ex post*) la relación existente entre el riesgo no permitido creado (normativamente) a través de la omisión (*ex ante*) y el concreto resultado positivo a fin de determinar si dicho riesgo, sin duda alguna, es el que causa el resultado. En segundo lugar, habrá que proceder a una valoración normativa de los riesgos concurrentes con el objetivo de establecer la relación entre el resultado y el fin de protección de la norma.

LA REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO

Una vez constatada la existencia de una omisión típica (generadora en los términos ya señalados de un riesgo relevante en el sentido de una peligrosidad *ex ante* que sobrepasa el riesgo permitido), y la producción de un resultado típico, debe determinarse, del mismo modo que en los delitos comisivos, la constatación de un nexo específico entre la conducta y el resultado, de modo que el resultado aparezca como la realización del riesgo penalmente relevante creado por el omitente. Al igual que ocurre en los delitos comisivos, solo podrá afirmarse la existencia de un nexo de riesgo cuando sea el riesgo creado –en nuestro caso, a través de la omisión- y no otro, el que se concrete en el resultado producido. Así, tanto en el supuesto del médico que negligentemente opera a su paciente como en el de su colega que, también negligentemente omite la necesaria intervención, lo que interesa no es preguntarse qué habría ocurrido si se hubiera actuado de manera correcta en el primer caso o si se hubiera realizado la acción indicada en el segundo. Lo que realmente importa, tanto en un caso como en otro, a los efectos de constatar el nexo de riesgo, es comprobar que ha sido el riesgo no permitido creado mediante la intervención negligente o a través de la omisión –y no otro- el que se ha realizado efectivamente y sin ninguna duda en

el resultado típico: lo importante es determinar si el riesgo desestabilizado a través de la omisión ha causado con seguridad el resultado⁶⁰⁴.

Para ello habrá que comprobar que el riesgo relevante convertido en no permitido mediante la omisión es el que, sin duda alguna, causa el resultado. En la mayoría de los casos no será difícil constatar si el resultado lo ha causado o no con todo seguridad un foco de peligro que el omitente ha convertido en no permitido al no aplicar las medidas de precaución a las que previamente se había comprometido.

Imagínese el supuesto del cuidador que a pesar del grave estado de salud del anciano al que está cuidando, ni avisa a un médico ni lo lleva al hospital, produciéndose el fallecimiento del anciano. En este caso lo que hay que preguntarse no es si el resultado se habría producido igualmente en caso de haber recibido asistencia médica. Lo importante en este caso es determinar si el fallecimiento del anciano se debe al riesgo creado –en este caso desestabilizado– por el cuidador a través de su conducta omisiva. La omisión del cuidador es peligrosa en cuanto que dada la situación de gravedad del anciano el no recibir la asistencia médica adecuada es idónea, desde una perspectiva *ex ante*, para desestabilizar el riesgo que supone la enfermedad: para pasar de un riesgo tolerado a un riesgo no permitido. Sin embargo, si desde una perspectiva *ex post* se comprueba que no existe relación entre el fallecimiento y el riesgo creado por la falta de asistencia médica –porque, por ejemplo, se trata de un virus mortal para el que no existe tratamiento–: en tal caso no se puede decir que haya sido el riesgo no permitido creado a través de la omisión –el riesgo para la vida derivado de la falta de asistencia médica– el que se ha realizado en el resultado, sino el riesgo que para la vida supone un virus mortal. Aquí, el riesgo que –*ex post*– causa el resultado es absolutamente independiente del riesgo creado –normativamente y desde una perspectiva *ex ante*– a través de la omisión. Esta

⁶⁰⁴ Véase GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, 1994, pág. 45.

circunstancia fáctica, derivada exclusivamente del análisis de lo acontecido, impide ya la posibilidad de establecer la relación de riesgo que permitiría imputar al cuidador en comisión por omisión el resultado consistente en la muerte del anciano.

Para los partidarios de la teoría de la evitabilidad el ejemplo anterior vendría a ratificar la viabilidad de tal criterio, ya que mediante la determinación del curso causal real se llega a una solución idéntica a la que se habría llegado con la utilización de cursos causales hipotéticos. Sin embargo, el hecho de que en este supuesto concreto la solución hubiera sido la misma en todo caso, no significa que los razonamientos –basados en cursos causales hipotéticos o reales- sean intercambiables. Imagínese el caso del mismo cuidador que, habiéndose comprometido a dar diariamente al anciano la medicación necesaria para el correcto funcionamiento de su corazón, deja de dárselas, produciéndose como era previsible la muerte del anciano a consecuencia de un paro cardíaco. Las comprobaciones posteriores ponen de manifiesto que, por un error de laboratorio, las píldoras que el anciano tenía que haber tomado carecían del prescriptivo efecto terapéutico, de modo que hubiera fallecido también en el caso de que el cuidador hubiese actuado de acuerdo al compromiso adquirido. En este caso, y aunque no se puede decir que el comportamiento alternativo correcto habría evitado el resultado -ni siquiera que habría disminuido el riesgo de su producción- parece que sí que se da la base para la posterior afirmación de la relación de riesgo: y ello, porque a diferencia del supuesto anterior, aquí es el riesgo creado por el cuidador –y no el creado por el laboratorio farmacéutico, en su caso- el que se produce en el resultado.

En ambos ejemplos, la imputación o no imputación del resultado no depende de lo que habría ocurrido de haber seguido el autor un comportamiento alternativo correcto; esto es, de haber realizado la acción omitida. A efectos de imputación no es relevante lo que hubiera sucedido, sino lo que ha sucedido y si precisamente era eso lo que la norma infringida quería evitar. Lo decisivo debe ser si el resultado encaja o no en el fin de la norma por realizar el riesgo típico

inicial –mayor ya que el permitido- de la conducta omisiva; y si el concreto resultado, como ocurre en el primero de los ejemplos, no guarda relación con esa peligrosidad inicial no habrá imputación objetiva.

LA RELACIÓN ENTRE EL RESULTADO Y EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

En los delitos de comisión por omisión, el deber de realizar la acción indicada (deber positivo derivado de la norma de conducta), cuya infracción es lo que convierte al comportamiento pasivo en omisión, persigue impedir –al igual que en los delitos comisivos- que el riesgo creado –en el caso de la omisión “normativamente creado”- no supere determinados límites: que no exista peligro alguno de producción de un resultado disvalioso o que, si existe, esté bajo control⁶⁰⁵. Si el riesgo que causa el resultado no es uno de los que, en el caso concreto, se querían evitar con el establecimiento del deber positivo (derivado de la norma de conducta) de realizar la acción indicada, habrá que negar la existencia de una relación de riesgo; y en consecuencia la posibilidad de imputar el resultado finalmente acaecido a la conducta omisiva peligrosa (desvalor de omisión).

El fin de protección de la norma es, pues, criterio decisivo –y no meramente complementario de lo de evitabilidad o incremento del riesgo- en la resolución de los problemas de la realización del riesgo. La imputación del resultado exige que éste sea el reflejo del desvalor de acción; es decir, la materialización del riesgo en virtud del cual se prohíbe u ordena la conducta⁶⁰⁶. En la relación que nos interesa de lo que se trata es de poner en contacto el

⁶⁰⁵ Véase al respecto PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, pág. 238.

⁶⁰⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pág. 264. Véase asimismo GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1996, págs. 142-143.

resultado con un elemento eminentemente normativo: la infracción del deber de cuidado, que en el caso de la omisión tiene el mismo objeto que el deber de garante: la realización de una acción que mantenga la conducta peligrosa dentro del riesgo permitido⁶⁰⁷. Por consiguiente habrá que comprobar que el resultado concretamente causado encaje en el fin de protección de la norma: que coincida con el tipo de causación de resultados que tenía por finalidad evitar la concreta medida de cuidado lesionada.

El cuidado debido -o más exactamente las concretas medidas de cuidado- no se entienden aquí de manera autónoma, sino como deberes derivados de la norma de conducta. Desde esta perspectiva de lo que se trata es de determinar la finalidad específica que cumple el concreto deber de actuar o de abstenerse derivado en el seno del fin más amplio de la norma de conducta dirigida a impedir que con la propia actuación se superen determinados niveles de riesgo.

La utilización del criterio del fin de protección de la norma para la constatación de la realización del riesgo en el resultado, permite negar la imputación del resultado en supuestos en los que las teorías de la evitabilidad o del incremento del riesgo habrían afirmado la realización del riesgo en el resultado. Un claro ejemplo de ello serían los supuestos de riesgos concurrentes no independientes entre sí⁶⁰⁸, en la que tanto los partidarios de la teoría de la evitabilidad como los seguidores de la tesis del incremento del riesgo afirmarían, en todo caso, la existencia de una relación de riesgo. Mediante el criterio del fin de protección de la norma, sin embargo, la relación de riesgo solo podrá afirmarse cuando el resultado -en la forma concreta en que se ha producido- sea la realización o concreción del riesgo que se pretendía evitar mediante la realización de la acción indicada. Por el contrario, cuando el resultado

⁶⁰⁷ Véanse al respecto GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia*, 2003, pág. 52; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pág. 258; y PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, págs. 230-231 y 238

⁶⁰⁸ RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad*, 2005, pág. 154.

efectivamente acaecido no sea uno de los concretos resultados que la norma de cuidado (de la que forma parte la acción indicada) pretendía evitar, dicho resultado no podrá serle imputado a la omisión como obra de su peligrosidad, sino que su producción se deberá al azar o a la aparición de otros procesos.

El criterio del fin de protección de la norma también nos va a permitir determinar la relación de riesgo en los supuestos de conducta alternativa a Derecho y cursos causales anómalos sin necesidad de acudir a otros criterios, como la causalidad hipotética o la disminución del riesgo, cuya aplicabilidad es bastante dudosa cuando se trata de imputar el resultado a una omisión.

BIBLIOGRAFÍA

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (2001), *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Enrique, BACIGALUPO ZAPATER (1999), "Comentario al artículo 11 del Código Penal", en COBO DEL ROSAL (Director.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, EDERSA, Madrid.

Juan BUSTOS RAMÍREZ./HERNÁN HORMAZABAL MALAREE, H. (2006), *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Trotta, Madrid.

Alberto, CADOPPI (1989), "Non-evento' e beni giuridici 'relativi': spunti per una reinterpretazione dei reati omissive proprie in chiave di offensività", *L'Indice Penale*, nº 2, 1989.

Joaquín CUELLO CONTRERAS (2011), "Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito", *Indret*, 1/2011.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª., de 8 de octubre de 1991), *Poder Judicial*, nº 24, 1991.

Patricia FARALDO CABANA (1999), “El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, *Revista del Poder Judicial*, nº 55, 1999.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1970), “Recensión del libro ‘Delitos impropios de omisión’ de E. Bacigalupo”, *ADPCP*, Tomo XXII, 1970.

- (1990) “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

-(1994), “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADPCP*, Tomo XXXVII, 1994.

-(1996), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

-(2003), *La Causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe.

María del Carmen GÓMEZ RIVERO (1998), “La intervención omisiva en el suicidio de un tercero”, *Actualidad Penal*, nº 45, 1998.

Luís GRACIA MARTÍN (1995), “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, *Actualidad Penal*, nº 38, 1995.

-(2001) “Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, en AAVV, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED*, UNED, Madrid.

Elena LARRAURI PIJUÁN(1988), “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”, *ADPCP*, Tomo 41, 1988.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002), *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA (1991), “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Estudios Penales*, PPU S.A., Barcelona, 1991.

- (1999), *Curso de Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Universitas, Madrid, 1999.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA (1992), *La imputación objetiva del resultado*, EDERSA, Madrid.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2001), “La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológica-funcionales del delito” en Adán NIETO (coordinador), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Vol. II, Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

Iván MEINI (2009), *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, ARA Editores, Lima.

Santiago MIR PUIG (2005), *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., PPU S.A., Barcelona.

Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN (2010), *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (2007), "Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal Español)", *Revista Penal*, nº 20, 2007.

-(2007), "Notas sobre la acción, la omisión y la comisión por omisión", PÉREZ ÁLVAREZ/NÚÑEZ PAZ/GARCÍA ALFARAZ (Coordinadores), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

Pietro NUVOLONE (1982), *Il Sistema del Diritto Penale*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 1982.

José Manuel PAREDES CASTAÑÓN (1995), *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Ministerio de Justicia, Madrid.

-(2000), "De nuevo sobre el caso de la colza: una réplica", *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, nº 5, 2000.

José Manuel PAREDES CASTAÑÓN/Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑES (1995), *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Rafael REBOLLO VARGAS (2001), "Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español", en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coordinadores.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.

Luís REGIS PRADO (2011), "La norma penal como modo de conducta", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, 2011.

Ricardo ROBLES PLANAS (2012), "Los dos sistemas de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)", *Indret*, 2/2012.

María José RODRÍGUEZ MESA (2005), *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Navarra.

- (2006), "Autoría y participación en comisión por omisión", *Revista de Derecho Penal*, nº 1, 2006, Monográfico dedicado a la autoría y participación, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

Claus ROXIN (1997), *Derecho penal. Parte General*, T. I, (trad. y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal), Civitas, Madrid.

-(2007), "Injerencia e imputación objetiva", *Revista Penal*, nº 19, 2007.

Bernard SCHÜNEMANN (1971), *Grund und Grenzen de unechten Unterlassungsdelikte*, O. Schwartz, Göttingen.

-(1994), "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (Editores.), *Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-alemanas de Derecho penal en homenaje a al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor 'Honoris Causa' por la Universidad Complutense de Madrid*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (1989), "Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 38, 1989.

(1999), "Comentario al artículo 11 del Código Penal" en COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1999.

(1996), "Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación" en VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (directores), *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (PG), Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

(1986), *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 1ª ed., Bosch, Barcelona.

(2003), *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 2ª ed., J.C. Faira, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

**BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD. BASES HISTÓRICAS Y
CONCEPTUALES SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA
PENAL**

Prof. Msc. Carlos Sánchez Escobar

*Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador)
y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer*

SUMARIO: Introducción. **I.** Desarrollo histórico dogmático del bien jurídico. **II.** El concepto de bien jurídico. **III.** Las funciones del bien jurídico. **IV.** Cualidades del bien jurídico. **V.** La protección del bien jurídico en el Estado Constitucional de Derecho. **VI.** Bien jurídico y principio de mínima intervención. **VII.** Bien jurídico y política criminal. **VIII.** Merecimiento de tutela y bien jurídico. **IX.** Principio de lesividad. **X.** Rango constitucional del bien jurídico. **XI.** Fundamentación del principio de lesividad. **XII.** Fundamento limitativo del principio de lesividad. **XIII.** Lesividad del bien jurídico, tipo y tipicidad. **XIV.** Bien jurídico y lesión. **XV.** Bien jurídico y simbolismo penal. **XVI.** Principio de lesividad en la configuración del merecimiento. **XVII.** Principio de lesividad respecto de la afectación del bien jurídico. **XVIII.** Bien jurídico y dosimetría penal. **XIX.** Creación de infracciones penales sin bienes jurídicos.

RESUMEN: El presente artículo se realiza con el propósito de rendir homenaje al profesor Francisco Castillo González, uno de los más connotados juristas en América Latina. El trabajo se centra en un desarrollo sobre el bien jurídico penalmente protegido. Para esto, primeramente se hará un repaso sobre el desarrollo histórico del bien jurídico; luego, se presentan unas apostillas sobre su significación, y se retoman los hilos de pensamiento de algunos autores que han formulado importantes consideraciones en torno a este tópico. Para finalizar, se examinan algunas cuestiones sistemáticas entre el objeto de protección

criminal y otras instituciones del derecho penal, tratando de presentar una perspectiva crítica.

PALABRAS CLAVE: bien jurídico, principio de lesividad, principio de mínima intervención

ABSTRACT: This article is done in order to pay tribute to Professor Francisco Castillo González, one of the most prominent jurists in Latin America. The paper focuses on the development of the legally protected asset. For this purpose, first, we will review the historical development of the legal asset; then, we present some notations concerning its significance, and some threads of thoughts of some authors who have made important considerations on this topic. Finally, it discusses some issues between the object of criminal protection and other institutions of criminal law, trying to present a critical perspective.

KEYWORDS: legal asset, principle of harmfulness, principle of minimum intervention.

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 9 de octubre de 2013.

INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que se exponen a consideración de la Academia, tratan de uno de los temas que siempre resultan actual, complejo y polémico, puesto que las discusiones históricas, filosóficas, políticas, sociales y jurídicas –entre otras– que se desarrollan en torno al objeto jurídico de protección de las normas penales, parecen seguir el rumbo de Sísifo, tratando de dar contenido y justificación, a cuál es el marco idóneo a ser tutelado por el derecho subjetivo del Estado para castigar. En esa línea de pensamiento se inscribe las ideas que se exponen: a ese fin se hace un repaso sobre el desarrollo histórico del bien jurídico, se presentan igualmente unas apostillas sobre su significación;

posteriormente –de manera discrecional– se retoman los hilos del pensamiento de algunos autores que han formulado consideraciones sobre la cuestión del bien jurídico; y para finalizar se examinan algunas cuestiones sistemáticas entre el objeto de protección criminal y otras instituciones del derecho penal, tratando de presentar una perspectiva crítica.

Tales pensamientos, se presentan con la finalidad de honrar el magisterio de uno de los juristas más connotados en las ciencias penales en nuestra América Latina, el Doctor Francisco Castillo González; su obra es vasta, y demuestra la pasión de su autor por las ciencias penales que tan pulcramente ha cultivado, por ello, es loable, este inmenso gesto de la Academia costarricense de honrar a uno de sus hijos más insignes, lo cual dignifica también a la misma, y a toda la comunidad jurídica costarricense.

No ha sido fácil entre tantos tópicos que el homenajado ha escrito, escoger uno de ellos sobre el cual presentar nuestras ideas, pero me pareció oportuno referirme al tema del bien jurídico –siempre vigente y polémico– sobre el cual Don Francisco ha escrito una excelente monografía intitulada “El bien jurídico penalmente protegido”; de esta manera me permito añadir mi respeto al agasajado; y agradezco a Don Javier Llobet la invitación para honrar a Don Francisco Castillo, de quien se puede afirmar ha cumplido en la Academia con toda justeza la máxima Kantiana “ *Habeoeris aude Sapere tui ratio*” o “Ten el valor de servirte de tu propia razón”.

I. DESARROLLO HISTÓRICO DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO

En la actualidad un sector mayoritario de la doctrina reconoce que el Principio de Exclusiva Protección de bienes jurídicos significa un verdadero límite al *ius puniendi* del Estado y en tal sentido se erige como un principio político

fundamental dentro de un esquema de derecho penal que aspire a ser democrático⁶⁰⁹.

Sin embargo tal línea argumental no siempre campeó en el derecho penal, previo al periodo del iluminismo, en la época del absolutismo no ilustrado, el delito constituía un ataque a la divinidad, mediante la agresión a su vicario, el rey; en tal sentido el daño se infringía al orden divino y únicamente podía ser reparado por la pena que tenía carácter expiatorio⁶¹⁰. El ámbito de protección del delito, como se advierte, era el orden divino, tal como aconteció en un Estado de orden teocrático⁶¹¹.

1. La protección de los derechos subjetivos de Feuerbach

Quebrantado el Estado Feudal de orden absolutista, mediante la ideología del iluminismo, la base política-ideológica del contrato social se mediatizó en el derecho penal, legitimando su intervención sobre la base de la exclusiva protección de derechos subjetivos, esa fue la visión liberal y garantista propuesta por Feuerbach como misión del derecho penal. En esa percepción el delito tendrá como eje central las conductas que dañen derechos subjetivos que pueden ser particulares o del Estado⁶¹². Tal discurso significó un límite al poder

⁶⁰⁹ En tal sentido puede verse: HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal". Editorial Bosch, Barcelona, España, 1984 p 37; HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant Le Blanch. Barcelona. España, 1989 p 103; MIR PUIG, Santiago. "Introducción a las Bases del Derecho Penal", Editorial Bosch. Barcelona. España. 1976 p 128. MIR PUIG. Santiago. "Función de la Penal y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho". Editorial Bosch. Barcelona. España. 1976 p 30; STRATENWERTH, Günter, "Derecho Penal. Parte General". Volumen I, Editorial Edersa, Madrid, España, 1982 p 3. ROXIN, Claus y TIEDEMANN, Klaus. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal". Editorial Ariel. Barcelona. España. 1989 pp 22 a 23.

⁶¹⁰ Confrontar con: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal". Primera Edición. PPU. Barcelona. España. 1991 p 14.

⁶¹¹ Sobre ello CASTILLO GONZÁLEZ Francisco "El bien jurídico penalmente protegido". Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008 p 3.

⁶¹² Ver FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Bien Jurídico y Sistema del Delito". Editorial. B de F. Montevideo. Uruguay. 2004 pp 11 a 13

penal del Estado reflejado en el área del derecho sancionador, pues reducir la actividad punitiva del poder penal respecto de las conductas que lesionen derechos subjetivos, trajo como consecuencia una restricción de lo punible en el marco del derecho, puesto que aquellas conductas que afectaban orden religioso o moral, salieron de la esfera del derecho penal para quedar relegadas a la esfera policial; así al derecho penal le correspondería actuar cuando la conducta lesione efectivamente un derecho y a la policía le correspondería una actividad preventiva para evitar la puesta en peligro de los derechos, lo cual se aduce en aquellas conductas de desobediencia al Estado⁶¹³.

Bajo la visión de Feuerbach el objeto jurídico de protección del delito se construye sobre la base de los derechos subjetivos, asumiendo una función garantista de corte liberal frente al poder penal del Estado⁶¹⁴; pues por una parte sólo se tiene como delito aquellas conductas lesionadoras de derechos subjetivos, y en tal sentido se frena la arbitrariedad estatal en la descripción delictiva, enervándose la indeterminación de las acciones delictivas; y por otra, se otorga un ámbito de protección a las libertades del hombre, quien ya no queda a merced de las decisiones discrecionales del poder estatal⁶¹⁵. En suma, para FEUERBACH, la base material del delito, es decir, su objeto de protección, radica en la lesión de los derechos subjetivos, cuya tutela corresponde al derecho penal⁶¹⁶.

2. La Visión de la Restauración. La tesis de que el sustrato material del delito radica en la lesión de derechos subjetivos, fue rápidamente cuestionada

⁶¹³ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit p 15.

⁶¹⁴ Ver NIÑO Luis Fernando "El Bien jurídico como referencia garantista". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2008 p 3.

⁶¹⁵ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit pp 17 a 18.

⁶¹⁶ FEUERBACH, Paul. Johann, Anselm Ritter Von. "Tratado de Derecho Penal". Traducción al castellano de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer del Tratado de Derecho Penal Común vigente en Alemania. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 pp 64 a 65.

por la ideología sustentada en el movimiento de la restauración, pues para sus fines políticos, el derecho penal debería tener un carácter expansivo, es por ello que a partir del fundamento de las ideas Hegelianas (racionalismo histórico) van a dotar de contenido al delito, considerando que este debe construirse no a partir de las lesiones de derechos subjetivos, sino de la desobediencia normativa, es decir, el objeto de la dañosidad que ampara la norma penal es la voluntad general que emana del Estado, la cual debe ser obedecida según el mandato normativo⁶¹⁷.

3. El enfoque de Birnbaum. El aporte del concepto bien jurídico. La anterior visión que muestra un derecho penal más expansivo y autoritario, fue reformulado por JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM quien introdujo en la esfera del derecho penal la categoría de bien jurídico⁶¹⁸; para el precitado autor, las acciones u omisiones consideradas delictivas, no lesionan derechos subjetivos, sino que afectan bienes jurídicos⁶¹⁹, los cuales le son concedidos al hombre, ora por el orden natural, ora por la organización social, y en tal sentido tienen un carácter pre-jurídico. Bajo este orden de ideas, clasifica los delitos en naturales

⁶¹⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp. 24 a 25.

⁶¹⁸ De communis opinio sobre la paternidad de Birnbaum respecto de la noción de bien jurídico: CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 24; FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo “Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. Traducción de Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2006 p 33; STRATENWERTH Günter “Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible. Cuarta edición totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 65; MIR PUIG Santiago “Derecho Penal. Parte General. 7 Edición. Reimpresión. B de F. Montevideo. Uruguay. 2005 p 129; FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 14; ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”. Tomo I. Traducción de la Segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García, y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 55;

⁶¹⁹ BIRNBAUM Johann Michael Franz “Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito”. Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 2010 pp 58 a 59.

y sociales, según provengan de la fuente de la razón social, y en individuales y colectivos, según atentan contra un bien jurídico colectivo⁶²⁰.

En síntesis, BIRNBAUM concluye que las lesiones personales o colectivas, son el objeto de protección del delito, lo cual satisface el Estado mediante la amenaza de la norma penal. En tal sentido se avala también la incriminación moral o religiosa, las cuales se insertan en los bienes colectivos, cuyo sustrato es un sentimiento ético del pueblo⁶²¹;

El concepto de bien jurídico, acuñado por BIRNBAUM se va a vincular con el pensamiento positivista, pues para esta corriente del pensamiento (último tercio del siglo XIX) el Estado ha asumido una función decididamente intervencionista, ello significará que en el área del derecho penal, la extensión del poder punitivo del Estado, y el delito se construirá sobre la base de los bienes jurídicos, pero sobre aquellas valoraciones que el Estado estime como necesarias atendiendo a sus propios fines, pero con un sentido de dañosidad social⁶²². La noción del bien jurídico dentro del positivismo se erigirá en dos corrientes distintas, la del racionalismo positivista de KARL BINDING y el positivismo iusnaturalista de FRANK VON LISZT⁶²³.

⁶²⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit p 28.

⁶²¹ Los fundamentos de la teoría del bien jurídico propuesta por Birnbaum, es objeto de reflexión para hurgar si en esencia la determinación de los bienes como sustrato de la norma penal, significa un límite al poder punitivo estatal, o si por el contrario contribuyó a dotar de una base más sólida al movimiento de la restauración en el sentido de legitimar la intervención punitiva del Estado; esta última parece ser la opción más correcta, puesto que en el pensamiento de Birnbaum se reconoce que el único sujeto capaz de dar sentido a los bienes jurídicos es el Estado como titular de la soberanía. Sobre ello BIRNBAUM Johann Michael Franz "Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito" Op cit p 59.

⁶²² En tal sentido SCHÜNEMANN Bernd "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación" en HEFENDEHL Roland "La teoría del bien jurídico". Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos". Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 207.

⁶²³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Bien Jurídico..." Op cit p 39.

4. Positivismo y Bien Jurídico. La Tesis de Binding. Para la tesis de BINDING, el bien jurídico es un producto conceptual exclusivamente jurídico –entiéndase normativizado– pues resulta de la voluntad del legiferante contenida en la creación de la norma penal⁶²⁴, en tal sentido el bien jurídico como objeto protegido por la norma, ya no tiene un contenido metajurídico, sino objetivado a partir del mundo del derecho y justificado por sí mismo, por ser una creación del Estado⁶²⁵. En suma, los bienes jurídicos se definen como los objetos cosificados de los derechos que constituyen bienes en el plano jurídico⁶²⁶; es decir, son las normas las que conforman la esencia del derecho penal, y las mismas son deducibles de la ley penal, pero son precedente a ellas; tal orden normativo consiste en los imperativos de prohibir o mandar a realizar una conducta.

En tal sentido, se afirma que las acciones y omisiones del delincuente no contravienen la ley penal, sino que la cumplen, siendo que, lo infringido son las normas, aunque en el ámbito de la lesión BINDING aclara que la dañosidad recae sobre los bienes jurídicos que están contenidos en la norma penal⁶²⁷.

En resumen, la teoría Bindigniana, señala que el delito se constituye por una infracción al deber de obediencia que el ciudadano tiene con el Estado⁶²⁸, el cual es el titular de ese derecho subjetivo público, en pero el delito no lesiona ni

⁶²⁴ Confrontar NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” p 9; FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” p 18; CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 25.

⁶²⁵ Sobre ello FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 19.

⁶²⁶ Para un estudio más pormenorizado de la teoría de las normas de Binding, resulta ilustrativo las referencias de KAUFMANN Arminn “Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977.

⁶²⁷ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit. p 10.

⁶²⁸ Precisamente por ello se materializa una especie de deber de obediencia de los súbditos ante la autoridad en este caso expresado por el imperio de la norma –Recht auf Botmässigkeit– y la desobediencia genera la lesión del derecho; por ello es que el delito se constituye como una infracción del deber, más precisamente como una violación a un deber jurídico –Pflichtverletzung– siendo la infracción a ese deber de obediencia los más importante. Sobre ello FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 19.

la norma, ni el derecho subjetivo, sino los bienes jurídicos que le sirven de sustrato; en tal sentido, si toda norma penal tiene a su base un interés jurídico, toda desobediencia a la norma constituye una lesión para el bien jurídico que la misma contiene⁶²⁹.

5. La Postura de von Liszt. La comprensión del bien jurídico para FRANK VON LISZT –que sigue una línea de pensamiento positivista iusnaturalista⁶³⁰– es opuesto al contenido formulista contenido por BINDING; para aquél autor, el bien jurídico “es una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del derecho le da la calidad de bien jurídico”.⁶³¹

La concepción del interés jurídico expuesta, entraña un contenido sociológico, pues el marco referente para la creación de los bienes jurídicos, no lo es el mundo del derecho, sino el mundo social, del cual el legislador los obtiene –los bienes– mediante una decisión política en coherencia con el sustrato social, tiene entonces una amplia base material⁶³²; ello es entendible, pues para VON LISZT el derecho penal está íntimamente vinculado con las distintas ciencias penales, dentro de las que destaca la política criminal⁶³³, y precisamente en los límites del derecho penal y la política criminal, tal autor sitúa el bien jurídico.

En suma von Liszt, conceptualiza el bien jurídico como los intereses vitales del individuo o del colectivo social que se encuentran tutelados por el

⁶²⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op cit pp 39 a 42.

⁶³⁰ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit p 11.

⁶³¹ LISZT, Frank von “Tratado de Derecho Penal”. Tomo II. Editorial Reus. Madrid. España 1926 p 2. Sobre ello también SCHÜNEMANN Bernd “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” Op cit p 209.

⁶³² FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo “Derecho Penal” Op cit p 34.

⁶³³ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 25.

derecho penal, distinguiendo que estos bienes no son exclusivos del derecho sino de los hombres⁶³⁴.

6. El Periodo Neokantista y el posterior desarrollo de la Escuela de Kiel. Durante mucho tiempo la consideración de que el derecho penal, tenía como objeto la protección de bienes jurídicos se mantuvo en el discurso del sistema bajo el esquema de BINDING–LISZT; sin embargo, ante la visión positivista, el método científico experimental, y la visión empírica demostrativa, surge una nueva formulación valorativa⁶³⁵, que se opone a la visión naturalista del fenómeno del delito, y sostiene que las “ciencias del espíritu se rigen por principios diferentes –entre ellos el de normatividad– los cuales son diferentes al paradigma positivista⁶³⁶.

En tal sentido, en sus fundamentos filosóficos metodológicos, se sostiene que las ciencias culturales –entre ellas la jurídica– resultan explicables, no en una fórmula demostrativa natural, sino mediante análisis valorativos, se trata de disciplinas con un profundo sentido axiológico, que solo resultan satisfactoriamente comprensibles, desde una perspectiva valorativa ideal⁶³⁷ al grado que el derecho entendido como ciencia de los valores o normativa⁶³⁸.

⁶³⁴ Para una lectura completa de esta concepción ver: LISZT, Frank von “Tratado de Derecho Penal”. Op cit p 324 y siguientes.

⁶³⁵ En tal sentido es fundamental la determinación de si el daño social debe quedar restringido a derechos personales, o debe ser visto desde una dimensión diferente, es decir como lesión al orden valorativo. Sobre ello MOLINA FERNÁNDEZ Fernando “Antijuridicidad Penal y Sistema de Delito”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia 2001 p 269 y ss.

⁶³⁶ Ciertamente la reacción se ha calificado como de anti-positivista y fue abanderada por la llamada Escuela de Badem o Sudoccidental Alemana. Ver sobre ello LARENZ Karl “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Traducción de M. Rodríguez Molinero. Ariel. Barcelona. España. 2001 p 113 y ss.

⁶³⁷ Sobre ello DILTHEY Wilhelm “Introducción a las Ciencias del Espíritu. Traducción de Eugenio Imaz. Fondo de Cultura Económica. México. D.F. 1944 p 56 y ss.

⁶³⁸ Ver MAYER Max Ernst “Normas jurídicas y normas de cultura”. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina p 61.

Dentro de esta visión Neokantista, fue *Honing* quien propuso una visión del bien jurídico en sentido reducida, como formulación de sintética que expresa una especie de esencia *legislatoris*, determinando la finalidad de la norma, mediante categorías comprensivas, por lo cual, el bien jurídico solo presenta un mero sentido interpretativo, sin capacidad limitadora⁶³⁹. Por su parte *Wolf* presenta una visión trascendente del bien jurídico, puesto que la función de tal categoría se expresa en la defensa de los bienes culturales, los cuales son anteriores, al derecho, siendo este la expresión de concreción de aquellos para su tutela, así la lesión de una norma de cultura –valores éticos sociales– expresa la lesión jurídica, puesto que el fin del derecho es dispensarles tutelad a las normas de cultura, expresión de las normas jurídicas⁶⁴⁰.

Debe señalarse entonces que desde esta visión Neokantista hasta el período del nacional socialismo, se sentaron bases para la exclusión del bien jurídico, como objeto de protección, pues los fundamentos teleológicos –*Honing*– o culturales –*Wolf*– no significaban una verdadera limitación al poder penal, de ahí, las posturas del nacionalsocialismo desembocaron en una desmaterialización del contenido del bien jurídico sintetizándolo al máximo como expresión meramente metodológica⁶⁴¹.

En efecto, el impulso de una visión totalitaria significo el sometimiento del Estado de Derecho, y el quebrantamiento de la ley ante la expresión del poder⁶⁴²; en ese estado de cosas proclamado desde la Escuela de Kiel⁶⁴³ –*Kieler-Schule*–

⁶³⁹ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit p 15.

⁶⁴⁰ WOLF Erick “El carácter problemático y necesario de la ciencia del Derecho”. Traducción de Eduardo A. Vásquez. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina p 54 y ss.

⁶⁴¹ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 26.

⁶⁴² Sobre ello RADBRUCH Gustav “Relativismo y Derecho”. Traducción de Luis Villar Borda. Temis. Bogotá. 1992 p 12.

⁶⁴³ BUSTOS RAMÍREZ Juan “Introducción al Derecho Penal. Segunda Edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1994 p 154 a 157

el bien jurídico fue prácticamente aniquilado, el fundamento del derecho es el intuicionismo fuente reconocida para legitimar la función penal a partir del “*el sano espíritu del pueblo*”⁶⁴⁴; el derecho penal se estructura a partir de una especie de voluntarismo⁶⁴⁵ –*Willensstrafrecht*– por el cual la esencial del delito proviene de la contrariedad subjetiva ante el deber jurídico –como lo expone *Schaffstein*– o se sustenta en la llamada “rebelión subjetiva contra la comunidad y la ley interna de ésta”, según la afirmación de *Dahm*; en tal sentido, el bien jurídico como categoría de límite, pierde su función, puesto que el delito no ofende bienes jurídicos, sino una especie de aspectos espirituales de contrariedad al derecho de la comunidad, y por ello, el delito es expresión de lesión a deberes ante la comunidad.

Con lo anterior se indica la instrumentalización de que puede ser objeto el bien jurídico, y las nocivas consecuencias que pueden devenirse tal como se demostró en el corto período del Nazismo y de la Escuela de KIEL.⁶⁴⁶; desmontándose el Estado de derecho y sus principios sustanciales, los derechos fundamentales, y la seguridad jurídica⁶⁴⁷. La reacción al período del oscurantismo nazi, estaría encaminada por dos corrientes: la impulsada por HELLMUNTH MAYER (visión neohegeliana) y la de Hans Welzel (visión fenomenológica).

7. La Visión de Hellmuth Mayer. Para MAYER el núcleo del delito está fundado en el desvalor de acción, el cual no alcanza a ser comprendido en toda su extensión por la dañosidad social; en tal sentido no suscribe la tesis de que el

⁶⁴⁴ MIR PUIG Santiago “Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método. 2° edición. B de F. Montevideo. Uruguay. 2002 p 235 y ss.

⁶⁴⁵ Ver JIMÉNEZ DE ASÚA Luis “El Criminalista”. Editorial La Ley. Tomo VII. Buenos Aires. Argentina. 1947 pp 75 a 76.

⁶⁴⁶ Ver las ideas sobre este período que expone HORMAZABAL MALARÉE. “El Bien Jurídico...” Op cit pp 63 a 71.

⁶⁴⁷ Amplia y magistralmente sobre ello LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Justicia Penal en el Estado Arbitrario. La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2004 p 42 y ss.

derecho penal tendrá por objeto principal la protección de bienes jurídicos; tal función del poder penal se la concede a la vigencia del orden moral del pueblo. Así, aunque no niega que el derecho penal protege bienes jurídicos, mediatiza su tutela a la del orden moral del pueblo. Si la norma penal resulta afectada por la acción disvaliosa, también se afectará a los bienes jurídicos, los cuales son referentes de la vida social del pueblo.⁶⁴⁸

8. El Esquema de Hans Welzel. Para el profesor WELZEL el fundamento del delito no está en la exclusiva protección de los bienes jurídicos, sino en el quebrantamiento de los deberes de carácter ético-social⁶⁴⁹, en tal sentido el derecho penal cumple una finalidad ético-social al asegurar “la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica... “y también” dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanecer en la fidelidad jurídica”; así la sanción por el derecho a la inobservancia normativa garantiza la protección de los bienes jurídicos a los cuales se refieren los valores, confirmándose la fidelidad normativa⁶⁵⁰.

Como se advierte, WELZEL no excluye de la esfera del derecho penal al bien jurídico, pero no lo inmediatiza como su objeto principal de tutela, sino que lo subordina a las infracciones con un disvalor de carácter ético-social, de ahí la distinción entre desvalor de acto y desvalor del injusto. Pues bien, para este autor el bien jurídico constituye un bien vital de la comunidad⁶⁵¹, aunque la autoridad del derecho penal está dirigida a otorgar protección a los valores de conciencia de carácter ético social, la cual se logra a través de la escogencia y defensa de los bienes jurídicos, sobre todo en el aporte que tendrá como elemento central de la antijuridicidad material, tal posición de Welzel fue objeto de críticas las

⁶⁴⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 77 a 80.

⁶⁴⁹ FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” p 39 a 40.

⁶⁵⁰ Ver WELZEL Hans “Derecho Penal Alemán”. Parte General. 11° edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993 p 3.

⁶⁵¹ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit p 21.

cuales giraron sobre la base eticista en la cual insertó el derecho penal y que privilegió sobremanera en ese esquema⁶⁵².

9. Los Enfoques Funcionalistas. Al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se han opuesto diferentes matizaciones, las teorías funcionalistas, las cuales tratan de explicar y legitimar al derecho penal desde una perspectiva sociológica⁶⁵³, abandonando los cimientos filosófico-políticos que sirvieron de base al derecho penal; su fundamento lo han encontrado en el funcionalismo antiguo y actualmente en el llamado funcionalismo sistémico.

Para el funcionalismo sistémico, la realidad social no se integra esencialmente por cosas, sino por sistemas que se constituyen a través de la interrelación de las conductas de sus miembros, en ese sentido, la sociedad conforma un sistema total; este sistema se ve formado por una pluralidad de actores que interactúan en situaciones específicas motivadas por recíprocas expectativas. Los fines de los sujetos interactuantes son los fines del sistema que resulta privilegiado por encima del hombre. Estos fines se alcanzaran o se perturbaran según los sujetos cumplan con la función o no que les otorgue el sistema y por ende con las expectativas creadas, según el rol que cada uno tenga que asumir⁶⁵⁴.

En esta visión resultan importantes los conceptos de función y disfunción, son funcionales todas las condiciones que permitan y ayuden al desarrollo del sistema, y serán disfuncionales aquellas condiciones que afecten o resten eficacia al mantenimiento del sistema. Ahora para lograr un funcionamiento sistémico, es necesario un factor de conexión que integre a los sujetos del

⁶⁵² Sobre ello CASTILLO GONZÁLEZ Francisco "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008 p 35.

⁶⁵³ FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Bien Jurídico y Sistema del Delito" Op cit pp. 56.

⁶⁵⁴ *Ibíd* p 57.

sistema; tal factor se hace recaer en los aspectos morales que generan un sistema de valores asumidos por los sujetos del cuerpo social.

Para las teorías del funcionalismo sistémico, el cumplimiento de las expectativas ya no puede dejarse en la confianza que el sujeto cumplirá con su función, dada las complejidades de las sociedades post industriales, así los márgenes de confianza para que el sistema funcione debe descansar en el ámbito institucional y en tal sentido el cumplimiento recíproco de las expectativas que permita conexión social se confiere al sistema normativo. De tal suerte que la violación normativa defraudara las expectativas de confianza a la cual sólo se verá renovada con la reafirmación del derecho como reacción a las conductas disfuncionales⁶⁵⁵. En suma, y en lo que aquí nos interesa destacar, son eventos disfuncionales, todos los fenómenos –incluido el delito– que afecten el sistema social y escindan el equilibrio sistémico. Desde esa noción, el bien jurídico resulta relativizado a la más mínima expresión, pues lo que interesa proteger es la funcionalidad del sistema, lo cual se realiza mediante la vigencia del orden normativo. Así para los que se inscriben en el pensamiento funcionalista, el concepto de bien jurídico y su función resulta preocupantemente mediatizado por los fines de la vigencia de la norma.

10. El pensamiento de Karl Amelung. Para AMELUNG el contenido del bien jurídico resulta condicionado por lo que es socialmente dañoso⁶⁵⁶, y esta situación se determina por la disfunción de las conductas (acciones y omisiones disvaliosas) que contradicen las normas que tienen por objeto mantener la cohesión de la sociedad. La dañiosidad de esas conductas lo serán en cuanto afecten al sistema y no al individuo⁶⁵⁷. Es por ello que AMELUNG entiende como bien jurídico *“las condiciones de existencia de la vida social”*, e indica que el bien

⁶⁵⁵ Sobre los fundamentos funcionalistas HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 93 a 106.

⁶⁵⁶ FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 59.

⁶⁵⁷ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit pp 47 a 48.

jurídico sólo individualiza al objeto dañado por el delito, pero tal objeto es determinado por el legislador atendiendo a una valoración de dañosidad social⁶⁵⁸, en tal sentido el legisferante tiene amplios poderes de configuración para determinar que objetos son merecedores de protección, según su noción de nocividad social.⁶⁵⁹

11. La Postura de Jakobs. Para GÜNTHER JAKOBS, el bien jurídico no es el instrumento conceptual idóneo para legitimar la función del derecho penal, tal fundamento lo acuerda para la vigencia de las normas, el bien jurídico no es un elemento legitimador del derecho penal⁶⁶⁰. En tal sentido, se indica que el derecho penal desde la vigencia de sus normas –que sería lo esencial– aporta lo necesario para mantener la unidad del sistema social, lo cual se logra asegurando que las expectativas no queden defraudadas mediante las conductas disfuncionales.

En este contexto, se propone reemplazar la función del bien jurídico como objeto de protección de la norma por la vigencia de la norma misma, constituida ergo en un bien para el derecho penal.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ Así, AMELUNG Knut “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” en HEFENDEHL Roland “La teoría del bien jurídico”. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos”. Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 228.

⁶⁵⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 109 a 111.

⁶⁶⁰ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “Derecho Penal. Parte General” Op cit p 36.

⁶⁶¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit pp 112 a 113. Para tener un panorama aproximativo de la visión de Jakobs sobre la función normativa como garante de la confianza y de las expectativas y su importancia justificativa para el sistema penal, conviene citar algunas de sus particulares consideraciones, así dice él profesor De Bonn “(B) Protección de normas: ¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas... Dicho de modo extremo: el Derecho debe proteger lo más sagrado, es decir, aquello que “hoy y siempre con sentimientos cada vez más intensos, une cada vez más a los espíritus”... ¿y qué es lo que une? Ciertamente el punto de partida aquí escogido no es una garantía de que las normas en cuestión, sean normas jurídicas en sentido nefático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí. El ulterior reproche de que el asesino “no se le castiga en primer

Al excesivo normativismo predicado por el funcionalismo sistémico, se le han opuesto las denominadas teorías sociológicas por las cuales se devuelve su centralidad al bien jurídico como objeto de protección de la norma penal y como instrumento de racionalidad, limitador ante el poder penal del Estado.

12. La Posición de Roxin. También es oportuno señalar una línea de pensamiento que fundamentan el objeto de protección en el marco constitucional, de entre los más destacados puede citarse a CLAUS ROXIN, quien fundamenta el bien jurídico desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho⁶⁶²; indica que la actividad estatal tiene como objetivo asegurar las condiciones de vida en comunidad de sus integrantes, lo cual se realiza con la amenaza de la pena, lo cual es legítimo si es para resguardar bienes jurídicos. En ese sentido define estos como *“circunstancias, dudas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en un marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*.⁶⁶³ En suma, ROXIN propone que el Estado como garante de la vida social, debe otorgar protección a los bienes jurídicos fundamentales.

13. La Especial visión de Hassemer respecto del Bien Jurídico. El principal expositor de esta direccionalidad es HASSEMER, quien en primer lugar coloca al bien jurídico en un contexto histórico cultural determinado, excluyendo las perspectivas formulísticas, y erigiendo el bien jurídico como un principio límite

lugar por revelarse contra la norma del 211 StEB sino por destruir una vida humana (Hirsch loc.cit) evidentemente no tiene en cuenta que es “destruir una vida humana” por eso no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma –con independencia de cómo ésta esté fundamentada– convierte al sistema psicofísico “ser humano” en un ser humano que no debe ser matado sin razón.” JAKOBS, Günter. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. Primera edición. Editorial Civitas. Madrid. España. 1996 p 25.

⁶⁶² FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito” Op cit p 49.

⁶⁶³ ROXIN, Claus. “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”. Op cit p 56.

del Estado de Derecho⁶⁶⁴; señalando que esta valoración histórica-cultural es necesaria al momento que decisiones político criminales elevan un objeto a la categoría de bien jurídico penal, en tal sentido, la protección del sistema penal mediante la designación de bienes jurídicos protegidos debe tomar en cuenta a los individuos propios que actúan en el sistema, debe situarse “en el campo de tensión entre individuo y sociedad y estado recordando que son intereses humanos que requieren protección penal”.⁶⁶⁵

HASSEMER expresa que el bien jurídico como objeto de protección de la norma penal debe reconocer aquellos intereses humanos requeridos de protección penal,⁶⁶⁶ y partiendo de una visión personal del bien jurídico (teoría personalista del bien jurídico) reconoce que además de intereses jurídicos personales, concurren otros de carácter universal o colectivos, los cuales admiten siempre que sean congruentes con los bienes jurídicos personales, y que sirvan para tutelar los intereses del hombre⁶⁶⁷; esta justificación la entiende referida al reforzamiento de los bienes jurídicos individuales.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ NIÑO Luis Fernando “El Bien jurídico como referencia garantista” Op cit pp 35 a 38.

⁶⁶⁵ HASSEMER, Winfried. Citado por HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Op cit p 117.

⁶⁶⁶ Respecto de la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal dice Hassemer “Menos pretenciosas es la opinión que vincula al derecho penal con la protección de bienes jurídicos. Según estas tesis, es suficiente con que el derecho Penal proteja “Bienes vitales” como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico”; bienes por tanto “que son indispensables para la convivencia humana en sociedad a través de la pena pública.” HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Op cit p 103; “Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulnerabilidad de una norma ética o divina, antes bien tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionado bienes o intereses”. HASSEMER, Winfried. “Fundamentos del Derecho Penal” Op cit pp 37 a 38.

⁶⁶⁷ CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica” en “Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 p 46.

⁶⁶⁸ Partiendo de la clasificación monista del bien jurídico que distingue entre la creación del bien como exclusiva función estatal y la que concibe al bien jurídico como necesaria en cuanto concedan prohibiciones a las personas para su desarrollo, Hassemer indica

14. El Esquema de Ferrajoli.

La concepción Ferrajoliana del bien jurídico, es que el principio de exclusiva protección de bienes se constituye en un límite material para la actividad del *ius puniendi* estatal, en tal sentido el derecho penal criminalizador sólo resulta legitimado desde planos internos, si la tipificación delictiva obedece al merecimiento de tutela de bienes jurídico-penales; pero además siempre y cuando sea imprescindible dotar al bien jurídico de esa tutela reforzada.

Así, se esboza una doble dimensión en el sentido que los crímenes y las penas no sólo tienen como límite el *nulla crimen, nulla poena sine inuria*, sino además el *nullum crimen nulla poena sine necessitas*⁶⁶⁹. A partir del principio de bien jurídico se indica que se hace realidad la separación entre derecho y moral, señalando que la exigencia de que el delito se construya a partir de los bienes jurídicos impone la carga de la demostración en cuanto lesividad del resultado, para concluir que la adopción del bien jurídico como límite la poder penal es una de las manifestaciones del derecho penal mínimo⁶⁷⁰.

que los bienes universales resultan justificados en cuanto sirvan “al desarrollo personal del individuo”, matizando la reflexión siguiente: “Entre las teorías monistas han sido los bienes jurídicos universales (economía, medio ambiente) los que dominando la discusión político criminal de los últimos años. Ello es sin duda consecuencia de “modernización del derecho penal” este ha tenido que adaptarse a la evolución y cambio social. Pero esto no es nunca razón o motivo para concebir el bien jurídico desde el prisma de los bienes jurídicos universales y considerar que los bienes jurídicos individuales no son más que los derechos que de aquellos se derivan. Más bien sucede lo contrario: en una época en que la socialización es cada vez mayor, el derecho penal debe reflexionar sobre si los intereses de las personas no deben ser favorecidas frente a los de la sociedad y el Estado”. HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal” Op cit p 108.

⁶⁶⁹ Así se postula el principio de máxima economía en la creación de los tipos penales el cual tiene rancio abolengo dentro del pensamiento ilustrado destacando la cita que se hace de Montesquieu al señalarse que: “Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico” . FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... Op cit p 465.

⁶⁷⁰ *Ibíd.* p 467.

Pero además de ello, Ferrajoli en la estructuración de los bienes jurídicos, postula por una visión personalista, en el sentido que aún los bienes jurídicos de índole comunitario tienen que tener para estar dotados de legitimidad un referente personal, así entiende que el derecho penal en cuanto dispensador de merecimiento de bienes, debe erigirse sobre el fundamento de la persona humana, y solo en tal sentido, las prohibiciones podrán estar justificadas cuando se constituyan sobre la lesión de un bien jurídico que represente un derecho individual o social, entendiéndose por tales, los derechos fundamentales o las derivaciones de los mismos –con carácter metajurídico–lo cual permite en la realidad que la lesión sea verificable, dándole un parámetro de razonabilidad⁶⁷¹.

De ahí que se postule la adopción de unas tipificaciones que importen o una verdadera lesión al bien jurídico o una puesta en peligro bastante, descartándose en consecuencia la estructuración de tipos de peligro presunto⁶⁷².

⁶⁷¹ En tal sentido se señala: “El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiéndose por ataque no sólo el daño causado, sino también –por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal– el peligro que se ha corrido. Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están por razones obvias todos los derechos fundamentales, es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también han de incluirse aquí los bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de asuntos generales. En cualquier caso, debe tratarse de un daño o un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de las prohibiciones”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... Op cit p 472.

⁶⁷² En tal sentido se indica: “Lo mismo puede decirse de todos los denominados <<delitos de peligro abstracto>> o <<presunto>>, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como <<peligro>> que corre un bien, sino que se presume, en abstracto por la ley; de modo que allí donde de hecho una acción inocua en sí misma. También estos tipos deberían ser reestructurados sobre la base del principio de lesividad como delitos de lesión, o al menos de peligro concreto, según merezca en bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro. Ibíd p. 479. En el mismo sentido se pronuncia Dall’Anese cuando señala: “Hasta aquí tenemos un segundo apartado de conclusiones: primero: no puede haber tipos de peligro abstracto como límite legislativo. Siempre que el juez enfrente un tipo de peligro abstracto y tenga una comprensión clara de su papel en el Estado constitucional de

15. La visión de Francisco Castillo.

Para el profesor Castillo, el bien jurídico es un producto social cuando el mismo alcanza el rango de protección penal, según el sistema diferenciado de tutela fragmentaria que debe acompañar al ejercicio estatal de punir⁶⁷³, para ello insiste en las conductas penales jurídicamente relevantes tienen que tener a la base el carácter de dañosidad social⁶⁷⁴, lo cual concede legitimidad al objeto de protección del derecho penal, puesto que su merecimiento descansa ya no solo en una visión del Estado de Derecho, sino en el Estado Constitucional y social de derecho.

Se presenta entonces una categoría de bien jurídico capaz de incidir en los ámbitos de la incriminación penal en cuanto a su configuración y aplicación, señalándose la capacidad de rendimiento del bien jurídico en el sentido de desarrollar óptimamente las funciones de legitimación, interpretación, y de crítica

derecho y el papel del bien jurídico a nivel constitucional –creo yo– está obligado a hacer la consulta de constitucionalidad a efecto de que se declare la nulidad del delito que no afecte bienes jurídicos tutelados”. DALL’ANESE Francisco “Bien Jurídico Tutelado y Democracia” en Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. N° 5. Poder Judicial. San José. Costa Rica. 2001 p. 67. Para efectos comparativos en El Salvador el control de Constitucionalidad admite una doble formulación por una parte el denominado control concentrado que parte del Artículo 183 Cn. que literalmente dice “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”. Y el llamado control difuso que corresponde a los tribunales ordinarios quienes de manera particular tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de la normativa infraconstitucional mediante su inaplicación, con fundamento en el artículo 185 Cn. que reza: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales en los casos en que tengan que pronunciar sentencia declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos contraria a los preceptos constitucionales”.

⁶⁷³ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 13.

⁶⁷⁴ *Ibíd* p 20.

respecto de las normas penales, así como la capacidad de contenido material del bien jurídico⁶⁷⁵.

Castillo entiende que el derecho penal solo encuentra un fundamento razonablemente legitimador, si su finalidad esencial es proteger bienes jurídicos⁶⁷⁶, es decir relaciones fácticas o de contenido social, que sirvan de manera directa o indirecta a los intereses más primigenios del ser humano, por tanto adscribe su pensamiento a la defensa de la teoría personal del bien jurídico⁶⁷⁷, matizando que la defensa del interés jurídico de protección penal, es compatible tanto con bienes de cuño individual, como también aquellos de carácter colectivo, siempre que tengan una finalidad trascendente para el ser humano como destinatario final de la protección penal⁶⁷⁸, cuidándose de señalar que una visión clásica de la defensa de los bienes jurídicos en un sentido meramente individual no permite una respuesta adecuada a fenómenos actuales de criminalidad, con lo cual se muestra crítico.

16. La perspectiva de Chirino Sánchez.

Abordando la realidad del bien jurídico desde un sentido material, el profesor Chirino, presenta al bien jurídico no solo como un instrumento de defensa de los bienes jurídicos personales, sino que lo entiende como un principio importante para la limitación del ejercicio del poder punitivo del

⁶⁷⁵ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “Derecho Penal. Parte General” Op cit pp 28 a 29.

⁶⁷⁶ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 132.

⁶⁷⁷ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “Derecho Penal. Parte General” Op cit p 31.

⁶⁷⁸ CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El bien jurídico penalmente protegido” Op cit p 75 y ss.

Estado⁶⁷⁹, en cuanto a las esferas de protección que del mismo se pueden extender en demasía.

Centrando su ideario en la defensa del bien jurídico como núcleo de tutela estrictamente personal, se presenta una visión reductora del poder penal, en el sentido más crítico del ejercicio democrático del *ius puniendi* en tal sentido, admitiendo que el derecho penal protege bienes jurídicos, no se endosa tal protección a cualquier tipo de interés, sino aquel que presente una visión más estrechamente ligada al carácter antropocéntrico en defensa del ser humano⁶⁸⁰, por lo cual, se muestra sumamente crítico de la punición de delitos con bienes jurídicos colectivos, con delitos configurados mediante formas de ataque de peligro abstracto, y contra la criminalización de conductas que se anticipen a la lesión del bien jurídico, es decir a la punición de los estadios previos a la lesividad real del objeto de interés penal⁶⁸¹, en tal sentido también se han pronunciado aunque con diferentes matices otros preclaros juristas del liceo penal costarricense⁶⁸².

II. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

17. Sobre el concepto de bien jurídico pueden acordarse diversidad de significaciones, todas según la ideología que se sustente, y no obstante lo añejo

⁶⁷⁹ Sobre ello CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual” Op cit p 34.

⁶⁸⁰ CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Del Derecho Penal Liberal y la Política Criminal para el Ser Humano” Prólogo al libro Humanismo y Derecho Penal. In Memoriam del Profesor Henry Issa El Khoury Jacob. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 p 17.

⁶⁸¹ Sobre ello: CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo ARCE VÍQUEZ “Los Problemas de la Política Criminal del Peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados “actos preparatorios” como delitos independientes” Nueva Doctrina Penal. 1999-A Editores del Puerto Buenos Aires. Argentina. 1999 pp 38 a 39

⁶⁸² Por ejemplo ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, CHAN MORA Gustavo “Derecho Penal y sociedades disciplinarias: El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno” en “Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 pp 18 a 23.

de las propuestas conceptuales, en nuestros tiempos todavía se plantean discusiones importantes sobre el significado del objeto de protección penal. Por ello, en este apartado, se reflejarán algunos conceptos sobre el bien jurídico – con un criterio discrecional– a fin de presentar una aproximación a la elaboración de la herramienta teórica que define una de las cuestiones esenciales del delito, tratando de presentar una visión cosmopolita del bien jurídico.

Una aproximación importante data desde la época de Beccaria quien sostuvo la necesidad de que la creación de los crímenes se encontraran justificados por la lesión, o daño social, así se señala la figura del delito, no es de absoluta disposición del legislante, sino que el mismo a su base tiene que tener dañosidad social, sea que este carácter perjudicial se cause a bienes “naturales” o de origen social, sin que ello necesariamente tenga que considerarse una infracción moral o religiosa, en tal sentido, se proponía desde entonces una vinculación del legislador respecto de la protección de bienes al momento de crear el delito⁶⁸³.

Carrara denominándolo objeto del delito afirmó: “El derecho abstracto que se viola es el único y verdadero objeto del delito [...] Solo un derecho puede ser objeto del delito, y un derecho al cual la ley le haya concedido expresamente su tutela con una prohibición y con una sanción; y de esta manera, la ley protectora y el derecho protegido se compenetran para formar la idea que viene a constituir el objeto del ente jurídico llamado delito, acto delictivo, crimen, infracción, no porque agravie al hombre o a la cosa sino porque viola la ley”.⁶⁸⁴

También denominándolo como objeto jurídico del delito Rocco entendió por él: “[...] el bien o interés, eventualmente un verdadero y propio derecho subjetivo, protegido por una norma jurídica impuesta bajo sanción penal y violada

⁶⁸³ Para una lectura completa y versada sobre el punto Ver LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy”. Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2005 pp 183 y ss.

⁶⁸⁴ CARRARA Francesco “Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen I. Reimpresión. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2004 pp 52 y 54

mediante una acción delictuosa. Naturalmente, además y por lo mismo, objeto jurídico del delito es también la norma jurídica que tutela el bien o interés y en cuya transgresión consiste el delito, lo es también la obligación o deber que de aquella norma deriva y a cuyo cumplimiento el ciudadano está obligado, lo es también la pretensión jurídica que corresponde a esta obligación, lo es también la relación jurídica que deriva de aquella obligación y de esta pretensión”.⁶⁸⁵

Para Jescheck: “[...] el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse como titular, a la persona individual o a la colectividad. Además el bien jurídico es, como categoría puramente formal, el género de todos los objetos individuales incluidos en la finalidad protectora de la norma”⁶⁸⁶; Bustos de manera sintética señala que: “El concepto de bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal”.⁶⁸⁷; Mir Puig sostiene como bienes jurídicos : “[...] Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho [...]” y los refiere como: “[...] condiciones de vida en la medida en la que afectan a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”⁶⁸⁸.

Fernández expresa dándole un sentido *iushumanista*: “[...] el bien jurídico es un valor de la relación social, necesariamente conformado por alguno de los derechos humanos reconocidos a las personas o a los pueblos que se tablifican en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos [...]”

⁶⁸⁵ ROCCO Arturo “El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Traducción de Genero Seminara. Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 2001 pp 11 a 12.

⁶⁸⁶ JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993 pp 232 a 233

⁶⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ Juan “Derecho Penal”. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del delito y del sujeto responsable”. Segunda edición. Editorial Leyer. Bogotá. Colombia. 2008 p 409.

⁶⁸⁸ MIR PUIG Santiago “Derecho Penal. Parte General. 7 Edición. Reimpresión. B de F. Montevideo. Uruguay. 2005 pp 128 a 129.

en tal virtud los bienes jurídicos son valores de relación social indispensables para el desarrollo de la sociedad y para la autorrealización del sujeto en ella, que nacen y coinciden con los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional”⁶⁸⁹.

Fiandaca y Musco entienden respecto del objeto de protección penal una dimensión dinámica y señalan: “En general se define como bienes jurídicos los bienes socialmente relevantes que se consideran merecedores de protección jurídico-penal en razón de su importancia [...] La definición que refleja mejor el carácter tendencialmente dinámico del bien jurídico en el sentido mencionado es aquella que lo considera “unidad de función”. En efecto, destacar el aspecto funcional del bien jurídico equivale a poner en evidencia su específica función instrumental en el proceso de interacción social. Es decir puede considerarse bien jurídico solo aquel interés o conjunto de intereses por cuyo medio es posible alcanzar determinado objetivo útil para el sistema social o para una parte de él”⁶⁹⁰.

Otto define al bien jurídico como: “[...] una determinada relación real de una persona con un valor concreto reconocido por la comunidad jurídica, descrita de manera apropiada en los tipos penales particulares –“unidad de funciones sociales”– por la cual el sujeto jurídico personalmente se desarrolla con la aprobación del orden social”⁶⁹¹; Para Khalo el bien jurídico debe ser entendido en un sentido real y además relacional, y afirma: “[...] puede decirse que los bienes jurídicos constituyen vínculos reales posibilitadores de la libertad externa

⁶⁸⁹ FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema del Delito”. Editorial. B de F. Montevideo. Uruguay. 2004 p 144.

⁶⁹⁰ FIANDACA Giovanni MUSCO Enzo “Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición. Traducción de Luis Fernando Niño. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2006 pp 30 a 31.

⁶⁹¹ OTTO Harro “Grundkurz Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre”. Berlin/New York 1996 § 1, Rdn. 29. Así citado por Castillo González Francisco “El bien jurídico penalmente protegido”. Op cit p 43.

de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales”⁶⁹².

Sobre esta misma línea señala DÍEZ RIPOLLÉS que todo bien jurídico es en sí un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, poseyendo un componente ideal; “tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el substrato del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación; la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realizarse su componente valorativo”⁶⁹³.

BACIGALUPO indica que el bien jurídico serán: “todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador... son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”.⁶⁹⁴

⁶⁹² KHALO Michael “Sobre la relación entre el concepto del bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal” en HEFENDEHL Roland “La teoría del bien jurídico”. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos”. Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 56

⁶⁹³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantistas. En: “Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica”. Año 10, Número 15, Diciembre, 1998. Continúa diciendo el autor supra citado, que las manifestaciones concretas de ese substrato son materiales, si eliminamos esa abstracción, esas relaciones sociales se diferencian en “unidades socialmente delimitables”, las cuales pueden ser dañadas de un modo “empírico-socialmente constatable”, en este sentido, entendiendo la dañosidad en un sentido sociológico, no natural; lo que da lugar por lo general a la privatización de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

⁶⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. “Manual de Derecho Penal”. Segunda reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1994 p 9. Este mismo autor indica que: “Toda selección y ordenación de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y

18. Después de ese repaso conceptual, no podemos dejar de indicar que, esta gama de valores protegidos por el derecho es cambiante conforme evoluciona la sociedad; sin embargo la protección de los mismos mediante el sistema penal debe responder a un modelo garantista; hace unos años por ejemplo no se pensaba que la tecnología avanzaría al punto en que nos encontremos hoy, y que esto obligue a luchar contra “nuevas formas de la criminalidad mediante el uso de la tecnología informática” los cuales ejecutan sus acciones por medio de redes de computación principalmente. Lo anterior ha obligado a las legislaciones a ir incorporando dentro de los ordenamientos penales, tipos que traten de proteger nuevos bienes jurídicos importantes para la actual convivencia en sociedad, y que se ven gravemente afectados.

Por lo dicho hasta ahora, podemos señalar entonces que, la normas penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, y para con ella, eleva por medio a delitos, los comportamientos que lesionan o ponen en peligro de manera más grave, los bienes jurídicos que se consideran más importantes, para lograr la convivencia de los seres humanos en sociedad.⁶⁹⁵ De lo hasta ahora expuesto es plausible adelantar una primera conclusión, el concepto de bien jurídico es

consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal” p 10. También en este sentido, y dándole un contenido de antijuridicidad al concepto de bien jurídico, se pronuncia Díez Ripollés señalando “El concepto de bien jurídico, surgido en la idea de la antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría al Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista” Op cit.

⁶⁹⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría General del Delito”. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984 p 49.

fundamental en el ámbito del derecho penal, y es una garantía en el sentido de límite respecto del poder penal⁶⁹⁶.

19. En la jurisprudencia costarricense la Sala Constitucional ha definido los bienes jurídicos tutelados por las normas penales como “*relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad*.”⁶⁹⁷; más recientemente se ha dicho por la Sala Tercera: “[...] El bien jurídico dice nuestro Tribunal Constitucional, en otro importante fallo, es una relación social concreta y fundamental para la vida en sociedad. En tanto que es una relación de disponibilidad, significa para el individuo una garantía de autodeterminación; pero al mismo tiempo la oportunidad de conocimiento de qué es lo que se protege mediante el uso de la *última ratio* del derecho penal.”⁶⁹⁸. En la jurisprudencia salvadoreña también se ha afirmado consistentemente la necesidad de que las normas penales protejan bienes jurídicos y la primacía constitucional del principio de lesividad de los bienes jurídicos⁶⁹⁹ con lo cual se afirma que no hay crimen ni pena sin bien jurídico afectado.

⁶⁹⁶ Así se sostiene que “sin la presencia de un bien jurídico de protección prevista en el concepto punitivo, el propio Derecho penal, además de resultar materialmente injusto y ético – socialmente intolerable, carecería de sentido como tal Orden de derecho”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “El Bien jurídico en el Derecho Penal”. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, España, 1974 pp 21 a 22.

⁶⁹⁷ Sala Constitucional, voto 6410-96, de las quince horas doce minutos del 26 de noviembre de 1996.

⁶⁹⁸ Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia voto de las nueve horas y treinta y cinco minutos del seis de abril de dos mil uno.

⁶⁹⁹ En tal sentido se ha señalado: “En conexión con lo expuesto es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución: uno de ellos es el principio de lesividad según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales [...] En un Estado de Derecho, el Derecho Penal ha de servir como instrumento jurídico democráticamente delimitado con el fin de dirigir la vida social hacia la protección de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales; así la justificación del poder punitivo del Estado y la definición de delitos y penas se encuentra

III. LAS FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO

20. La función del bien jurídico como instrumento garantizador se manifiesta en los apartados siguientes: a) Limitador del *ius Puniendi* Estatal. Se le reconoce una función limitadora del poder penal del Estado, en tal sentido limita al poder legislativo productor de normas a que la elaboración de la norma penal tenga como fundamento, la exclusiva protección de bienes jurídicos.⁷⁰⁰; b) Instrumento Rector de la interpretación. También se le reconoce una función teleológica, es decir, de regirse en mecanismo de interpretación de los diferentes tipos penales, los cuales en cuanto a su extensión sólo pueden ser correctamente definidos por el interés jurídico que resguardan.⁷⁰¹ Esa función interpretativa permite agrupar las especies de delito según la jerarquía de los bienes fundamentales a los cuales se les otorgue protección jurídico penal, así la vida, la integridad física, la libertad, etc. De igual manera, se selecciona la forma de ataque a dichos bienes, acordado su gravedad según la mayor o menor

en la dañosidad social de las conductas caracterizadas legalmente como delito [...] Del modo expuesto, el Derecho Penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia común que se concretan en los bienes jurídicos. Dicho concepto condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho [...] El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no solo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido; en cualquiera caso, debe de tratarse de un daño o peligro verificable o evaluable empíricamente, partiendo de las características de cada comportamiento prohibido. El principio de lesividad se postula por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir excluye la responsabilidad penal por comportamientos sin resultado dañoso". Ref. Inc. 52-2003/56/2003/57-2003 Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras, de la Sala de lo Constitucional de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro.

⁷⁰⁰ Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Cuarta Edición, PPU, Barcelona, España, 1994 pp 107 a 108.

⁷⁰¹ En tal sentido, aunque de manera restringida JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch. Barcelona. España. 1981 p 325.

puesta en situación de daño, desde la perspectiva del autor, por ejemplo estructuras dolosas o culposas.

Se señalan también: c) Función crítica de la Política criminal. También se le concede al bien jurídico una función crítica respecto de la política criminal, pues en la medida en la cual la teoría del bien jurídico sea capaz de responder que bienes resultan protegidos y cuál es la razón de otorgar dicha protección, se posibilita una revisión del funcionamiento de las normas, y en tal sentido es posible apreciar la necesidad de políticas de descriminalización de ciertas conductas, o la criminalización de aquellas que lo ameriten.⁷⁰²; d) Función de Legitimación del Derecho Penal. Un sector de la doctrina también señala que el bien jurídico cumple una función de legitimación material de las normas penales, misma que señala debe imperar en un Estado Democrático.⁷⁰³

Por último es conveniente indicar que la función de tutela sobre los bienes jurídicos obedece al cumplimiento de tres importantes requisitos: 1) Que los bienes jurídicos son “merecedores de protección” con ello quiere significar, que los bienes deben poseer un verdadero valor positivo atribuido por la sociedad en un período determinado. 2) Que los bienes jurídicos sean “necesitados de protección”, sea alude aquí a una “*necesitas*” de mayor eficacia –del derecho penal– cuando los restantes ámbitos del ordenamiento jurídico sean insuficientes para otorgar una adecuada protección ante los ataques más intolerables, en ese sentido se acentúa la instrumentalización del derecho penal como mecanismo verdadero de ultima ratio. 3) Que los bienes jurídicos sean “capaces de ser protegidos”. Significa entonces, que dichos intereses, deben tener idoneidad para ser tutelados, en el sentido que la protección no debe

⁷⁰² TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La Satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España p 149.

⁷⁰³ En tal sentido HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico...” Op cit p 151.

significar una mayor afectación e otros bienes vitales o una lesión del mismo bien que se pretende resguardar⁷⁰⁴.

IV. CUALIDADES DEL BIEN JURÍDICO

21. Ahora bien, antes de continuar con los aspectos esenciales del principio de lesividad, es menester por los menos aproximar algunas cuestiones relevantes sobre el bien jurídico, por cuanto éste el fundamento material del principio de lesividad. Conviene indicar primero alguna aproximación al concepto de bien jurídico teniendo en cuenta que tal tarea ha sido ingente en la sistemática penal y dependiente de la visión que se adopte respecto de la función que debe desempeñar el denominado objeto de protección.

Por bien jurídico se ha entendido “todas la categorías conceptuales que asumen un valor contienen un sentido o sustentan un significado positivamente evaluados, dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho, como merecedor de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos descritos en los tipos legales⁷⁰⁵.

Desde una perspectiva material el bien jurídico es comprendido como “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno” a partir de lo cual se ha afirmado que el bien jurídico tiene un doble carácter sintético como síntesis normativa y como síntesis social⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción al Derecho penal”. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1975 pp 72 a 75.

⁷⁰⁵ En tal sentido POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría del Delito”. Editorial MAVE. Corrientes. Argentina. 2000 p 488.

⁷⁰⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico” Op cit p 152.

22. Conviene ahora que se señalen algunas de las propiedades que se asignan en la generalidad a la noción de bien jurídico⁷⁰⁷: a) carácter substancial. La significación del carácter de objetividad del bien jurídico enuncia –desde nuestra perspectiva – que el bien jurídico no es creación del derecho, es decir que tiene una connotación meta-legal –según la antigua y democrática visión liszcziana– con lo cual se indica que ni el legislador ni el derecho crea los bienes jurídicos, y que por la mismo la noción de bien jurídico no puede estar divorciada de la realidad.

Precisamente esta caracterización no autopoiética del bien jurídico es lo que le confiere una legitimidad como principio limitador de las potestades estatales en la creación del delito, por cuanto obliga al legislador a crear incriminaciones que atenten contra hechos relevantes que están en la realidad social, y que por el merecimiento, necesidad e idoneidad para ser protegidos son dignos de ser elevados a la categoría de bienes jurídicos.

23. Las características más relevantes que podrían señalarse respecto de la lesividad de los bienes jurídicos serían las siguientes: Carácter normativo. No obstante su objetividad, el bien jurídico cuando es elevado a la categoría de bien jurídico-penal, presenta unas cualidad valorativas, y es que necesariamente toda vinculación al orden jurídico debe entrañar una connotación axiológica de la cual tampoco escapa el bien jurídico –y la cual debe reconocerse– sin que por ello pierda su aspecto empirista; como bien jurídico penal la esencia del mismo, se cimienta en la capacidad valorativa de lo que se protege, es decir en su contenido de deber ser.

Carácter dinámico. La cualidad de relatividad del bien jurídico, permite descubrir su vocación democrática, por cuanto no significan unas relaciones inmutables, de ahí que la variabilidad sea una característica fundamental de los bienes jurídicos, pero este aspecto debe de estimarse desde una amplitud

⁷⁰⁷ Sobre las características del bien jurídico de manera amplia POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría...” Op cit pp 496 a 523.

histórico-social, en el desarrollo de la existencia del ser humano en un contexto y época determinada, las mutaciones que vayan sufriendo los aspectos de tutela de los bienes jurídicos estarán influenciados por las modificaciones del orden social. Sin embargo debe predicarse un mínimo de inmutabilidad en cuanto a la relación del bien jurídico con la persona humana, el bien jurídico mantiene esa esencia de ser un medio para la realización de las personas con respeto a su dignidad.

La llamada Poliformidad del objeto de protección. Dicha cualidad del bien jurídico atañe a su ámbito de tutela, que puede estar dispensada para intereses personales, pero así mismo puede alcanzar la protección de bienes supra-individuales, en todo caso una concepción legitimadora del bien jurídico se sustentara ulteriormente siempre en el interés humano, por cuanto el Estado como tal es sólo un forma instrumental que no tiene intereses propios, sino que siempre de manera más mediata o inmediata están al servicio del ser humano.

V. LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

24. Parte de la función del Estado Constitucional de Derecho, es la protección de los bienes jurídicos que se consideran importantes, o de mayor relevancia para la sociedad; y parece ser que es por medio del derecho penal, donde más evidente se hace esta actividad, así se ha dicho que si “bien es cierto el derecho penal se configura como un orden fragmentario, donde sólo se toman en cuenta aquellos bienes jurídicos preeminentes para la convivencia, debemos seguir en el discurso, que sólo esos bienes preeminentes pueden ser protegidos por el derecho penal”.⁷⁰⁸

708 CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión. Análisis Concreto de la Problemática Contravencional. En: “Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica”. Año 1, Número 1, Diciembre 1989.

Respecto del programa de Política criminal en un Estado Constitucional de Derecho y su relación con el bien jurídico en cuanto objeto de merecimiento de tutela se ha expresado que “la política criminal de un Estado de Derecho como el costarricense debería tomar en cuenta estas situaciones de índole político y social. Debería de ser consciente de que hay una serie de normativas que están en abierta contradicción con el espíritu de nuestra última Constitución liberal, y que es momento de empezar a reconducir los ámbitos de protección penal a los bienes jurídicos más importantes para las legislaciones futuras, en una palabra, reconducir los esfuerzos punitivos del Estado a la protección de la vida de relación, garantizando una oportunidad de vida para las generaciones futuras”⁷⁰⁹.

Bajo el orden del esquema anterior debe reconocerse que dentro de los sistemas de control social, el derecho penal viene a ser parte integrante de él, persiguiendo los mismos fines de búsqueda de orden social, como los otros integrantes, sirviéndose de instrumentos como normas de sanción y de proceso. Sin embargo, no podemos pesar que el derecho penal debe de atribuirse la mayor carga en este proceso; es por eso que su utilización debe ser la “*última ratio*”, protegiendo únicamente bienes jurídicos relevantes, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, incluyendo como base los derechos fundamentales que predica la Constitución, y siguiendo un Sistema Penal Garantistas⁷¹⁰.

La visión del bien jurídico en la perspectiva constitucional, sin perder de vista la función de limitación del poder penal, ha presentado una evolución de la

⁷⁰⁹ *Ibíd.*

⁷¹⁰ En este sentido se pronuncia Díez RIPOLLÉS al indicar que: “el auge actual del Derecho penal garantista quizás sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos eclécticos sobre la legitimación del Derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra escéptico respecto a las posibilidades del Derecho penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas”⁷¹⁰

defensa de los bienes jurídicos individuales hacia aquellos que presentan un enfoque colectivo, aunque siempre en el orden de la tutela de bienes referidos a la utilidad del ser humano; el Estado de Derecho en su sentido liberal, ha pasado a un Estado con sentido social con todos los desafíos que se presentan en la modernidad y las necesidades de una tutela diferenciada en este nuevo orden, en el cual la visión del Estado liberal da paso a un enfoque de Estado de Derecho Constitucional y social⁷¹¹; con lo cual, se pretende que la visión clásica individualista del ser humano sea superada por la prevalencia de la justicia social, y de los derechos de ese orden que se dimanan en las nuevas sociedades⁷¹².

VI. BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

25. Como se extrae de lo indicado hasta aquí incluye que el derecho penal este dirigido también por el principio de mínima intervención, basado en un cierto reconocimiento de “deslegitimación” del mismo como controlador del orden social⁷¹³. La justificante del Estado para intervenir con el derecho penal para

⁷¹¹ Así sobre este Estado Social se ha dicho: “[...] no solo tiene a su cargo las funciones que podemos denominar clásicas, cuya relación, por otra parte está sometida a un proceso de diversificación, sino que asume las de procura existencial, es decir, la satisfacción de las necesidades de la existencia que ni el individuo ni los grupos pueden asegurar por sí mismos, y la de la estabilidad y desarrollo de la sociedad industrial y post-industrial, incapaz de auto regulación. Bajo este supuesto, sus funciones se han extendido a la dirección y regulación de la economía nacional, al apoyo logístico del crecimiento económico, a la intervención estructural y coyuntural en la producción y en el mercado, etc.; la generación y gestión de prestaciones sociales; a la promoción de la investigación y desarrollo, a la amplia y diversificada difusión de la cultura para todos los niveles de la sociedad, etc.; tareas cada una de las cuales encierra, a su vez, una amplia gama de complejidad” GARCÍA PELAYO Manuel “Las transformaciones del Estado contemporáneo. Obras completas. Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1991 p 1723.

⁷¹² Sobre ello ver DÍAZ Elías “Estado de Derecho y sociedad democrática”. Editorial Taurus. Madrid. España. 1998 p 84.

⁷¹³ CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo. Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión. Op cit.

controlar la vida de las personas, es la protección de su convivencia en sociedad; sin embargo esta labor no puede llevarse a cabo únicamente por el ordenamiento penal, sino que este es ayudado por diferentes ramas del derecho, pues el ámbito penal es el que posee la protección de los bienes jurídicos que la sociedad ha destacado como los más relevantes, utilizando en la mayor medida la intervención coactiva de la administración.

Es por lo dicho anteriormente, que el derecho penal debe estar guiado por principios como el de mínima intervención, “ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de las personas son las más graves que permiten el Ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y, las demás ramas del Ordenamiento jurídico. En la medida que estas barreras sean suficientes para cumplir esta función protectora, podrá prescindir del derecho penal.”⁷¹⁴

26. En la jurisprudencia del Derecho comparado es importante el reconocimiento que se ha otorgado al Principio de Mínima Intervención, así como al de racionalidad como entes de un derecho penal garantistas y de un sistema democrático en tal sentido se ha dicho, por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: “De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención mínima y racionalidad que se predicán en el derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela –materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales -, como de aquellos objetivos que se predicán de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de

⁷¹⁴ JESCHECK, Hans Henrich “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Op cit pp 11 a 12.

las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna.⁷¹⁵.

27. En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ha sido clara al indicar que los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal cumplen una doble función garantistas: “Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio el poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado.”⁷¹⁶

VII. BIEN JURÍDICO Y POLÍTICA CRIMINAL

28. La relación entre política criminal y derecho penal ha distado de ser pacífica, sin llegar a desconocer la importancia que la política criminal ha tenido en la evolución de las ideas penales.⁷¹⁷. Por mucho tiempo se reconoció una

⁷¹⁵ Sala Tercera, voto 219-F-98, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del 6 de marzo de 1998.

⁷¹⁶ Sala Constitucional, voto 6410-96, de las 15:12hrs. del 26 de noviembre de 1996.

⁷¹⁷ La forma de definir el delito y de reaccionar por parte del poder estatal, alude ya a un diseño consciente, implícito o explícito en el esquema penal, desde el Estado Liberal, con una política de protección del mismo y bienes jurídicos fundamentales considerados como derecho individuales; se pasó del Estado intervencionista (positivista) que tenía como discurso político criminal la defensa del orden social dando origen al peligrosismo. En el Estado del bienestar, el objetivo político criminal es la obtención del consenso

línea claramente divisoria entre política criminal y dogmática penal, y aunque se admitían ciertas vinculaciones entre ambas disciplinas, se reconocía una separación clara en cuanto a la elaboración de sus concepto; la relación se mantuvo en el ámbito externo, bajo el paradigma que la política criminal encontraba sus límites infranqueables en el derecho penal y su marco de garantías.

Sin embargo, esa separación entre la esfera de lo político criminal y el derecho penal, cada vez más se ha ido desdibujando, para establecer una relación de íntima conexión entre ambas disciplinas que se señala como

mediante un sistema de clave valorativa, la política criminal en ese periodo estaría dirigido a la recuperación del desviado para insertarlo posteriormente al tejido social, la línea es la de la prevención especial. Con el Estado del bienestar y esclarecidas las desigualdades sociales también es opción la bipartición del delito buscando la protección no sólo de bienes jurídicos individuales, sino de los colectivos. Al surgir el Estado autoritario, la política criminal es puesto a la orden del régimen como una política de estricta defensa de los intereses del Estado y de persecución para todos aquellas no acomodables a sus fines. Es una regresión al Estado absolutista. La nueva opción significa abrazar un modelo de estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho; es decir un Estado de garantías, en la cual las opciones político criminales deben respetar este marco irreductible. Para una idea más esclarecedora ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal". Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 p 30; actualmente se debaten grandes líneas político criminales, una anclada en las ideas básicas del garantismo iluminista denominada "principialismo" y otra con un claro matiz sociológico, anclado en el funcionalismo y que se denomina "consecuencialismo"; ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en "Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites. En: "Política Criminal Y Nuevo Derecho Penal". Libro Homenaje a Claus Roxin. José María Bosch. Editor. Barcelona, España. 1997 pp 20 a 21. Pero además las últimas tendencias sobre las direcciones de la política criminal apuntan a los ejes del poder globalizante, como una nueva forma del orden mundial, fundamentado en la ideología del pensamiento único que predica la primacía del orden económico, sobre el orden político, con ello las perspectivas de una política criminal globalizada y expansiva no parecen ya lejanas. Sobre el poder globalizante y la línea de pensamiento único o fundamentalismo del mercado ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal. En "Nueva Doctrina Penal". Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1999 pp III a XXIV; además BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZÁBAL, MALARÉE, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal" Op cit pp 20 a 22.

necesaria⁷¹⁸, indicadora que la construcción del derecho penal y de la teoría del delito debe formularse desde una visión de la política criminal.⁷¹⁹

Se destaca como uno de los pioneros de esta nueva línea de pensamiento en el sistema penal, a CLAUS ROXIN, quien entiende que la política criminal y la dogmática jurídico penal resultan ser disciplinas estrechamente vinculadas, señalando que una visión moderna de la dogmática penal es rediseñada en su parte nuclear (la teoría del delito) a las exigencias y formulaciones de la política criminal.⁷²⁰

29. Antes de precisar algunas consideraciones sobre las tendencias actuales de la política criminal, y su relación con la teoría del delito, es oportuno hacer una precisión conceptual sobre lo que se denomina política criminal. Desde un sector de la doctrina la política criminal se ha definido como *“Aquel aspecto de control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como crimen”*,⁷²¹ más modernamente la política criminal se entiende como gestión del crimen o del delito, entendido como un conflicto social.

También se ha reconocido que los modelos Político-Criminales pueden adoptar diversas modalidades y orientaciones, sin embargo de entre todas ellas

⁷¹⁸ Así se dice “Por eso la decíamos que política criminal es ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización de que se trate. Por eso no resulta admisible considerar como aspectos separados derecho penal y política criminal, ambos se integran de modo indisoluble en el sistema penal” *Ibíd* p. 29.

⁷¹⁹ Confrontar SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites” *Op cit* p 17.

⁷²⁰ Los aportes de Roxin en este sentido pueden ser consultados de manera resumida en el laudatio de Santiago Mir Puig dedica Roxin en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. *Op cit* pp 31 a 32. Además el Programa de política criminal de Roxin puede estudiado a profundidad en ROXIN Claus “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo” traducción de Juan Queralt en MIR PUIG Santiago y otros en “Política Criminal y Reforma del Derecho Penal”. Temis. Bogotá. Colombia. 1982 pp 5 a 27.

⁷²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal” *Op cit* p 29.

es factible trazar dos grandes corrientes: en la primera se separa una política criminal dirigida –con más o menos acento– a la limitación del *ius puniendi* estatal y a su vez protectora de los derechos y garantías de las personas; en la segunda vertiente se inscribirán las tendencias político criminales que están dirigidas a potenciar la actividad represiva del Estado mediante el poder penal y que a su vez resulta limitadora de los derechos y garantías fundamentales.⁷²²

Como se anuncia las tendencias actuarles sobre la política criminal y dogmática penal, atienden a la consecuencia de que el sistema conceptual de la dogmática penal sea construido a partir de claves político-criminales. Sobre estas nuevas opciones, se indican dos corrientes fundamentales, una de ellas es situada bajo la denominación de la vía principialista, la cual se conecta en el derecho penal bajo el desarrollo del pensamiento ius naturalista-racionalista de la ilustración.⁷²³ Esta dirección si bien reconoce modernamente que el derecho penal puede tener una función instrumental, limita tal actividad desde la perspectiva de la política criminal al respeto de los principios fundamentales que informan la tradición iluminista, en otras palabras las decisiones político criminales, encontrarán un pensamiento limitativo en el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales positivadas a partir del orden constitucional. Diríamos que este modelo supone un sistema penal garantista y se condiciona recíprocamente con un modelo político criminal propio de un Estado Constitucional, en el cual las decisiones político criminales de cómo construir el derecho penal respetando las garantías fundamentales, acordadas por la constitución.⁷²⁴

⁷²² Una visión de una política criminal garantista puede verse *Ibíd* pp 32-34.

⁷²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites” *Op cit* p 20.

⁷²⁴ Sobre el funcionamiento de un sistema penal –incluida dogmática penal y la política criminal– ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. “Lecciones de Derecho Penal” *Op cit* pp 32-33.

30. La otra dirección propuesta para la construcción de la dogmática penal desde la política criminal, está vinculada al funcionalismo, para esta corriente los valores que construirán el sistema penal surgen como derivaciones del sistema social, y se justifican por el aporte de la conservación del sistema, es decir, son funciones para permitir el desarrollo de la actividad social.⁷²⁵

En la construcción del modelo político criminal como redefinidor de la dogmática penal, principialismo y funcionalismo convergen en un solo punto, la necesidad de un orden que permita la coexistencia social. Sin embargo, hasta ahí llegan las coincidencias, el cómo lograr ese orden divide sustancialmente ambas líneas de pensamiento; sobre la base que se indica el funcionalismo, la instrumentalización del hombre para el alcance de esos fines, es decir, los fines del Estado privan sobre el de las personas, el individuo deja de ser el fin y el contenido esencial para el Estado, y por ello para la construcción del derecho penal, la finalidad suprema del funcionalismo está en la cohesión social y para ello el elemento esencial es la protección normativa.

Dentro de la corriente funcionalista, debe señalarse la particular visión de ROXIN, para este autor la postura de una reconstrucción de la dogmática jurídico penal a partir de opciones político criminales no debe significar una pura racionalidad instrumental tanto del derecho penal como de la política criminal, el sistema que se presupone admite claves valorativas para su construcción; claves que se vinculan la prevención eficaz del delito a límites extremos, que están dados por el reconocimiento del programa constitucional y sus principios; en otras palabras, ROXIN se aparta del monismo normativo propuesto por JAKOBS (elaboración estrictamente jurídico de los conceptos jurídico penales) aceptando que la construcción de los conceptos en la dogmática penal está limpiando desde afuera (ámbitos externos) cuya realidad reconocer como ontológica (del mundo del ser).⁷²⁶ Sólo para señalar como ejemplos, en la posición Roxiniana

⁷²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "Política Criminal en la Dogmática, Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límites" Op cit p 21.

⁷²⁶ *Ibíd* p 23.

resultan esenciales los límites que imponen principios como el de protección exclusiva de bienes jurídicos⁷²⁷, o el principio de culpabilidad⁷²⁸.

VIII. MERECIMIENTO DE TUTELA Y BIEN JURÍDICO

31. También en la perspectiva realística de la íntima vinculación que coexiste entre el derecho penal y la política criminal para la construcción de los conceptos jurídico penales, es importante el enfoque expuesto por HASSEMER desde la perspectiva de conducta merecedora de pena como objeto de la política criminal.

HASSEMER parte de la esencial formulación, si el marco del derecho penal –imbuido de la política criminal– es justificable, y si el mismo debe tener una visión restrictiva expansiva. Tal cuestionamiento debe ser respondido desde el ámbito del merecimiento de pena. Así se indica que *“el legislador sólo puede*

⁷²⁷ Así se indica “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción precisamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental, de nuestro Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”. ROXIN, Claus “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito” Op cit pp 55 a 56.

⁷²⁸ “No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución que pasa a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que le es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad, o de intimidación revelan como deseable una definición más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de la libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene, pues una función liberal, absolutamente independiente de toda retribución y por ende de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho Penal moderno.” *Ibíd* pp 99 a 100.

amenazar con una pena una conducta humana, si ésta es merecedora de pena".⁷²⁹

La opción político criminal del merecimiento de pena se señala que debe estar limitado por dos principios básicos el de utilidad y de justicia⁷³⁰. Ambos principios se entienden que deben desempeñar un rol limitativo uno al otro, pues se encuentran en una relación de fusión, y el desplazamiento de uno sobre el otro de forma desproporcionada generaliza intolerables consecuencias; así para ilustrarlo gráficamente se dice que un concepto de conducta criminal prevalentemente utilitario, resultaría eficaz, es decir, colmaría las expectativas de la utilidad, pero sería injusto y reprochable en un Estado de Derecho. En igual sentido, un concepto de conducta criminal como merecedora de pena, inclinado únicamente al criterio de justicia puede resultar justo pero inefectivo, no útil desde la perspectiva político criminal.⁷³¹

32. Criterio de Justicia. De los principios aludidos, es oportuno señalar cuál es el fundamento que autor citado les ha asignado: Respecto del criterio de justicia como determinador de la conducta merecedora de pena, se señala el de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídico, en ese sentido las conductas sólo serán objeto de la amenaza penal cuando afecten bienes jurídicos fundamentales del individuo o de la colectividad.⁷³²

Del principio de justicia, se derivan según HASSEMER otros principios que tienen una función limitativa respecto de la determinación de la conducta

⁷²⁹ HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción al Derecho Penal" Op cit p 65.

⁷³⁰ "El merecimiento de pena es desde un punto de vista político criminal un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente utilitario" Ibid p 66.

⁷³¹ Ibid p 68.

⁷³² Sobre este punto se señala "Un mandato o una prohibición jurídico penal sólo están justificados cuando protegen un interés humano o social que pueda ser calificado de bien jurídico penal. El concepto de bien jurídico actúa así como un concepto crítico sistemático". Ibid 69.

merecedora de pena; los cuales son las siguientes: El principio de dañosidad social que indica que conducta merecedora de pena es aquella que afecta o pone en riesgo de afectación un bien jurídico; la dañosidad social se incardina en la afectación de valores de la comunidad y no de la afectación estrictamente subjetiva; El principio de derecho penal de hecho: por el cual las conductas merecedoras de pena se atienden a hechos producidos y no a caracterizaciones de autor o de remoto peligro; Principio de subsidiariedad: indica que las conductas merecedoras de pena, se constituyen por infracciones cuyo bien jurídico necesariamente tenga que ser tutelado por el derecho penal – merecimiento necesidad e idoneidad de probar– quedando excluidos aquellos intereses que pueden ser resguardados de manera menos lesiva por otras disciplinas del entorno jurídico; Principio de proporcionalidad y de adecuación de la culpabilidad a la pena y medidas de seguridad; indica que la conducta merecedora de pan debe cumplir con juicio ponderativo de la sanción, es decir, ésta en el equilibrio de los bienes en conflicto, no debe resultar desproporcionada; El principio de “*indubio pro libertatis*”; el cual descansa en el axioma que en caso de dudas sobre si la conducta es merecedora de pena debe optarse por la impunidad o la descriminalización; El principio de tolerancia y respeto a la dignidad humana; en el sentido que el ejercicio del poder penal mediante la definición de conductas merecedoras de pena, debe respetar la intimidad y dignidad humana, no introyectandose a planos morales, reservados únicamente a la conciencia del individuo; El principio de certeza de los tipos penales y la interdicción de la retroactividad.⁷³³

33. Criterio de Utilidad El criterio de utilidad, es el complemento necesario del criterio de justicia para elaborar un correcto equilibrio de la opción de qué conductas son merecedoras de pena, el mismo es insuficiente y debe ser completado por criterios utilitarios, pues las decisiones político criminales deben ser constatadas en cuanto a sus eficiencias.

⁷³³ Sobre los principios enumerados y sus alcances de manera más detallada: Ibíd pp 71 a 72.

La utilidad del merecimiento de pena, puede en primer término medirse en cuanto a sus consecuencias, es decir, si a partir de la decisión político criminal sobre criminalizar una conducta, bajo criterio de merecimiento esta regulación penal, producirá respecto del bien jurídico más consecuencias negativas que positivas. Punto de partida es la idoneidad del objeto para ser producido por el derecho penal. Por ejemplo en el caso de los deberes de corrección debe medirse el costo de extender el ámbito de imputación en cuanto a la afectación de la misma relación familiar.

Empero, se señala que el eje problemático no reside tanto en las consecuencias negativas que se ocasionarían, sino en los límites de su concreción; ello porque la misma determinación de merecimiento de pena, puede significar un obstáculo para alcanzar los fines de reservado o un costo demasiado elevado en cuando al sacrificio de otros bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos en la búsqueda de la determinación de las conductas merecedoras de pena.⁷³⁴.

IX. PRINCIPIO DE LESIVIDAD

34. SIGNIFICACIÓN DEL PRINCIPIO

Desde la noción de garantía se reconoce al principio de ofensividad el ser un instrumento de suma utilidad para limitar correctamente el poder penal estatal, evitando que este devenga en ejercicio irrazonable de sus facultades de creación de las conminaciones penales, el *nullum crimen nulla poena sine iniuria* es una garantía que limita el *ius puniendi* del Estado, puesto que al derecho penal –aún

⁷³⁴ Como ejemplo se señalan el control penal que significaría la previsión de conductas relacionadas al contagio del SIDA, ya que al formalizarse el control, desaparecerían la cooperación del enfermo. También se cita la conveniencia o no sobre la punibilidad del embarazo, por lo peligroso que implica la clandestinidad Ibíd p 73.

con distintas matizaciones – se le reconoce como dirigido a la protección de bienes jurídicos⁷³⁵.

La necesidad de que el Derecho penal proteja bienes jurídicos se reconduce a garantizar que los moldes de los tipos penales como predeterminación del legislador, tengan en su contenido esencial, un referente de ofensa para los bienes jurídicos relevantes, en tal sentido la garantía se traduce en que además de la expresión del desvalor de la acción, en ella debe concurrir como mínimo, un riesgo creciente de ofensa para los bienes jurídicos que son objeto de tutela⁷³⁶.

Si nos remontamos a los orígenes del principio de lesividad encontraremos a la base de su fundamento un claro sentido liberal a la exigencia de que la intervención punitiva del Estado únicamente resulta admisible en cuanto las acciones u omisiones consideradas delictivas resulten dañinas para los intereses de terceras personas que son quienes resultan ofendidas⁷³⁷. Tal reconocimiento ofensivo para terceros, primero a la escala de derechos

⁷³⁵ Ver en tal sentido COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General, 4^o edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996 p 298. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Tercera Edición. Santa fe de Bogotá. Colombia. 1997 p. 280; ROXIN Claus “Derecho Penal” Parte General... Op. cit. p. 55.

⁷³⁶ En esa línea de pensamiento ver COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General” Op cit pp 289 a 291.

⁷³⁷ Como precursor de la necesidad de que las normas penales constitutivas de delito garanticen la lesión de derechos subjetivos se cita a Hommels para quien la administración de justicia debe proteger con exclusividad los derechos subjetivos de los ciudadanos de los embates del crimen; en tal sentido se informa que dicho autor opinaba que en en la esfera del derecho penal “pecados, delitos y acciones irrespetuosas deben separarse unos de otros”. HOMMELS “Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht, 1784 § 20, 60, 85. Citado por FISCHL en “Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts, 1913, ps. 88 y ss. Así citados por RUDOLPHI Hans Joachim “Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico”. Traducción de Enrique Bacigalupo. Nueva Doctrina Penal. De Palma, Buenos Aires. Argentina. 1975 p 333.

subjetivos⁷³⁸ y luego connotado a la categoría de bienes jurídicos⁷³⁹ fue desde aquellos períodos un importante paso –que creemos mantiene su vigencia– para el proceso de secularización del derecho penal, lo cual permitió deslindar las reacciones punitivas –como conminaciones y penas – propias de la esfera del derecho penal, de los ámbitos de la moral y la religión, cuyas exigencias deben estar reservadas a sus respectivas esferas sin que puedan asociarse al ámbito penal⁷⁴⁰. Pero este deslinde entre zonas del derecho penal y la moral, sigue

⁷³⁸ La visión de que el derecho penal, sólo se legitimaba en cuanto lesionara derechos subjetivos, encuentra un decisivo apoyo en la tesis de Feuerbach, quien se funda en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879 que vinculaba la tipificación delictiva a las acciones perjudiciales para la sociedad. Para Feuerbach el delito significara como crimen la lesión de derechos de terceros y esta reducción de la esfera de lo penal se explica en virtud de las ideas del contractualismo que yacen a la base del pensamiento del insigne maestro alemán y que transpiran un alto contenido liberal del concepto de libertad, en tal sentido la restricción de tal esfera solo es admisible si las conductas criminales están dotadas de dañosidad social, apartando de la punibilidad penal en cuanto crimen las acciones u omisiones, ofensivas del orden moral, religioso o del estrictamente personal, aunque admitía como crimen las conductas aptas para lesionar derechos subjetivos del Estado. En suma para Feuerbach donde no hay lesión de Derechos subjetivos de terceros o del Estado –como persona moral– no puede haber conminación penal destacada como crimen, pues el delito tiene como sustrato la protección de los derechos subjetivos personales o estatales. Ver en tal sentido FEUERBACH Paul Joham Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal”. Común vigente en Alemania... Op. cit. ps. 64 ss.

⁷³⁹ El aporte del concepto de bien jurídico se signa a J.M.F. Birnbaum ubicando su concepción en el período de la restauración, para el precitado autor las acciones u omisiones consideradas delictivas, no lesionan derechos subjetivos –por el contrario a la tesis de Feuerbach– sino que afectan bienes jurídicos los cuales le son concedidos al hombre, ora por el orden natural ora por la organización social, y en tal sentido les otorga un carácter pre-jurídico. En suma para Birnbaum el delito más que ofender derechos subjetivos ofende bienes jurídicos según lo afirma tal autor al ejemplarizar “Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído”. BIRNBAUM J.M.F. “Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung” en Archiv des Criminalrechts. Nueva edición T. 15 ps. 149 y ss. Así citado por HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico” Op cit p. 27.

⁷⁴⁰ En cuanto al orden moral ciertamente la virtud de la conducta radica en que su asunción –para que sea válida– debe hacerse sin atisbo de coerciones externas de ahí su incompatibilidad con el derecho penal y su necesaria delimitación, pues ya de antiguo se ha señalado que: “virtutum omniun pretium in ipsis est non enim exercentur ad premiun. Recte facti fecisse merces est” o “El valor de toda virtud radica en ella misma ya que no se practica en el orden al premio. La recompensa de la acción virtuosa

siendo tan actual como en aquella época, dado que el derecho penal de la actualidad se pretende justificar mediante fundamentos básicamente eticista, sustancialistas y decisionistas, aspectos mediante los cuales se pretende reducir en extremo el principio de ofensividad de los bienes jurídico-penales⁷⁴¹.

35. La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del *ius puniendi* estatal, dicho brocardo, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material, y es un enunciado del derecho penal nuclear⁷⁴² que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *Nullum crimen nulla poena sine inuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales:

En cuanto a la primera de ellas, está sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este

es haberla realizado”. SENECA en Epístolas Morales a Lucilio. Epístola LXXXI Volumen II. Traducción al Castellano de Ismael Roca Melia. Editorial Gredos. Madrid. España. 1989 p 24.

⁷⁴¹ Los fundamentos eticista son aquellos que están referidos o bien estructurar el delito sobre la base de la desvalorización ética de los comportamientos de manera absoluta o al menos preponderante, importa en estos casos más que el daño causado o el peligro corrido para los bienes jurídicos, el hecho de que se contradiga la norma como manifestación de poder del Estado, la afectación a esta concepción regia de la ley y su deber de obediencia es lo que presupone el fundamento de tutela, que se resume a que la norma no debe ser desobedecida. Derivado de esta concepción ética es que se fomenta el sustancialismo modelo por el cual al ser preponderante para la infracción la violación normativa, no se requiere ya la comprobación de que la conducta ha causado en verdad un daño o peligro efectivo como realidades fácticas. Se asocia a lo anterior los modelos decisionistas por los cuales las afirmaciones asertivas de los jueces respecto de los hechos que juzgan tienen un alto contenido valorativo que importa una decisión ampliamente subjetiva –sin referentes empíricos demostrables– con extensa discrecionalidad. Ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón” Teoría... Op cit p 100.

⁷⁴² NESTLER Cornelius “El principio de Protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. Traducción de Guillermo Benlloch Petit en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 64.

sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal⁷⁴³ con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual está estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención⁷⁴⁴.

De ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aun cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos, en suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional, el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad.

La restante dimensión del principio de lesividad, está orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal, ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección, es por ello que, el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro.

Es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste –ciertamente– es importante, pero esta

⁷⁴³ CADAVID QUINTERO Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Dike. Medellín. Colombia 1998 p 42.

⁷⁴⁴ KAYBER Marijon “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal Competencias penales en la cuestión del aborto”. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 150.

complementado por la vigencia de lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la no punibilidad del denominado delito imposible.

En tal sentido la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, está vinculada a la noción de antijuridicidad material, que implica que el hecho es antijurídico no sólo porque sea contrario a un precepto penal, sino porque además también lo pone en peligro, si ni siquiera existe ese riesgo, no concurre un ilícito jurídico penal. De ahí que, el derecho penal orientado democráticamente tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de funciones⁷⁴⁵ y que como se ha puesto de manifiesto la centralidad del bien jurídico y del principio de lesividad es fundamental para sostener una sistemática del derecho penal dentro de los cánones de un verdadero –y material– Estado constitucional de Derecho⁷⁴⁶.

X. RANGO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

36. El fundamento Constitucional del principio de lesividad, es posible desentrañarlo a partir del artículo 2 de la Constitución que garantiza protección

⁷⁴⁵ Señalando esos aspectos MOCCIA Sergio “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”. Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997 pp 118 a 119.

⁷⁴⁶ En tal sentido –y con la pulcritud académica y humanismo que le caracteriza– Chirino ha dicho: “Este interés nuestro por el problema del bien jurídico tiene, además un doble punto de partida. Por una parte, sentimos la necesidad de hacer un aporte a la fundamentación dogmática del principio de lesividad, el cual, tiene, desde nuestro punto de vista, un importante papel en la discusión actual, y que forma parte de las tendencias legislativas en nuestro país. De otra parte hemos observado que la teoría del bien jurídico puede ser el núcleo álgido de una consideración democrática y republicana del problema penal, tanto desde la teoría de la legitimación del ius puniendi, de la teoría de la pena, y de la teoría de la antijuridicidad, de la culpabilidad, así como también como desde el punto de vista de la discusión sobre los problemas de los fines del derecho penal, al ser el bien jurídico el punto de encuentro, en el cual convergen, de siempre, los más disímiles enfoques sobre el quehacer punitivo del Estado”. CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual”. Op cit pp 36 a 37.

a determinados bienes vitales –vida, integridad física, integridad moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar– que no forma un catálogo cerrado, sino sólo enunciativo, el cual fue abordado en un primer momento por el tribunal constitucional de manera tutelar, sin vincularlo inicialmente al principio de lesividad, pero apuntando hacia esa garantía⁷⁴⁷; actualmente el principio de lesividad como principio con jerarquía constitucional se ha derivado del artículo 2 de la Constitución⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Respecto de la visión de la Tutela de derechos fundamentales se ha dicho: “En relación con el inciso primero del art. 2 Cn. ya esta Sala manifestó en la Sentencia de 24-V-1999, dictada en el proceso de Amp. 40-98 lo siguiente: “Nuestra Constitución acertadamente, desde su artículo 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos abiertos y no cerrados como fundamentales para la existencia humana e integrante de la esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el art. 2 inciso primero el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descritos en el párrafo anterior. De ambas vertientes, lo que en esta decisión se analizará seguidamente es el derecho de protección jurisdiccional. Tal derecho interpreta esta Sala se ha instaurado con la simple pero esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos de particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías. Sala de lo Constitucional. IS 002497. 00 ac. 21-98.

⁷⁴⁸ Sobre tal derivación la Sala ha expresado: “Sobre el fundamento constitucional de dicho principio, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de este tribunal sustentada en Sentencia de 25-V-1999 pronunciada en proceso de Amp. 167-97 en el sentido que la Constitución salvadoreña desde su artículo 2 positiva un catálogo de derechos que son fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se especifiquen en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, el constituyente dejó plasmado en el artículo 2 Inc. 1° Cn el derecho a la protección, lo cual se traduce en el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean violados. Es decir, corresponde al Estado un deber de protección, con la finalidad de reducir al mínimo posible las conductas dañosas o que pongan en peligro tales bienes jurídicos. Sin embargo, tal afirmación no significa la imposibilidad de un sector del derecho penal cuantitativamente más amplio, tenga por objeto bienes jurídicos instrumentales, es decir bienes jurídicos que sirvan de

Pues bien, respecto de esos bienes vitales –y de otros– se erige una doble función de tutela, una respecto de los personas, en cuanto a las ofensas que hagan a dichos bienes jurídicos, mediante la conminación de normas penales, que elevan esos intereses a la categoría de bienes jurídico-penales; y otra respecto de las instituciones de poder del Estado, que también quedan obligadas, a respetar y preservar esos derechos⁷⁴⁹, lo cual se hace mediante la confección de normas penales, que no sean irrazonables ni excesivas, de ahí que las restricciones que se formulen como tipos penales, deben estar dirigidas también a la conservación y defensa de los derechos fundamentales, ahí donde haya exceso, se vulnera la garantía de lesividad por parte del Estado⁷⁵⁰.

instrumento o medio para salvaguardar los llamados fundamentales”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 156 a 157.

⁷⁴⁹ En lo relativo a la tutela de derechos respecto de la actividad del estado, desde una perspectiva internacional se ha expresado: Fundamento (25) No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar que debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27. 2. Las garantías sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1) vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. Fundamento (26) El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define completa y adquiere sentido en función de los otros. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. OC/87 del 30 de Enero de 1987. (SER. A) (1987).

⁷⁵⁰ Respecto de la ponderación entre tutela de bienes jurídicos y tutela de derechos fundamentales, en relación con el principio de defensa de bienes jurídicos desde la visión constitucional se ha considerado: “Del modo expuesto, el Derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia común, que se concreta en los bienes jurídicos. Dicho concepto condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que adopta la dignidad libertad, e igualdad de la persona y los derechos que de tales valores se deriven, como fundamento de la convivencia nacional y fines hacia los cuales el Estado debe orientar su actuación, tal como lo dispone la Constitución, en el preámbulo, art. 1 inc. 1 y 2 inc. 1. Y es que, si las consecuencias jurídicas del delito – pena y responsabilidad patrimonial – afectan los bienes dotados de relevancia constitucionales, parece claro que su privación sólo se puede efectuar si la causa que

Si reconocemos que en el Estado Constitucional de Derecho debe de privar el principio de que no hay delito sin daño, estamos afirmando, que el hecho punible en cuanto construcción, sólo se legitima si hay una amenaza real o potencial efectiva, respecto del bien jurídico tutelado y en tal sentido a través del derecho penal sólo se pueden criminalizar y sancionar aquellas conductas cuyo objeto sea la protección de los bienes jurídicos fundamentales⁷⁵¹.

Ello significa que, en la escogitación de que bienes deben ser elevados a este rango de protección excepcional, debe mediar un aspecto de relevancia en el sentido que las acciones u omisiones catalogadas en el merecimiento de prohibición por el bien a injuriar deben tener una connotación social en cuanto valor y ello es plausible delimitarlo racionalmente si lo que se tutelan son esferas de derechos y libertades ajenas con carácter fundamental⁷⁵².

la determina es la defensa de un bien de al menos análoga significación constitucional". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159.

⁷⁵¹ Sobre la vigencia de tal garantía aunque denominándolo "principio de objetividad jurídica del delito" se ha señalado que su acuñamiento es acorde a un Estado Constitucional de Derecho, puesto que el delito no se reduce a las meras desobediencias normativas o las infidelidades normativas respecto de la voluntad estatal expresada en los preceptos penales, tales fundamentos convienen a modelos políticos totalitarios. Por el contrario se ha indicado que la garantía de objetividad consiste en que el delito además de acuñar un desvalor ético, debe sustancialmente concretarse en una lesión efectiva o potencial de un bien jurídico. En lo pertinente se ha expresado: "La esencia del delito viene dada, en otros términos, por la lesión de un bien jurídico, es decir por la lesión de un bien de la vida social garantizado por la norma penal. Y la norma penal, por su parte, no es sólo un imperativo o mandato en cuya violación se substanciaría –según la concepción subjetivista– el delito, sino que es también una valoración, o sea, criterio para juzgar la conformidad objetiva de una acción humana con las exigencias de tutela de determinados bienes de la vida social. El mandato jurídico no puede caer en el vacío: debe tener una razón plausible, que se encuentra en el ser de la norma penal como garantía de las supremas exigencias relativas a la existencia, conservación y desarrollo de la vida social. Son estas exigencias las que vulnera el delito, de tal modo que antes que vulneración de una norma o de un deber el delito es lesión de un bien jurídico. BETTIOL Giuseppe "Instituciones de Derecho Penal y Procesal". Traducción de Faustino Gutiérrez–Alvís y Conradi. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1977 pp 105 a 106.

⁷⁵² En tal sentido confrontar CADAVID QUINTERO Alfonso "Bases metodológicas para la elaboración conceptual del delito imprudente". Universidad de Salamanca. Salamanca. España. 1996 pp 82 y ss.

37. El reconocimiento del principio de lesividad de los bienes jurídicos en los sistemas penales, representa en la actualidad, la caracterización de un derecho penal que se construye esencialmente sobre parámetros democráticos en cuanto al ejercicio del poder y en este caso del poder penal⁷⁵³. De ahí que se sostenga como aspecto esencial y legitimador del poder; de acuerdo con lo anterior, en relación al delito, el bien jurídico presupone, en el ámbito del contenido material del ilícito, una afectación del bien jurídico objeto de tutela en la prescripción típica, dicha dañosidad, puede estar fundamentada ora en una lesión ora en una puesta en riesgo para el objeto de protección, de ahí que esa vulneración, constituye un aspecto sustancial del ilícito en cuanto a su configuración típica⁷⁵⁴; en atención a lo anterior no es posible considerar la estructuración de tipos penales, que a su base no tengan bienes jurídicos que puedan ser infringidos, es decir no se concibe la tipificación de un delito, sin un

⁷⁵³ Señalando la importancia del bien jurídico como principio material: “El punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirlo la función que desempeña el derecho penal: positivar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un concepto constitucional de delito debe precisar los criterios por los que se llegue a establecer, en la concurrencia de un comportamiento la gravedad suficiente para que éste justificada su calificación como hecho delictivo. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido, es decir el factor determinante de la intervención del derecho penal es la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia del modo de ataque. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159

⁷⁵⁴ Con respecto al principio de lesividad en relación al bien jurídico se expresó por el máximo tribunal en materia penal: “Asimismo esta Sala advierte que el cheque es un título valor que hace nacer derechos de cumplimiento de obligaciones para los acreedores, donde aparece siempre el riesgo de que los deudores no cumplan con la prestación debida. Sin embargo el Derecho Penal no puede forzar el cumplimiento de obligaciones, tampoco la ley penal no puede imponer costumbres o consolidar determinadas formas de negocio, ni mucho menos moralizar ni ser medio coercitivo para institucionalizar el chantaje. El derecho penal en la protección del orden socio-económico, como bien jurídico supraindividual, articula instrumentos como el principio de lesividad regulado en nuestro Código Penal en el Art. 3. De ahí que deba justificarse la intervención punitiva del Estado, sólo en aquellos casos donde se traspasa los límites de la libertad contractual y del poder de disposición, sustrayéndose dolosamente –Art. 4 CP– del cumplimiento de las obligaciones o vulnerando el derecho de crédito con prácticas –se reitera– que se infiera el conocimiento y voluntad de querer sustraer dentro de un contexto determinado, donde los remedios del derecho civil o mercantil ya no son suficientes (...) La interpretación del tipo penal naturalmente como norma jurídica se dinamiza con la realidad, donde se desenvuelven las conductas humanas, factor determinante para establecer si una conducta está o no conforme con el tipo penal. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil tres (128-01).

bien jurídico, de ahí la doble importancia del principio de lesividad por una parte exige a los ámbitos definitorios del poder penal, la creación del delito que a su base debe tener un bien jurídico; y no permite imputar como transgresión típica, aquella conducta que ni siquiera ha puesto en peligro un bien jurídico.

XI. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

38. La necesidad del principio de lesividad es imperante, ante los abusos reales que el poder penal puede ocasionar, al desarrollar sus políticas de intervención, respecto de los conflictos sociales que se desarrollan en el tejido social, de ahí que, mediante el principio también denominado de objetividad se pretende encauzar el poder penal, hacia la solución exclusiva de la conflictividad social que genere unas consecuencias de dañosidad también social, con lo cual, se tiende a neutralizar las distorsiones de la política penal, para hacerla derivar en aspectos meramente moralizantes⁷⁵⁵ o instrumentales respecto de otro tipo de políticas públicas⁷⁵⁶, que pretendan impulsarse pero que no están asociadas

⁷⁵⁵ Uno de los aspectos más fundamentales del pensamiento ilustrado fue trazar una clara separación entre moral, religión y derecho penal, clara manifestación de ello es lo que se prescribe en el artículo 5 de La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice en su texto literal: “La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles a las sociéteé. Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint á faire ce qu’elle n’ordonne pas” o “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena”. DORANTES TAMAYO Luis Alfonso “Filosofía del Derecho”. Segunda edición. Oxford University Press. México D. F. 2000 p 268. Inclusive en el proyecto de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la redacción de Thoret decía: “Los delitos que no perjudiquen más que al culpable y no perturben directamente el orden de la sociedad no deben ser objeto de las Leyes penales”. Así FAURE Cristine (editora) “Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789. Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1996 p 222

⁷⁵⁶ Respecto de la prohibición de penalización de conductas meramente inmorales y la afectación al principio de lesividad, se dijo: “El mandato que para el Estado deriva del art. 2 inc. 1 Cn exige su intervención para que los derechos materiales del individuo sean reales y efectivos; si proyectamos dicho precepto sobre el derecho penal, se concluye que el Estado está obligado a evitar la comisión de delitos, es decir la transgresión o puesta en peligro efectivo de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de

a la defensa de bienes jurídicos, de ahí que si la moral *strictu sensu* no es parámetro de punibilidad, las conductas auto-referentes, por las cuales una persona se causa un perjuicio así mismo, sin dañar a terceros, no es objeto del derecho penal, por cuanto desde el principio de lesividad, no se ofenden bienes jurídicos de terceros, con la conducta realizada ⁷⁵⁷.

De ahí que, una primer rendimiento del principio de lesividad, es limitar las actividades del estado, en cuanto intervención punitiva en materia de derechos y libertades fundamentales, para alcanzar fines meramente instrumentales del ente estatal, con lo cual quedan proscritos los fines autónomos del estado para

la esfera de las prohibiciones penales, es que estas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones. El principio de lesividad veta, a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente inmorales o estado de ánimo o, incluso apariencias peligrosas. Y establece en general la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159 a 160.

⁷⁵⁷ En lo relacionado al principio de lesividad con relación a las conductas auto-referentes, se ha expresado : “El no rebasar las cantidades que por su natural insignificancia no sean calificadas como presumiblemente comerciables, esta conducta no tiene importancia desde la perspectiva penal, es decir, es atípica para los efectos del derecho penal; la connotación moral o de otra índole, que puede predicarse de estas conductas son ajenas al derecho penal, que –como sabemos– es un instrumento de ultima ratio y no sanciona inmoralidades per se, sino lesiones a bienes jurídicos, por ello es que el consumo de droga como conducta auto-referente, que puede causar perjuicio a quien se suministra la droga, es ajena al derecho penal, con lo que se indica que no este es el mecanismo idóneo para intervenir en estas acciones dañinas al propio sujeto, de sostenerse otra posición, el Estado estaría legitimado para penar: el suicidio, el fumar, las autolesiones, el comer en demasía, todas esas actividades también causan severos daños a la salud etcétera; con estos ejemplos bastantes radicales, ponemos en claro que los perjuicios que un mismo sujeto se cause por su propia decisión no son punibles en el ámbito del derecho penal y la protección de estos bienes no corresponde asumirla al derecho penal, sino a otras formas del control social. Con ello se quiere dejar en claro que este tipo de tenencias de drogas destinadas para el consumo, moralmente reprobables, lo son precisamente en esa dimensión moral o aún ética, y deben ser prevenidas en esos ámbitos por todos los medios razonables para ello, pero en esos ámbitos no puede concurrir el derecho penal, como mecanismo de sanción altamente coercitivo y violento, porque respecto de esa conducta del adicto o del que quiere consumir droga el derecho penal no puede actuar como instrumento estatal moralizador”. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. Sentencia definitiva del veintidós de noviembre de dos mil dos.

la utilización del poder punitivo, es por ello que, la alusión a finalidades de preservar el orden público, la seguridad pública, la paz social, la tranquilidad pública, no resultan legítimas si se hacen por fuera de la persona humana.

Al final los conflictos que se suscitan en el seno del tejido social, tienen la cualidad de ser conflictos personales, es decir representan en un más o en un menos, una afectación a un interés humano, ello significa que, los conflictos que se desarrollan en el orden social, se caracterizan por ser conflictos interpersonales, sin distinción a que se trata de dos personas, de un grupo de personas o de una colectividad de personas; en virtud de ello, y si el conflicto es una realidad preexistente al orden penal, el Estado sólo puede intervenir cuando el daño que se cause, tenga una relevancia tal, que genere una disfunción problemática entre los miembros de la comunidad.

XII. FUNDAMENTOS LIMITATIVOS DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

39. Los fundamentos de limitación que se derivan del principio de lesividad, están estrechamente vinculados con la creación de las conductas punibles, en cuanto a la forma en que se determina el merecimiento de una conducta para ser elevada a la categoría de bien jurídico-penal, mediante la estructuración de una zona de prohibición para los gobernados, la cual será configurativa del tipo penal, en tal sentido se han señalado como criterios rectores⁷⁵⁸: (a) Que la decisión de prohibir ciertas conductas bajo la articulación de un tipo penal, únicamente resulta justificado cuando, el ámbito de prohibición se encuentra dirigido a impedir ataques concretos mediante los cuales se puede injuriar o poner en riesgo bienes jurídicos esenciales; (b) que la elección de una conducta como relevante para la construcción del tipo penal, solo resulta legítima, si el valor del interés jurídico a ser protegido es de mayor entidad que el de los derechos fundamentales que serán objeto de restricción, de no ser así

⁷⁵⁸ En tal sentido HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal" Op cit pp 104 a 105.

el derecho penal no debe intervenir y la tutela debe ser dispensada por otra área del derecho de menor intensidad en las consecuencias que se provocan.

(c) Cuando se configura el tipo penal, el cual asociara a la prohibición la consecuencia de la sanción, debe colmarse no sólo el ámbito del merecimiento y necesidad de protección, sino que también es determinante que el bien jurídico en las consecuencias pueda ser idóneamente tutelado por el derecho penal, es decir que los efectos que provoque la protección penal, no sean más nocivos de los que se quiere evitar; (d) la creación de incriminaciones penales para la tutela de bienes jurídicos valiosos únicamente resulta justificada cuando tal ámbito de merecimiento es subsidiaria a otras políticas de estado que en su articulación pueden ser más efectivas en la protección de los bienes jurídicos;

(e) el criterio de selección de los bienes jurídicos en cuanto a la creación de normas penales no debe ser expansivo, ni reactivo, sino restrictivo, es decir debe servir para frenar el inflacionismo y la expansión del derecho penal, como fenómeno del derecho penal postmoderno, sólo un derecho penal, bien orientado a las consecuencias que objetivamente puede alcanzar, será un derecho penal eficaz, dentro del marco del Estado Constitucional.

XIII. LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO, TIPO Y TIPICIDAD

40. Conviene aquí abordar otro aspecto que parece importante y es la relación que media entre el bien jurídico y la potestad en la creación del delito. Ciertamente existen formas de injuria para el objeto de protección, que resultan ser insignificantes, y sobre las cuales la sanción penal por todas las consecuencias que produce podría resultar no solo innecesaria sino que perjudicial en la relación de los bienes en conflicto.

De ahí que el criterio de antijuridicidad material en este aspecto sea importante, pero visto desde un prisma diferente, no en tanto a la lesión del bien jurídico como rector del tipo penal, sino en lo relativo al alcance de la lesión que

podría generarse dentro del ámbito de protección de la norma penal. Como aspecto fundamentador de lo anterior se invoca el criterio de tangibilidad o grado de lesión del bien jurídico, de tal manera que si no concurre una lesión tangible para un bien jurídico en el ámbito de protección normativo, no es posible estructurar la tipicidad de la conducta⁷⁵⁹.

Esta evaluación de lo tangible que puede ser la lesión para un bien jurídico, es una ponderación que es menester realizar *ex post* al análisis de la adecuación típica de la conducta, lo cual significa que una vez agotado el examen de la tipicidad en el ámbito objetivo y subjetivo, debe establecerse un juicio de antinormatividad suficiente, y ello significa el sí tangiblemente el bien jurídico ha sufrido lesión o si únicamente se trata de una infidelidad normativa, supuesto en el cual, no procedería entender típica, la conducta.

Lo anterior no tiene que representar un cisma en el ámbito del tipo penal, por cuanto no es inadecuado al ámbito de la norma, que en ella sea considerado el grado de vulneración que puede haber sufrido un bien jurídico, por cuanto norma y bien jurídico son aspectos relacionales desde la tipicidad, ello se demuestra por ejemplo en el hecho, de que, el objeto de protección de la norma penal, es el que incide decisivamente en su merecimiento para ser construida como tipo prohibitivo

De tal manera que un examen de la tipicidad de la conducta y del tipo penal, sin ninguna consideración a la relación que media entre norma de protección y objeto de protección de la norma, significaría no darle la verdadera connotación que corresponde al principio de protección de los bienes jurídicos ahora en clave valorativa constitucional, por cuanto –como ya se ha expresado– el principio de ofensividad no sólo significa la exigencia de que los delitos a su base contengan bienes jurídicos, sino que en la relación sintética entre conducta y tipo penal, el bien jurídico que subyace como aspecto tutelado en la

⁷⁵⁹ Ver HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal...” Op cit p 105.

prescripción sea al menos puesto en riesgo, sino concurre ni siquiera la posibilidad de la puesta en peligro, la respuesta de la tipicidad es desproporcionada y por ende ya en este sede debería ser excluida la conducta como no típica en atención a que la misma, en la concreta relación que medio no represento una afectación tangible para el objeto de protección de la norma penal.

Y es que para decirlo más claramente la potestad del legiferante en lo relativo a la creación del delito, no sólo significa la creación del tipo penal, éste no “nace” en una relación de vacío, sino que el mismo importa, la necesidad de tutela de una determinada relación interpersonal, en la realidad social, que al ser sintetizada en una fórmula legal, adquiere la connotación de bien jurídico penal, de ahí que no sólo interese un análisis valorativo del tipo penal, sino también del ámbito de afectación que pudiera ocasionares al interés de tutela de la norma penal.

XIV. BIEN JURÍDICO Y LESIÓN

41. Examinado lo anterior, conviene ahora puntualizar algunas disquisiciones, sobre el valor del resultado respecto del principio de lesividad⁷⁶⁰, en lo referente a este aspecto de lesividad y lesión, en relación a la exigencia de la adecuación típica, es importante el rol que se le otorga al resultado, como cuestión verificable y refutable, ciertamente, en la elaboración de la tipología penal, se acuña como elemento integrante el resultado, y ello es así, en la mayoría de tipos penales, sea dolosos o culposos de acción o de omisión, inclusive su importancia se traslada al ámbito de la determinación de la punibilidad, en la configuración de la tentativa como un hecho disvalioso no sólo

⁷⁶⁰ Sobre ello ampliamente LAURENZO COPELLO Patricia “El Resultado en el Derecho Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1992 pp 63 a 87

por el disvalor de acto, sino porque éste ha sido capaz de poner en peligro al bien jurídico.

De ahí que, la comprensión del resultado en el ámbito de la dogmática penal, representa la limitación de que la conducta no puede ser punible, a menos que haya representado un peligro para el objeto de protección que tutela la norma penal, éste aspecto, es completamente verificable en la relación de comprobación que se dará en el proceso cognoscitivo y por lo tanto sujeto a demostración y refutación, es decir al empleo de *modus ponens* y *modus tollens*⁷⁶¹.

42. Aspectos esenciales para la determinación del resultado compatibles con el principio de lesividad de los bienes jurídicos pueden ser los siguientes: a) debe considerarse que el resultado dentro de la estructura típica, es un elemento distinto y diferenciado a la conducta; b) debe entenderse que el resultado, necesariamente debe tener una vinculación con el objeto de protección que resguarda la norma penal, si media esta relación entre objeto de protección y resultado, el mismo es valorable dentro del ámbito de esa relación, cuestión que inicia en el examen de lo típico; c) debe entenderse que el resultado está vinculado por un nexo causal naturalístico o normativo respecto de la conducta⁷⁶²; d) debe estimarse que la relación del resultado no puede consistir una consecuencia intangible, porque ello propiamente hace disfuncional la relación de verificabilidad y refutabilidad que ya habíamos anticipado, en tal sentido el resultado en el ámbito típico, debe estar construido sobre parámetros de tangibilidad.

⁷⁶¹ Sobre el contenido de la demostración y la refutación en el proceso penal, conectado al derecho penal material, ver FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... Op Cit pp 610 a 611.

⁷⁶² Debe entenderse que las cuestiones normativas vinculadas a la imputación son admisibles si y solo si, son utilizados como criterios restrictivos en el ámbito de la imputación del resultado a la conducta.

XV. BIEN JURÍDICO Y SIMBOLISMO PENAL

43. Esta consideración es harto necesaria en la visión actual que pueda sustentarse de un derecho penal postmoderno, por cuanto pareciera que la misión del derecho penal ya no está sustentada con exclusividad en la tutela del ser humano y de sus derechos fundamentales, sino que lo que se pretende tutelar son una especie de funciones que garanticen el normal desarrollo del sistema social, en el cual únicamente, se protegen relaciones de fidelidad y de consenso para una buen marcha del sistema, de ahí que, precisamente la nueva misión asignada al derecho penal, sea la de regular los riesgos abstractísimos de las sociedades de la postmodernidad, y generar un intenso control social, sobre aquellas personas que por ser disfuncionales –es decir no funcionales– representan en sí mismas un factor de riesgo⁷⁶³.

Un derecho penal orientado a esas consecuencias, es un derecho penal que rebasa el grado de simbolismo, que podría estimarse racional para toda norma jurídica-penal⁷⁶⁴; y precisamente ahí radica la esencia del problema, por cuanto el abuso del simbolismo penal terminará deslegitimando al mismo derecho penal; lo anterior puede ser fácilmente constatado cuando se mide la eficacia del derecho penal, en relación a los ámbitos de seguridad ciudadana, que actualmente se padecen en las sociedad contemporáneas; en ellas, la eficacia normativa, parece ser sólo una quimera, en cuanto a los efectos de la reducción de la criminalidad, mediante leyes endurecidas, que son más bien “frugales” en cuanto a esos resultados.

Y es que en el actual estado de cosas, se deposita por la ciudadanía – muy poco y no muy bien informada– una fe mesiánica en el derecho penal, para

⁷⁶³ Sobre ese aspecto MENDOZA BUERGO Blanca “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”. Civitas. Madrid. España. 2001 p 155.

⁷⁶⁴ Sobre los aspectos simbólicos de las normas penales y los contornos de su legitimidad ver HASSEMER Winfried “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Traducción de Elena Laurrari en “Pena y Estado”. AA. VV. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1995 p 30.

la solución de los múltiples problemas que se generan en la actualidad, y precisamente esas expectativas, son las que permiten que el orden político, le apueste al derecho penal como un instrumento alquímico, para resolver el problema de seguridad ciudadana frente al conflicto y frente al delito. Sin embargo, el resultado de tal gestión de la conflictividad social, sólo puede arrojar un mismo resultado compatible al de su origen, el cual es también –y no puede ser de otra manera– simbólico.

XVI. PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL MERECIMIENTO

44. Corresponde ahora examinar, la cuestión relativa a la vigencia del principio de lesividad en cuanto a la construcción del merecimiento de la conducta en abstracto. En atención a ello, debe ser menester reconocer, que dentro de la formulación de la política penal, el principio de lesividad es un límite real a la expansión del poder punitivo del Estado. Acuñado bajo el tradicional aforismo del *Nullum crimen nulla poena sine necessitas*⁷⁶⁵, el principio de lesividad, permite establecer una doble garantía que a continuación se detallará:

(a) el primer aspecto responde a la exigencia de que, la criminalización de las conductas delictivas en cuanto tipificaciones, sólo resultan legítimas, si la

⁷⁶⁵ Reconociendo el alcance de este principio se ha dicho: “De allí se derivan importantes consecuencias a título de limitación al poder punitivo del Estado: a) La primera viene determinada por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla poena sine necessitate*, el cual sostiene que, si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo. Es decir el derecho penal responde sólo al objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las encaminadas a impedir comportamiento lesivos, que suponen una mayor afectación que las generadas por el derecho penal”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

norma penal está dirigida a la tutela de un bien jurídico relevante⁷⁶⁶, es decir si la ofensividad descansa sobre la afectación de bienes individuales o sociales⁷⁶⁷.

Así, la construcciones típicas que no protejan bienes jurídicos, afectan el principio de lesividad, puesto que fincan la punición sobre conductas que sustancialmente no afecta un bien jurídico⁷⁶⁸; a ello se debe agregar, que la opción por la protección de los intereses vitales, se ve también informada –de manera relacional– por el principio de intervención mínima, que aquí también se manifiesta, en el sentido que aunque sea necesaria la tutela de un bien jurídico, este resguardo puede ser no necesariamente dispensado desde el entorno del derecho penal que ciertamente no es el más eficaz salvo que se quiera exaltar su contenido simbólico de una manera desproporcionada lo cual sería no sólo intolerable, sino que también violatorio del principio de lesividad y por ende de la Constitución de la República que lo garantiza.

(b) En cuanto al segundo aspecto, debe indicarse que esta manifestación del principio de lesividad, se circunscribe al principio de necesidad de tutela de los bienes jurídicos, ello significa no otra cosa que, cuando se va a recurrir a la

⁷⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ Juan “Control Social y Sistema Penal”. PPU. Barcelona. España. 1987 p 178.

⁷⁶⁷ Sobre esta extensión del principio se ha considerado que: “El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifica únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido” . Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

⁷⁶⁸ Debe señalarse en este aspecto, que hay una vocación bastante progresiva del legiferante, a conminar bajo la amenaza de la pena ya no la afectación de bienes jurídicos, sino de meras funciones, sobre las que se pretende tutelar intereses, que no están ligados a una concepción de bienes predicables respecto de la visión de la persona humana, se trata de objetivos genéricos ligados a necesidades políticas, económicas, sociales que buscan una “eficiencia” a costa de la libertad de los gobernados y de la intervención desmedida de sus derechos fundamentales, ello desnaturaliza la utilización del derecho penal convocándolo como un instrumento de primera ratio contraviniendo con ello el principio de intervención mínima. Ver en tal sentido sobre la tutela de funciones y no de bienes jurídicos. MOCCIA Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones...” Op cit pp 118 a 121.

tutela del derecho penal, no debe olvidarse que se trata del ámbito de protección de mayor incidencia restrictiva en los derechos y libertades de los gobernados, dicho de manera sencilla, que se recurre el medio más aflictivo y violento, por lo cual el mismo debe ser utilizado como instrumento de *extrema ratio*, de ahí que el derecho penal no puede ser exacerbado en sus contenidos simbólicos y únicamente debe ser utilizado cuando sea absolutamente necesario, en tal sentido la configuración de tipos penales, sólo son razonables cuando son las necesarias para salvaguardar al bien jurídico, en su ámbitos de merecimiento, necesidad y aptitud para ser protegido, es decir un bien jurídico construido sobre la base de la dañosidad social⁷⁶⁹ pero con un sentido antropocéntrico.

XVII. PRINCIPIO DE LESIVIDAD RESPECTO DE LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

45. La otra extensión del principio de lesividad, se dirige ya a la fase punitiva, en el sentido que, no obstante que una conducta este reprimida como delictiva, no es razonable imponer ninguna pena o medida de seguridad, si la acción u omisión no ha puesto ni siquiera en peligro al objeto jurídico de protección⁷⁷⁰, mediante una acción con contenido lesivo⁷⁷¹. Lo anterior es plausiblemente explicable por cuanto, un derecho penal correctamente

⁷⁶⁹ En tal sentido MOCCIA Sergio “El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 182.

⁷⁷⁰ Señalando la necesidad de la lesividad en tanto afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO Sonia “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995 p 86.

⁷⁷¹ La Sala Constitucional ha reconocido esta consecuencia del principio de lesividad al considerar: “La segunda se manifiesta a través de la exigencia de la materialidad de la acción dañosa; es decir ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia los delitos como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estado de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concentrarse en acciones u omisiones humanas –materiales físicas o externas, es decir empíricamente observables – describibles exactamente por la ley penal”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 161.

orientado, en todo Estado democrático, no construirá la punición del delito, cifrando únicamente como fundamento, el desvalor de acción; de tal manera que aunque concurra completamente colmado un relación de desvalor de la conducta, ello aún es insuficiente para determinar en concreto la punibilidad; por cuanto se requiere además la concurrencia de un desvalor de resultado que mesure la reacción penal.

De ahí que la mera desobediencia normativa, la transgresión a la misma en el sentido de infidelidad del sujeto hacia la norma, no justifica la imposición de una pena o medida de seguridad si la conducta no lesionó o puso en riesgo inminente a un concreto bien jurídico protegido penalmente.

Y es que esa es la exigencia fundamental del principio de lesividad, que la conducta exteriorizada por el sujeto ya en concreto haya sido capaz de producir o bien una lesión o bien un peligro para el bien jurídico que es el objeto de protección de la norma penal, no sólo interesa el no acatamiento del mandato normativo, sino que también a consecuencia de esa infracción se haya producido una lesión en el sentido de provocar un resultado, que se encuentra escindido de la conducta –aunque vinculado a la misma–; sólo ese aspecto de exteriorización y de materialización de la conducta, podrá representar en la relación concreta entre acto, norma, bien jurídico y resultado, la posibilidad de imponer si media culpabilidad una pena.

XVIII. BIEN JURÍDICO Y DOSIMETRÍA PENAL

46. En el actual estado de cosas, la significación del merecimiento de pena, es vital, ello se explica no sólo por la adopción de criterios de justicia al momento de la valoración en concreto del merecimiento de pena, sino porque en abstracto también significa un importante límite para el legiferante. De lo anterior es plausible sostener, que una conducta es merecedora de pena, cuando la misma –de entre otros parámetros– afecta intereses vitales de la persona humana o de la comunidad; de ahí que el poder legislativo aun reconociéndosele

su amplio poder de configurar lo punible, no puede –so consecuencia de violar la Constitución– crear a su arbitrio prescripciones penales, por cuanto el límite que se tiene es precisamente que tales incriminaciones afecten bienes jurídicos valiosos.

47. Desde la perspectiva de justicia –que es un valor constitucional entre nosotros– no se concibe que una conducta sea merecedora de pena cuando la misma no haya ni siquiera causado un riesgo para el objeto que se protege por la norma penal, ello significa que no se tolera, la imposición de penas, para delitos que no tengan a su base bienes jurídicos, ni tampoco para conductas que aunque vulneren la prescripción normativa no representaron un peligro de afectación real para el bien jurídico.

En suma la relación entre bien jurídico y merecimiento de pena, limita a legisladores y jueces, para unos –los legisladores– esta proscrito que se creen delitos sin bienes jurídicos, porque ello significara la punición por la contravención a una norma, pero no por la lesión a un bien jurídico; para los otros –los jueces– significa que no pueden imponer penas por aquellos delitos que no tengan a la base un bien jurídico; pero además que, cuando la conducta vulnere un tipo penal que este legítimamente construido, la imposición de pena o medida de seguridad, requiere indefectiblemente, al menos peligro para el bien jurídico tutelado, sólo sí éste ha sido afectado, es razonable la imposición de la sanción, desde la perspectiva de la defensa de los bienes jurídicos⁷⁷².

772 En lo concerniente al Principio de lesividad, en cuanto a su relación con la pena se ha dicho: De ahí que por la pena sólo resulte proporcionado prohibir aquellos comportamientos más intolerables, que por lo menos pongan en riesgo bienes jurídicos vitales de la persona o de la comunidad, pero siempre bajo una noción personalista. El derecho penal debe tener ese carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, sancionar con pena, aquellas conductas lesionen bienes jurídicos trascendentales cuando otro segmento del orden jurídico no puede hacerlo de manera efectiva. La fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el derecho penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social, en atención a la intensidad del ataque hacia los bienes jurídicos. La pena y el Derecho Penal, tienen como misión: la protección de los bienes jurídicos y, únicamente mediante la tutela de éstos, el resguardo de los valores ético-sociales relevantes. El derecho penal por ende no es moralizador, no tutela meras

XIX. CREACIÓN DE INFRACCIONES PENALES SIN BIENES JURÍDICOS

48. Como se expresó al inicio de este apartado el principio de exclusiva protección de bienes es plausible reconducirlo a dos grandes ámbitos en su sentido de garantía como limitación del poder punitivo. La primera –con implicaciones político-criminales más directas al legiferante– está dirigida a controlar e impedir que las opciones políticas reales del poderes ejecutivo, legislativo y de otros grupos de poder –que inciden en el quehacer del legiferante– puedan significar la creación de tipos penales que no tengan por objeto la tutela de bienes jurídicos y su lesión⁷⁷³.

Con ello se está afirmando que no es legítimo –desde la óptica del Estado Constitucional de Derecho– la criminalización de conductas únicamente referidas al desvalor de contradicción de la norma como exigencia formulística sin que medie en su sustrato un bien jurídico relevante, ello significa sin ambages que el derecho penal no puede entrar a reprimir aquellas conductas que se consideren inmorales, no éticas, desviadas, peligrosas, fatalistas, sin que tales conductas tengan la aptitud para poner en riesgo efectivo los bienes jurídicos, de

desobediencias al orden normativo, sino que se encarga de contener conductas lesivas para los bienes jurídicos más relevantes. Es por ello que la pena, no puede ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de vindicación pública, ante el escándalo del delito, la pena sólo está dirigida a fines racionales, y por ello, porque esta erigida sobre la razón, es que la pena sólo se justifica, si a partir de ella, puede reintegrarse al individuo al tejido social, brindándole una propuesta de readaptación y generar un razonable sentimiento de la importancia de la tutela de los bienes jurídicos. Siempre la pena debe tener este plus de ser un instrumento de reincorporación del individuo, así lo que antes era venganza o castigo, ahora en un Estado Constitucional se concibe como una opción de recuperación del hombre. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

⁷⁷³ Sobre ello se ha sostenido: “En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de la esfera de las prohibiciones penales, es que, éstas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. El principio de lesividad veta a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente “inmorales” o de estado de ánimo, o de incluso apariencias peligrosas. Y Establece en general en aras de la protección a la libertad de las personas la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros”. Sala de lo Constitucional Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras Op cit pp 159 a 160.

ahí que el principio de ofensividad sea un límite irrebasable respecto de la construcción de tipos penales con características de delitos sin ofensa, delitos eticista, delitos asociativos, delitos auto-referentes o delitos de sospechas⁷⁷⁴.

49. En el segundo aspecto a destacar el principio de ofensividad tiene relevancia en cuanto a la ubicación del bien jurídico en el injusto típico y las consecuencias que se originan ya en el momento de estar en presencia de una conducta delictiva en concreto⁷⁷⁵. La admisibilidad de la relevancia de las conductas afectativas materialmente de un bien jurídico pueden oscilar entre una incardinación en sede de tipicidad o en los ámbitos de la antijuridicidad. En ambos casos lo más relevante es que hay una exigencia de ofensa respecto del bien jurídico para posibilitar la conformación del injusto típico y habilitar sólo en ese caso un juicio de imputación subjetiva⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Son delitos sin daño aquellos cuya injuria –supuesta– está dirigida a entes abstractos –verdaderas entelequias– que carecen de sustrato material y cuyo reconocimiento sólo tiene fines dominativos, por ejemplo los delitos contra la denominada “personalidad del Estado” o contra la “Moral pública”. Son delitos eticista aquellos que acuñan como contenido desvalorante la mera desobediencia normativa. Son delitos asociativos aquellos que punibilizan las connivencias delictivas sin que las mismas per se signifiquen un daño concreto a los bienes jurídicos. La criminalización de esta última modalidad hace nugatoria la teoría de la participación delictiva y se erige sobre construcciones típicas porosas, indeterminadas e imprecisas que afectan de lleno, además del principio de lesividad al de legalidad. Por último son delitos de sospecha aquellos que se construyen sobre la conjetura de la comisión de un delito cuya improbabilidad probatoria se traslada como carga de la prueba para el sujeto activo. En términos generales FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón” Op cit p. 475.

⁷⁷⁵ En este sentido destacando la relevancia del principio de ofensividad sobre la base del bien jurídico. Ver POLAINO NAVARRETE Miguel “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del Delito. Volumen I. Bosch. Barcelona. España. 2000 pp 553 a 556.

⁷⁷⁶ Sobre ello se consideró: “El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas a cuya infracción se atribuye una pena, se justifican únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado sino también el peligro que se ha corrido; en cualquier caso debe tratarse de un daño o peligro verificable o valuable empíricamente partiendo de las características de cada comportamiento prohibido. El principio de lesividad se postula por tanto, como la formulación constitucional que impide al legislador el establecimiento de prohibiciones penales sin bien jurídico, es decir, excluye la responsabilidad penal por comportamiento

Así no basta que la conducta como acción u omisión contradiga los mandatos prohibitivos o imperativos de la norma jurídico-penal para tener por colmado el desvalor del injusto, sino que además se requiere que las acciones u omisiones vulneren el contenido esencial que tutelan dichas normas y que están referidos a los perjuicios que se ocasionan al bien jurídico debiendo tal ofensa al menos provocar un riesgo efectivo de lesión.

En tal sentido en materia de principios no basta que el injusto típico respete en suma el principio de legalidad –en cuanto tipo penal previo, escrito, cierto y estricto– sino que se requiere que la conducta adecuada al tipo penal ofenda en concreto un bien jurídico, para ello es menester que el tipo penal acuñe en su contenido efectivamente un bien jurídico y que al caso específico el acto u omisión haya puesto en peligro bastante dicho bien mediante la amenaza inminente del objeto de la conducta.

50. En el contexto precitado tienen relevancia los siguientes aspectos: (a) La no punibilidad de las consideraciones meramente internas que aún exteriorizadas entre sus posibles intervinientes no representan ningún riesgo para el bien jurídico.(b) La no punibilidad de las manifestaciones externas preparatorias del delito –como resoluciones manifestadas – que no importen un inicio de ejecución, puesto que en este ámbito el límite de la punibilidad lo marca la tentativa⁷⁷⁷, la libertad configurativa que generalmente se reconoce al legiferante , no puede rebasar de manera grosera este ámbito sin afectar el principio de lesividad de los bienes jurídicos –entre otros principios– y afectar el

sin resultado dañoso”. Sala de lo Constitucional Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras Op cit pp 160 a 161

⁷⁷⁷ Sólo tomase a cuenta lo incongruente que resulta que por un lado el delito imposible no sea punible y sin embargo actos preparatorios si estén dotados de punibilidad, en ambos casos aunque pueda medirse un desvalor ético-social –diferentes en grado aunque es más intenso el del delito imposible– no concurre ningún desvalor de resultado ni aún como peligro para los bienes jurídicos. De ahí las consecuencias – insólitas – que se producirían en el caso de que en un delito por ejemplo de homicidio si concurriese imposibilidad delictiva no habría responsabilidad penal, pero sí, está podría estar afirmada si hubiese acaecido un concierto delictivo.

Estado constitucional de Derecho en el entendido que nos rige un verdadero Estado de Derecho, con Fundamento en la Constitución⁷⁷⁸.

La tutela de estos bienes debe abordarse desde una perspectiva dicotómica en el sentido que el Estado los asegura a todas las personas de las ofensas o peligros por parte de conductas de los particulares y esta tutela es gradual y fragmentaria según sea la magnitud del ataque y de la necesidad del bien para ser protegido. Sin embargo de esta tutela el Estado no puede quedar excluido. Así también los derechos fundamentales enunciados y sus derivaciones deben ser tutelados de los mismos poderes coactivos del Estado⁷⁷⁹;

⁷⁷⁸ Consecuencia de todo ello es reconocer que entre nosotros el desvalor del injusto no se funda con exclusividad en el desvalor de acción –con sus diferentes modelos– y que es necesario que junto a ese desvalor de la conducta concorra un desvalor de resultado el cual se marca ya con el peligro efectivo que la conducta produzca respecto al bien jurídico, esta toma de opción reconoce la primacía del principio de lesividad. Entre nosotros el principio de lesividad tiene reconocimiento expreso en el artículo 3 del Código Penal cuyo tenor literal es el que sigue: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal”. Es importante destacar el alcance que se concede al aludido principio, pues ninguna consecuencia jurídica del delito debe imponerse –ni pena ni medida de seguridad– si la conducta no ha generado una ofensa en concreto para el bien jurídico tutelado. También es de hacer notar que el principio precitado se acuña como un garantía penal mínima, ello es importante por la imbricación que tal principio pueda tener en cuanto estar dotado de rango Constitucional.

⁷⁷⁹ Esta forma de tutela de los derechos fundamentales sobre la base de potenciar su defensa sobre el ámbito central de la libertad y la limitación de los poderes públicos ya ha sido reconocida en materia de Amparo según se cita así: “Como se ha indicado en anteriores resoluciones, los llamados derechos individuales o garantías fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados; o, mejor dicho, es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades al concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución. El propósito jurídico-político de tales derechos, es pues, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de la libertad a la persona, concedida esta libertad, no sólo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, los llamados Derechos del Hombre, se nos presentan como limitaciones a la actividad del Estado, y establecen una relación jurídica Hombre-Estado, en la cual el primer, en su carácter de gobernado, es el sujeto activo de la misma, siendo el sujeto pasivo el Estado, y concretamente, sus autoridades y funcionarios”. (Amparo N° 2-A-91). GUTIÉRREZ CASTRO Gabriel Mauricio “Catalogo de Jurisprudencia”. Derecho Constitucional Salvadoreño.

En el sentido que sí y solo si, resulta plausible poner en riesgo de afectación derechos fundamentales de las personas –en cuanto injerencia del Estado mediante su potestad punitiva en la vida personal de cada miembro– cuando las conductas de las personas resulten –en su previsión abstracta y concreta– intolerables para la tutela de los bienes jurídicos más relevantes, que ya han sido previstos por la Constitución.

Así debe entenderse que el poder penal del Estado debe estar limitado por la defensa de aquellos bienes vitales más trascendentales. Resultando entonces que el poder penal únicamente se legitima en cuanto otorgue protección a dichos bienes para defenderlos de ofensas concretas; de lo contrario tal potestad por ella misma estaría afectando los bienes que pretende tutelar, puesto que se reduciría de manera maximizada la esfera de libertad y con ello la de dignidad de la persona, lo cual conlleva un modelo de Estado autoritario, tiránico y arbitrario.

Precisamente la Construcción de un modelo de Estado Constitucional de Derecho donde se respeten la dignidad humana y la libertad como fundamentos ontico-valorativos sustanciales de toda persona humana, permite sostener la vigencia del principio de ofensividad como límite al poder penal del Estado que no es otra cosa que limitar el poder penal de los hombres y en este caso de aquellos que se encuentran en una situación de poder.

De ahí que, un derecho penal, que no respete la materialidad de los bienes jurídicos, como sustrato legitimador de las normas penales, es un derecho penal orientado autoritariamente, por cuanto, en este caso la norma penal, ya no se justifica de manera externa o de manera meta-legal, sino de manera interna por el poder de *autoritas* de tener la potestad de criminalizar una conducta, pero sin bienes jurídicos constatables a su base. Esta expresión de aniquilación de los bienes jurídicos, como límite objetivo del derecho penal, no es una casualidad

Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Tercera edición. San Salvador. El Salvador. 1993 ps. 122 a 123.

que sea negado, por todos regímenes que en la historia se han caracterizado, por erigirse como altamente autoritarios, baste recordar nuevamente en la época del nazismo como se “espiritualizó” y negó el bien jurídico como instrumento de contención del derecho penal, constituyéndose en una especie de –y valga el símil– *detritus* para el derecho penal.

**SOBRE LA EXIGIBILIDAD E INEXIGIBILIDAD
DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO⁷⁸⁰**

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

Jueza de Apelación de Sentencia

“La consideración de que a quien actúa en circunstancias tales que no le es humanamente posible determinarse de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho no le debe ser exigido que lo haga, que el ordenamiento jurídico no exige conductas heroicas por estar dictado para hombres y no para héroes o santos, y que más allá del propio poder nadie está obligado, es algo que parece evidente a la razón humana. (...) Pero una cosa es este sentimiento y otra, muy distinta, la idea de hacer de él un principio jurídico y tratar de aplicarlo como solución a las situaciones de hecho presentadas ante los Tribunales de Justicia”.⁷⁸¹

RESUMEN: Este artículo trata el tema de la no exigibilidad o la inexigibilidad de otra conducta dentro de la teoría del delito. Este tema que ha sido tratado para su aplicación en delitos culposos así como en delitos de omisión impropia, sin embargo no así en delitos dolosos de acción. Por ello, interesa especialmente tratar en esta obra el aporte que la inexigibilidad de otra conducta pueda dar en el estudio de la culpabilidad en los delitos dolosos de comisión.

⁷⁸⁰ Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

⁷⁸¹ SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 9.

PALABRAS CLAVE: teoría del delito, delitos culposos, delitos de omisión impropia, delitos dolosos de acción, causas de exculpación, inexigibilidad de otra conducta, culpabilidad.

ABSTRACT: This article addresses the issue of non enforceability or unenforceability of other behavior within the theory of crime. This topic has been treated for application in culpable crimes as well of improper omission crimes, however, not in crimes of action with criminal intent. Therefore, is a particularly interest of this work the contribution that the unenforceability of other behavior may result in the study of guilt in intentional crimes of commission.

KEYWORDS: Theory of crime, not intentional crimes, crimes of improper omission, willful misconduct of action, causes of exoneration, unenforceability of other conduct, guilty.

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 8 de octubre de 2013.

Representa para mí un honor participar de este homenaje al Doctor Francisco Castillo, con quien nos encontramos en deuda todos cuya praxis profesional gravita en torno al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal; son innumerables sus valiosos aportes a la doctrina, de reconocimiento en América y Europa, con un sello imperdible: una justicia a tono con los lineamientos de un verdadero Estado de Derecho.

He escogido el tema de la no exigibilidad o inexigibilidad, porque lo percibo como un tópico injustamente ignorado en la discusión jurídica nacional, relegado a un segundo plano, en ocasiones utilizado sin tener plena consciencia de su invocación, pero que en definitiva resulta de importancia, pues no se ocupa de interesantes y extraños casos de “laboratorio”, sino de supuestos propios del cotidiano quehacer jurisdiccional.

La no exigibilidad de otra conducta es una figura cuya apreciación en su utilidad, ha sido mutante, aunque hay un importante consenso sobre su aplicación en los delitos culposos, así como en los delitos de omisión impropia; no en cuanto a los delitos dolosos de acción⁷⁸². Mientras unos ven en ella una causa supralegal de inculpabilidad, otros la reducen a los casos expresamente previstos en la ley, a supuestos variantes en el tiempo y el espacio, siendo las más comunes el encubrimiento entre parientes, exceso de legítima defensa, estado de necesidad disculpante y, entre otros, supuestos de miedo insuperable..

El propósito de esta intervención es establecer no solo cuáles situaciones han sido previstas por el legislador costarricense como causas de inexigibilidad, sino reflexionar sobre el valioso aporte de la doctrina de exigibilidad y la no exigibilidad en la construcción de la teoría del delito, tanto, que veremos sobrepasa el tema de la culpabilidad y ha resultado de suma utilidad a nivel de la tipicidad y de la antijuricidad; pero especialmente, el interés es ponderar si es preciso una incursión más profunda en el aporte que la no exigibilidad de otra conducta, pueda dar dentro de la culpabilidad y tratándose de delito dolosos de comisión.

1) EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La doctrina de la exigibilidad surge a partir de la teoría “normativa” de la culpabilidad, pero antes de entrar en boga dicha corriente, predominaba la denominada teoría “psicológica” de la culpabilidad. La culpabilidad conforme con la teoría psicológica se entendía como un nexo psicológico entre el autor y el injusto (resultado), agotándose su contenido en dos formas de culpabilidad: el dolo y la culpa, conforme a la intensidad de la relación psicológica existente entre el autor y el resultado. Pero se hicieron ver varias debilidades, como la discusión de la culpa inconsciente (donde era imposible establecer esa conexión

⁷⁸² Vid. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 605.

síquica)⁷⁸³; o con supuestos de miedo insuperable (que no excluían el dolo o la culpa) y no se encontraba una explicación o justificación satisfactoria, para excluir la culpabilidad. En suma, entre otros, la teoría psicológica de la culpabilidad no tenía la capacidad de dar una explicación al significado dogmático de las causas de exculpación.⁷⁸⁴

En consecuencia, la única vía para excluirla la culpabilidad en esos supuestos, era descartar el criterio del vínculo psicológico y esa respuesta fue dada por la teoría normativa de la culpabilidad, con la idea de la reprochabilidad (que en un principio se hizo depender del dolo y la culpa).⁷⁸⁵ Fue gracias a la obra de FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907) que operó el cambio, al ampliar el concepto de culpabilidad y al introducir en él la imputabilidad y el visualizar circunstancias externas que podían asistir en la comisión del delito. FRANK consideró había un grave error en la teoría psicológica dominante al considerar importantes solo el dolo y la culpa como especies (ignorando la imputabilidad y las circunstancias que concurren en la comisión del delito) de la culpabilidad (su género).

Se reconoce que con los aportes de FRANK, así como de otros como GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL se desarrolló el concepto de exigibilidad⁷⁸⁶, la culpabilidad requería de reprochabilidad, no siendo suficiente la imputabilidad (ni el dolo o culpa), era preciso la exigibilidad, de manera que si al sujeto se le podía exigir otra conducta, había culpabilidad; pero si de las circunstancias personales y del entorno no era exigible otro comportamiento, había exculpación.

⁷⁸³ SÁINZ CANTERO, José Antonio, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, p. 14.

⁷⁸⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 618. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal*, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 608.

⁷⁸⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 618.

⁷⁸⁶ SÁINZ CANTERO, José Antonio, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, p.16.

GOLDSCHMIDT ideó el concepto de normas de deber (que motivaban el comportamiento interno del agente), como contrapuestas a las normas de Derecho (que prohibían conductas); entonces, la infracción de las normas de Derecho afectaba la antijuricidad; las de las normas de deber, incidían en la reprochabilidad necesaria para la culpabilidad, pero con un límite: lo que fuera exigible al sujeto. FREUDENTHAL fijó la exigibilidad precisamente como el fundamento de la reprochabilidad, postulando la causa suprallegal de no exigibilidad que excluía la culpabilidad si en el caso concreto, no era exigible al individuo un comportamiento ajustado a Derecho, sin importar las eximentes legales previamente previstas por el legislador⁷⁸⁷.

En suma, se ha reconocido a la doctrina alemana el surgimiento de la no exigibilidad como un principio jurídico, pues su construcción dogmática solo tuvo lugar una vez que los presupuestos de la denominada concepción normativa de la culpabilidad se consolidan y al sujeto solo se le puede considerar culpable, si le era factible adecuar su conducta conforme a la norma. Si la conducta legal no era exigible al sujeto, su acto antijurídico, no le era reprochable.

Doctrina que se inspiró, desarrollo y llegó a sucumbir con los desarrollos realizados en varias sentencias del Tribunal del Reich. En un momento de difícil situación económica para Alemania, años de inflación y donde muchos ciudadanos se vieron enfrentados a condiciones extremas, e incluso, al dilema de infringir la ley para atender sus necesidades básicas⁷⁸⁸, surge el caso conocido como *Leinenfänger*, emblemático dentro de la teoría de la inexigibilidad de otra conducta, señalado como punto de partida de esta controvertida construcción jurídica de la ciencia jurídico-penal; fue esta sentencia la que

⁷⁸⁷ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 618 y 619.

⁷⁸⁸ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. VI, 3ª ed. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires 1962, p. 934; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 619; SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 13.

primero reconoció –en el ámbito de la culpabilidad- la no exigibilidad de otra conducta⁷⁸⁹:

“En alemán se llama LEINENFÄNGER al caballo de tiro que tiene la habilidad de sujetar la reinda con la cola, una vez que ha sido enganchado, entorpeciendo con esto la labor del que lo dirige. El dueño de una cochera de carruajes de alquileres ordenó al cochero que enganchara a uno de estos caballos y saliera con él a prestar servicio. El cochero, previendo el peligro, trató de negarse, amenazándole el propietario con el inmediato despido si no obedecía. El cochero obedeció y, ya en la calle, se desbocó el animal, causando lesiones a un transeunte. La solución del RG alemán, fue absolver al cochero, considerando su acción inculpable por “no exigibilidad de otra conducta”, admitiendo ésta como causa supralegal de inculpabilidad.”⁷⁹⁰

Al resolver el proceso mediante sentencia del 23 de mayo de 1897, de la Sala IV de lo Penal, el Tribunal absolvió al acusado por no podersele exigir se negara a realizar la conducta, que el mismo sujeto visualizaba como peligrosa para sí mismo y terceros, pero que realiza ante el riesgo de perder su trabajo.

La doctrina cita otros casos de los Tribunales alemanes como ilustrativos en la aplicación del criterio de la inexigibilidad de otra conducta. Uno famoso, estudiado por FREUDENTHAL, identificado como “*la cigüeña ante los jurados*”. Cuenta que en un distrito minero donde la empresa explotadora minera, concedía al obrero dispensa de trabajo con sueldo, en la fecha del nacimiento de su hijo; los encargados de la empresa se percataron que ningún niño nacía domingo o día festivo, así que investigando se enteraron que los mineros habían amenazado a la comadrona que les asistía a los partos, con no volverla a

⁷⁸⁹ SILVA, Jesús María/CORCOY BIDASOLO, Mirentux/BALDÓ LAVILLA, Francisco, Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Parte general, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p.324 y 325

⁷⁹⁰ SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p.71 y 72. Más detalles sobre el caso, así como la exposición de otros, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 935.

contratar, si no accedía a reportar el día del nacimiento en uno laborable; accediendo la partera a dicha pretensión ante el temor de no ser más contratada, realizando en consecuencia, una serie de inscripciones falsas. Otros curiosos ejemplos de la aplicación de esta doctrina corresponden a uno donde se absolvió en un proceso por “celestinaje contra el marido”; y al encubridor de un delincuente. En el primero, el hombre había tolerado la “conducta impúdica” de su mujer en la casa de habitación, alegando sentirse presionado ante la amenaza proferida por ella, de escándalos. En el segundo, al sujeto acusado por encubrimiento, se dijo no podía exigírsele la no prestación de auxilio al delincuente, si se exponía a sufrir una sanción. Bueno, como era de esperar, el propio Tribunal del Reich mostró alarma ante la aplicación generalizada de la no exigibilidad, situación que incidió de forma decisiva en el propio desarrollo y aceptación posterior de esta figura.⁷⁹¹

Los antecedentes históricos de esta doctrina van de una etapa de encanto, que luego cede a un abrupto temor, a causa de un uso ligero y no justificado a algunos casos, que motivan la desconfianza y llevan a una reflexión sobre el peligro de dejar abierta la opción del recurso de la inexigibilidad de otra conducta como causa supralegal de exculpación. Pero, no obstante los recelos y la crítica, veremos que la doctrina de la exigibilidad e inexigibilidad ha ido silenciosa avanzando, hasta que hoy día tiene un comprobado impacto en todos los elementos del delito.

⁷⁹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 936. En esta obra el autor realiza una interesante exposición de jurisprudencia española e, incluso, latinoamericana, donde se ha discutido la aplicación de la no exigibilidad de otra conducta, destacando desde mi perspectiva uno muy interesante de la Corte Suprema mexicana (juicio de amparo 2934 de 1958): el procesado conducía un autobús que chocó contra un automóvil causando importantes daños. El acusado alegaba que al iniciar el trabajo le manifestó a sus jefes los problemas de la dirección del autobús, pero se le indicó, que de todos modos hiciera el servicio, determinándose en la investigación que si el chofer desobedecía la orden de su patrón, lo hubieran despedido. En este caso, uno de los ponentes señaló: “No es humano –dijo- exigirle a un infeliz trabajador que desobedezca a su patrón. Si hay un responsable aquí, será el patrón que le ordenó salir con un vehículo en malas condiciones”. Ibid., p. 966.

2) CONCEPTO DE EXIGIBILIDAD E INEXIGIBILIDAD DESDE LA CULPABILIDAD

La concepción normativa de la culpabilidad entiende que el reproche personal surge cuando el autor se ha comportado de un modo contrario al deber, entonces, actúa con culpa quien podía y debía comportarse de un modo distinto al prescrito en la norma. Por ende, la exigibilidad es la esencia de ese deber, representa una característica general de la culpabilidad; mientras la no exigibilidad de otra conducta, impide emerja el juicio de reproche (que implica la culpabilidad)⁷⁹².

Como explica COBO/VIVES "... exigibilidad e inexigibilidad no son, en el seno del juicio de culpabilidad, conceptos simétricos, de suerte que quepa hablar de inexigibilidad en todos los casos en que falte la exigibilidad. (...) La inexigibilidad no se funda en la ausencia de capacidad para 'motivarse' conforme a la norma, ni en la falta de conocimiento necesario para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. En las situaciones de no exigibilidad, la norma prohibitiva o preceptiva no despliega su ordinaria eficacia motivadora frente al sujeto, porque existe un 'contramotivo', jurídicamente relevante, determina que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto; o dicho con otras palabras: que el individuo no se halle obligado a llevar a cabo una conducta jurídicamente justa"⁷⁹³.

⁷⁹² COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 617.

⁷⁹³ COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 618 y 619.

En suma, la conducta sigue siendo antijurídica, pero es excusable o disculpante, por lo que la no exigibilidad constituye una dispensa dada por el ordenamiento frente a específicas situaciones⁷⁹⁴.

3) NATURALEZA JURÍDICA

El cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica de la exigibilidad e inexigibilidad de otra conducta ha tenido en doctrina diversas respuestas. A continuación algunas de ellas.

3.1. COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN SUPRALEGAL

Existen dos vertientes claramente distinguibles entre quienes propugnan la inexigibilidad de otra conducta como una causa supralegal de exculpación y, sus detractores, que niegan de forma tajante dicha opción.

3.1.1. DEFENSORES DE LA INEXIGIBILIDAD COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPACIÓN

Para FREUDENTHAL la exigibilidad constituía el fundamento general de la reprochabilidad, postulándola como una causa supralegal de no exigibilidad, que excluía la culpabilidad, si en el caso particular no era exigible al sujeto una conducta acorde a Derecho. Desde la perspectiva de dicho autor, cualquier situación de inexigibilidad (aun no establecida legalmente) lleva a la absolución de la acción.⁷⁹⁵ Sin embargo, esta teoría no se pudo imponer como lo pretendía

⁷⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 619.

⁷⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, P.G., 5ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, 1999, p. 618 y 619.

FREUDENTHAL, pues en esta fase defendía que la inexigibilidad debía determinarse de modo subjetivo, es decir, conforme al autor concreto.⁷⁹⁶

Otro autor alemán importante en la defensa de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación fue James GOLDSCHMIDT, argumentaba: “Así como el reconocimiento de las causas de justificación ‘supralegales’ estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación ‘supralegales’ estriba en el concepto básico de que no hay motivos que el ordenamiento jurídico deba reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio”.⁷⁹⁷ A este autor le siguieron otros, como Edmundo MEZGER (aunque luego cambio de criterio), quien trató de forma más amplia y como causa supralegal de culpabilidad la no exigibilidad de otra conducta.⁷⁹⁸ En el contexto latinoamericano se reconoce a JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁹⁹ y a RIVACOBAY RIVACOBAY⁸⁰⁰ como vehementes defensores de la exigibilidad como una causa supralegal de exculpación para todos los delitos: dolosos, culposos, de acción o de omisión.

⁷⁹⁶ MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, PG 1, Buenos Aires, 1994, p. 557.

⁷⁹⁷ GOLDSCHMIDT, James, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 938.

⁷⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 936 a 943.

⁷⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 985.

⁸⁰⁰ RIVACOBAY RIVACOBAY, citado por CASTILLO GONZÁLEZ, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 606, “... considera que la culpabilidad es reprochabilidad, pero por no considerar y desvalorar el acto en sí solo, sino con relación al autor, se basa en la exigibilidad. Por ello, afirma este autor que cuando excepcionalmente un caso ‘no culpable’ no puede ser subsumido en las causas de exculpación existentes, ‘va de suyo que corresponde declararlo inculpable supralegalmente’, cuando ‘por predominar sobre el deber jurídico otros motivos, preponderantes para el sujeto y aceptables para la comunidad para el trance cuestionado’, los sujetos ‘no pueden humanamente obrar de acuerdo a derecho, por lo que no se les puede exigir tal cosa ni reprochar la que han realizado’.

3.1.2. ADVERSARIOS A LA INEXIGIBILIDAD COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPACIÓN

Debe reconocerse que parte mayoritaria de la doctrina rechaza la inexigibilidad como causa suprallegal de exculpación por las supuestas implicaciones en el debilitamiento de la eficacia de la prevención general y consecuente inseguridad jurídica⁸⁰¹, al punto de asignarle un interés puramente histórico⁸⁰².

3.2. COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

Un examen de las diversas causas de exención dispuestas normativamente, da cuenta que el legislador consciente o no, ha considerado el principio de inexigibilidad para determinar si a un individuo, pese a ser imputable, se le impone una sanción por la típica y antijurídica conducta realizada, sea dolosa o culposa.⁸⁰³

Se afirma que la inexigibilidad también puede configurar una eximente si se aplica por analogía (*in bonam partem*) con otras causas legales de exculpación

⁸⁰¹ En ese sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.622 y 623; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, P.G., 5ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, 1999, p. 619; SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 90s.

⁸⁰² Así lo ha manifestado MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, PG 1, Buenos Aires, 1994, p. 557, quien además hace una crítica a partir de la presunta similitud entre las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad (responsabilidad), que el autor afirma imposible, precisamente porque el derecho penal tiene sus propias leyes y un concepto especial y cerrado de culpabilidad.

⁸⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español, Parte General, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, p. 643; SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 85; OCTAVIO DE TOLEDO Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, Derecho Penal, Parte General (teoría jurídica del delito), 2ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986, p. 370; Por su parte MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 611, además de entender la inexigibilidad como el fundamento de las causas de exculpación reconoce que puede servir de "principio regulativo" general (subrayado en el original).

(para mantener su justificación y fundamento), basados en principios generales jurídicos, como el principio de eficacia o idoneidad, así como el de culpabilidad, negándose cualquier vulneración al principio de legalidad y, por el contrario, afirmando se contribuye a una solución justa al caso. Aclarándose en dicho supuesto, la no equiparación con una causa supralegal de exculpación de estilo difusa y sin límites, abierta a la arbitrariedad de los operadores del Derecho; porque sería una causa supralegal de exculpación por inexigibilidad penal individual supeditada a la comprobación de determinadas condiciones⁸⁰⁴.

A este tipo corresponde por ejemplo el estado de necesidad exculpante en la legislación española, debido a que la legislación no prevé la exención, se considera por algunos de tipo supralegal, fundamentada en la analogía con otras eximentes legales como el miedo insuperable⁸⁰⁵. Otros, aún cuando prefieren negar tajantemente dicha opción como la admisión de la inexigibilidad como una causa supralegal (criticable por constituir un medio de creación judicial del Derecho), igual, terminan reconociendo la necesidad de una interpretación un tanto abierta, imprescindible para la evitación de resultados injustos⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 557.

⁸⁰⁵ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 569.

⁸⁰⁶ Tal es el caso de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal, P.G. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 623, quien comenta: "... por lo que al Código penal español respecta, el principio de legalidad rige en forma rigurosa, impidiendo el recurso a eximentes supralecales, sean causas de exclusión de la antijuricidad o causas de inculpabilidad. No obstante, y conforme se ha manifestado igualmente, la regulación de la exenciones de responsabilidad criminal en el Código contiene dos cláusulas generales, constituidas por la *eximente 7ª del artículo 20* y la *'culpabilidad dolosa o imprudente'* a la que se hace referencia en el artículo 10, si se entienden así sus términos, que hacen de la regulación de las causas de justificación y exculpación, respectivamente, una regulación, hasta cierto punto abierta. *Dada a la función normativa de la definición del delito, ha de admitirse pues, la posibilidad de que la no exigibilidad pueda producir ciertos efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que sirve de genuino fundamento.* Negar tajantemente dicha posibilidad puede producir ciertas consecuencias indeseables. Tales efectos exculpatorios deben reconducirse, necesariamente, en cuanto a su apoyo legal, a la interpretación *a contrario* del artículo 10; pero un procedimiento de esta índole se aproximaría a la recusable creación judicial

A nivel nacional el Doctor CASTILLO GONZÁLEZ rechaza la exigibilidad como una causa supralegal de exculpación, también el uso de la analogía. Señala: *“Otros autores, sin reconocer una causa (supralegal) de exculpación, abogan por dejar abierta la posibilidad de exculpar al autor también en casos de delitos dolosos de comisión por aplicación analógica con situaciones reguladas por el legislador, en donde se reconozca la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, por ejemplo, por analogía con el estado de necesidad exculpante. Ahora bien, ¿En qué se diferencia esta analogía propuesta de la tesis de la exigibilidad como causa supralegal de justificación? Básicamente, en que no se reconoce una causa general y supralegal de exculpación, sino que los efectos de la no exigibilidad se limitan a casos ya regulados por el legislador. En realidad, la diferencia es de detalle y los efectos de admitir la exigibilidad como causa supralegal de exculpación y la exigibilidad a través de la analogía de casos regulados es prácticamente la misma”*.⁸⁰⁷

3.3. COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Un punto de vista interesante es presentado por MAURACH, pues a partir del reconocimiento de la categoría “responsabilidad por el hecho”, considera que el juicio sobre la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho es ahí donde debe realizarse; es decir, en ese elemento intermedio entre la antijuricidad y la culpabilidad se valora la inexigibilidad. Señala:

“... no debe confundirse el juicio individualizador de reproche con la cuestión acerca de la exigibilidad. Con la situación de necesidad no decae el reproche personalísimo, sino el juicio generalizador de que el autor no se ha comportado como lo haría el promedio. Por esa razón, ante la existencia de una situación de

del Derecho penal si el *sentido* de dicho precepto no viniese ejemplificado y, por eso mismo, *rígidamente limitado* a través del artículo 20”.

⁸⁰⁷ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal., P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 606.

necesidad reconocida se excluye la responsabilidad por el hecho. En este contexto, ni siquiera debe plantearse la pregunta acerca de la culpabilidad. Por lo mismo, también los incapaces de culpabilidad pueden invocar la exclusión de responsabilidad antes situaciones de necesidad reconocidas. Consecuentemente, la inexigibilidad... no se encuentra al final de la teoría de la culpabilidad, como lo propone la doctrina dominante, sino en su comienzo".⁸⁰⁸

Postura que deriva en consecuencias importantes, pues sin responsabilidad por el hecho, por ejemplo, se excluyen también las medidas de seguridad.

3.4. COMO CRITERIO REGULATIVO JURÍDICO GENERAL

HENKEL divide las cláusulas generales en normativas y regulativas. Las primeras tienen contenido y criterios valorativos, son creadas por el legislador y actúan como normas, estableciendo líneas generales superiores para la decisión judicial conforme al caso concreto. Por el contrario, las cláusulas regulativas, no presentan un contenido o criterio valorativo, de manera que al ser creadas por el legislador, solo tienen el propósito de indicar al juez que conforme al caso particular, él debe establecer los límites de los derechos y obligaciones en casos dudosos.⁸⁰⁹

HENKEL expuso la no exigibilidad de otra conducta como un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico y que como "criterio regulativo jurídico general" es aplicable a todos los elementos de la teoría jurídica del delito como inexigibilidad jurídica general en el área del injusto, como

⁸⁰⁸ MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, PG 1, Buenos Aires, 1994, p. 552.

⁸⁰⁹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 602.

inexigibilidad penal general en la tipicidad penal y, como inexigibilidad individual o subjetiva en la culpabilidad⁸¹⁰.

“Desde Henkel se admite por un amplio sector con razón que la inexigibilidad es un criterio regulativo jurídico general, y que, si es inexigibilidad sólo individual por circunstancias particulares de un sujeto concreto, es una mera causa de inculpabilidad o de exculpación, pero que si se trata de inexigibilidad general, o sea que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de cometer el hecho, ello excluye la antijuricidad. Pues bien, hay que precisar que, si se trata de inexigibilidad jurídica general, entonces efectivamente excluirá toda la antijuricidad y constituirá una causa de justificación supralegal; pero que puede haber supuestos en que jurídicamente (extrapenalmente) sí sea exigible abstenerse del hecho, pero no sea exigible bajo amenaza de pena a nadie tal comportamiento, porque no merezca la pena o no convenga exigir con tanta dureza la conducta totalmente correcta, sacrificada, solidaria, etc.: inexigibilidad penal general, que excluye la tipicidad penal, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal”⁸¹¹.

Posición seguida por autores como MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *“La idea de la no exigibilidad de otra conducta no es sin embargo privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el Ordenamiento jurídico”*.⁸¹²

⁸¹⁰ Seguidores de esta tesis, entre otros, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad y causas de justificación”. En: Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, p. 31 y 32; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 407; TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Indicaciones Metodológicas sobre el concepto material de culpabilidad", en: Cuadernos de Política Criminal, No. 36, 1988, p. 761.

⁸¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad y causas de justificación”. En: Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, p. 31 y 32.

⁸¹² MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, PG, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 1996.

Estimo que esa esencia del poder-deber que caracteriza a la exigibilidad o inexigibilidad, en definitiva, ha constituido y sigue siendo un principio regulativo general; pero esa cualidad no le ha impedido ser concebida como cláusula normativa que hoy reconocemos en una serie de preceptos que excluyen la responsabilidad del sujeto.

En el contexto penal son fácilmente reconocibles normas relativas a la inexigibilidad que afectan la antijuricidad de la conducta (presentadas como causas de justificación); o presentan relevancia en términos de tipicidad, pues integran la eximente dentro del tipo penal (como ocurre con el delito de omisión de auxilio); pero también existe un grupo donde la inexigibilidad cobra relevancia dentro de la culpabilidad, como una causa de exculpación que integra los fundamentos de esta figura, pero mediante eximentes como el estado de necesidad disculpante, obediencia debida, etc., pero que además, desde mi punto de vista no excluyen la posible creación de una eximente de inexigibilidad en sentido estricto, que de aplicación excepcional sea capaz de dar respuesta justa a supuestos donde no tiene sentido la imposición de la pena, o es pertinente al menos, una disminución de la abstractamente dispuesta en el tipo penal.

4) TIPOS DE INEXIGIBILIDAD

Con el propósito de visualizar esa especial naturaleza jurídica de la inexigibilidad es oportuno puntualizar su rol en el ordenamiento jurídico general, luego, en el penal.

4.1) INEXIGIBILIDAD GENERAL U OBJETIVA

Cuando estamos bajo un supuesto de inexigibilidad general no se puede, quiere o conviene exigir a nadie bajo ciertas condiciones, abstenerse de cometer el hecho penado por ley, de manera que se excluye la tipicidad o la antijuricidad, al menos, la de tipo penal.

4.1.1. INEXIGIBILIDAD PENAL GENERAL (AUSENTE LA TIPICIDAD PENAL)

Se trata de supuestos donde jurídicamente sí es exigible abstenerse del hecho, pero no es exigible con amenaza de pena; es decir, se excluye el delito, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal que pueda surgir. Se cita como ejemplo, la inexigibilidad prevista en el artículo 410.2 CP español, para los funcionarios que desobedecieran órdenes manifiestamente infractoras a la ley, pero pese a ello no eran nulas, solo anulables o irregulares, por lo que seguían siendo obligatorias. Por ende, aunque no generaban responsabilidad penal, sí podían provocar una de tipo disciplinario⁸¹³.

Pero además de este supuesto, se presentan otros asuntos donde la no exigibilidad de otra conducta elimina la tipicidad del hecho, así sucede en el caso de los delitos culposos, de comisión por omisión, e incluso, en el delito de omisión de auxilio, cuya descripción típica lleva expresamente inserta una cláusula que excluye la exigibilidad. En cada uno de estos supuestos, el examen de no la no exigibilidad debe realizarse a nivel del tipo, sin necesidad de seguir en la ponderación de los otros elementos del delito, si se establece la inexigibilidad de otra conducta, por falta de tipicidad.

A. EN DELITOS CULPOSOS

En los delitos culposos la no exigibilidad es reconocida como un mecanismo valioso para limitar el alcance del tipo penal. Se afirma existe no exigibilidad de otro comportamiento bajo este supuesto, cuando el autor se ve de forma improvisa en una situación no generada por él, que provoca confusión, miedo, etc., entrando en un estado bajo el cual es posible, pero muy difícil, esperar una conducta distinta a la que tuvo⁸¹⁴.

⁸¹³ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 345 y 394.

⁸¹⁴ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 70

Se citan como ejemplos, casos de la jurisprudencia alemana: (i) El padre absuelto, por la omisión de llevar a tiempo a su hijo enfermo al hospital, a petición de éste, porque hacía poco su mujer había muerto en ese mismo hospital. (ii) Otro caso es de la esposa del minero quien estando aplanchando escucha la noticia de un accidente de la mina, desesperada corre a la mina y olvida desconectar la plancha provocando un incendio. Donde determinar si se le imputa o no al padre o, a la mujer su falta al deber de cuidado, dependerá de establecer la posibilidad de exigirle o no otra conducta.⁸¹⁵ Refiere CASTILLO GONZÁLEZ: "... hay razones específicas, ligadas a los hechos culposos, que excluyen el reproche de culpabilidad. En tales casos, faltan la previsibilidad y la evitabilidad subjetivas de la lesión al deber de cuidado, es decir, faltan los presupuestos del hecho culposo. La cuestión de la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho se plantea en situaciones en los que el motivo para el seguimiento del derecho está en contradicción con intereses elementales propios del agente. Tales situaciones se caracterizan por la circunstancia de que el autor solamente puede protegerse del peligro para el bien jurídico propio por medio de un comportamiento que lesiona el deber objetivo de cuidado".⁸¹⁶

Como se había adelantado, la no exigibilidad de otra conducta se considera uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad culposa, discutiéndose solo la conveniencia de colocar el criterio de inexigibilidad dentro del delito culposo, siendo que no se acepta como causa supralegal de exculpación, sino como una limitación a la obligación al deber de cuidado.

En ese sentido⁸¹⁷: (a) Hay quienes afirman que la inexigibilidad limita la obligación objetiva de cuidado, concibiéndola como un elemento típico de la lesión

⁸¹⁵ Sobre estos ejemplos consultar CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, DERECHO PENAL., P.G., T.III, 2010, p. 71; ROXIN, Claus, Derecho Penal, P.G. T.I., Traducción de la 2ª edición, Civitas, 1997, p. 1041.

⁸¹⁶ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 71.

⁸¹⁷ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 70.

de cuidado, es decir, como perteneciente al injusto del hecho culposo. (b) Otro sector de la doctrina lo visualiza como una limitación al deber subjetivo de cuidado, sea, un reproche por culpa solo es factible si el sujeto pudo haber previsto y evitado la realización del tipo penal, por lo que se relaciona con la previsibilidad individual, o bien, la evitabilidad individual. (c) Un tercer grupo la considera una causa supralegal de exculpación⁸¹⁸; o bien, le reconocen una doble función, como causa de exclusión de la culpabilidad pero también como límite al deber de cuidado⁸¹⁹.

B. EN LOS DELITOS POR COMISIÓN POR OMISIÓN

El artículo 18 CP define las formas del hecho punible: “El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”.

Como se advierte, el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión, pero además, el último párrafo prevé el denominado delito de “comisión por omisión”, u “omisión impropia”. “Este artículo establece la regla de que el

⁸¹⁸ Por ejemplo, JAKOBS, Günther, Derecho Penal, PG, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, p. 709, mantiene esa posición cuando afirma: “Los presupuestos de la culpabilidad y de la exculpación rigen todos también para el comportamiento imprudente. A la culpabilidad pertenecen, pues: el injusto, la imputabilidad, la responsabilidad por desconocer la norma (evitabilidad del desconocimiento de la norma) y, en su caso, especiales elementos de la culpabilidad”. Por su parte ROXIN, Claus, Derecho Penal, P.G. T.I., Traducción de la 2ª edición, Civitas, 1997, p. 1042, sobre el tema señala: “... existe diversidad de pareceres sobre si la inexigibilidad en los delitos imprudentes se ha de reconocer como causa de exculpación (supralegal) autónoma o si se trata aquí de una ‘limitación del deber subjetivo de cuidado’. No obstante, estas dos ubicaciones no son incompatibles entre sí. Pues es verdad que la inexigibilidad limita la responsabilidad de la conducta culpable-imprudente; pero como la misma posee una ratio propia en la insignificancia, ello no excluye el concederle el carácter de causa de exculpación autónoma, cuyo reconocimiento general está afianzado hoy como Derecho consuetudinario”.

⁸¹⁹ Afirma: “Es nuestra opinión que la no exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en el delito culposo tiene un doble papel: por un lado, limita la obligación de cuidado del agente y, por el otro lado, es una causa de exculpación para el delito culposo, que deriva de la aplicación analógica del estado de necesidad exculpante (art. 38 cód. pen.)”. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 72.

cumplimiento de la obligación de impedir el resultado tiene como límite, a nivel del tipo penal, la posibilidad real de evitar el resultado. Los delitos de omisión impropia pueden ser dolosos o culposos. En consecuencia, la no exigibilidad de otra conducta se aplica en los delitos de omisión impropia a los delitos dolosos y culposos”.⁸²⁰

La inexigibilidad para algunos (en una posición que es hoy minoritaria) se aplica a cualquier delito doloso como causa supralegal de exculpación, pero para otros, solo es aceptada en delitos dolosos de omisión impropia al suponer que el autor de este segundo tipo de delitos, tiene una menor culpabilidad (debe soportar menores escrúpulos) que el autor doloso comisivo. Argumento sin relevancia hoy, cuando la doctrina reconoce la existencia de una cláusula de equivalencia entre los delitos de omisión impropia y los delitos de acción⁸²¹.

Un sector aboga por la inexigibilidad en los delitos de omisión impropia como causa de justificación, pero como afirma CASTILLO GONZÁLEZ esta tesis confunde la situación de las obligaciones de acción impuestas al agente (con posición de garante) con el problema de la exigibilidad de una conducta conforme a derecho⁸²². Sin embargo otros, califican la exigibilidad en este tipo de delitos, como un elemento no escrito del tipo penal de omisión impropia, que elimina la tipicidad cuando la conducta no le es exigible. Así sucede en el caso costarricense, donde se estima pertinente aplicar la cláusula de exigibilidad dispuesta en el artículo 144 CP (que regula el delito de omisión de auxilio) como parte del tipo penal, para los delitos dolosos de omisión impropia.

⁸²⁰ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 603.

⁸²¹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 192.

⁸²² CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 192.

C. EN EL DELITO DE OMISIÓN DE AUXILIO

El artículo 144 CP de Costa Rica dispone: "Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley N° 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y la gravedad de la acción".

Como se observa, se condiciona la comisión del delito, la propia obligación de prestar auxilio a una cláusula de exigibilidad: "*según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal*", que forma parte del tipo penal. Sobre el tema puntualiza LUZÓN PENA "... *si el riesgo es de poca gravedad por los bienes jurídicos afectados, es un caso de mera inexigibilidad penal general, aunque no esté justificada la omisión, pero si la impunidad de las omisiones de dichos preceptos es por un riesgo propio o ajeno de cierta gravedad, y por ello de importancia igual o superior al mal que supondría la correspondiente omisión, estamos ante una manifestación de inexigibilidad jurídica general, concretamente del estado de necesidad*".⁸²³

4.1.2. INEXIGIBILIDAD JURÍDICA GENERAL (AUSENTE LA ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTA)

Se suele hablar de exigibilidad *objetiva o normal* en aquellos casos donde el ordenamiento jurídico determina unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier ciudadano; pero un paso más allá de esa exigibilidad denominada "normal", ya el ordenamiento está en imposibilidad de imponer al sujeto el cumplimiento de sus normas o mandatos. En estos casos, si hay inexigibilidad jurídica general se excluye toda antijuricidad y surge entonces, una

⁸²³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 395.

causa de justificación (supralegal, o bien, regulada expresamente en la ley), pues emerge conforme a criterios sociales y jurídicos del Derecho en general (no específicamente del penal)⁸²⁴.

Sabemos que las causas de justificación surgen por disposición expresa de ley (denominadas causas de justificación legales), ya sea penal o extrapenal; pero también hay causas supralegales de justificación.

Como causas de justificación legales penales tenemos en nuestra legislación interna el cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo de un derecho (artículo 25 CP), consentimiento del titular del bien jurídico (artículo 26 CP), estado de necesidad, siempre que el sujeto no tenga la obligación de sacrificarse en razón de su oficio o cargo (artículo 27 CP) y la legítima defensa⁸²⁵ (artículo 28 CP). Incluso, dentro de los tipos penales del CP el numeral 121 contiene uno que lleva dentro de su estructura típica una causa de justificación; establece: *“No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”*.

A nivel extrapenal debe considerarse que el concepto de ilicitud o antijurídico es general, es decir, válido para todo el ordenamiento jurídico, variando solo las

⁸²⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 394.

⁸²⁵ Sobre esta causa de justificación, el concepto de inexigibilidad se vincula directamente con la “necesidad razonable de la defensa empleada para impedir o repeler la agresión”. “En efecto, esta necesidad de la defensa es negada si el atacado puede esquivar el ataque y esto para él era exigible. No es exigible para el atacado una huida vergonzosa, aunque si le es exigible una huída si es atacado por un niño, por loco, por un borracho o en ciertos ataques de familiares. También le es exigible al agredido esquivar el ataque y no hacer frente al agresor con una defensa masiva si él provocó o ayudó a provocar el ataque, aunque algunos autores critican esta posición porque consideran que la necesidad del ataque debe interpretarse en el sentido de una defensa adecuada. Igualmente, algunos autores consideran que debe aplicarse el concepto de exigibilidad para valorar si la acción defensiva era o no requerida”. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 604.

consecuencias atribuidas a ese acto; de ahí que las fuentes de las causas de justificación puedan encontrarse en cualquier rama del ordenamiento jurídico. Dentro de esta categoría se encuentran todas aquellas causas de justificación previstas fuera de la legislación penal, pero que aplican en ese ámbito por el principio de unidad del ordenamiento jurídico, como sucede con la prevista en el Código Civil en el artículo 314 CC: *“Es lícito a los labradores destruir en cualquier tiempo los animales bravíos que perjudiquen sus sementeras y plantaciones”*.⁸²⁶

Respecto a las causas de justificación supralegales se reconocen tres diversas fuentes: (a) la doctrina o la jurisprudencia *“Ejemplo de una causa de justificación creada por la Sala Constitucional costarricense es su resolución sobre el derecho del periodista de grabar mediante cámara escondida actuaciones ilícitas de funcionarios y de particulares (por ejemplo, estafas dirigidas a un número indeterminado de personas) que afecten a la comunidad y de difundir la grabación por medios radiales o televisivos. Ejemplo de creación doctrinal de causas de justificación es el consentimiento presunto del titular del bien jurídico, la cual no se encuentra regulada ni el código penal ni en una ley extrapenal”*⁸²⁷. (b) el derecho consuetudinario, como es el derecho de los padres a un castigo moderado de los hijos con fines correctivos⁸²⁸ y por último, (c) el Derecho internacional, como ocurrió con el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, donde se declaró que un periodista está justificado ante el reclamo

⁸²⁶ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 55; MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 327 y 407.

⁸²⁷ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 56. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, P.G., 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 326,.

⁸²⁸ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p 56.

por la violación del artículo 152 VP (que sanciona a quien publique o reproduce ofensas al honor) si reproduce una publicación de otro periódico “serio”⁸²⁹

4.2) INEXIGIBILIDAD INDIVIDUAL O SUBJETIVA

2.1. INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL (CAUSA DE EXCULPACIÓN⁸³⁰)

Frente a situaciones anormales o extremas, el ordenamiento jurídico no puede exigir al agente un comportamiento heroico, porque como se dijo al inicio de esta ponencia: el Derecho no fue creado para héroes o santos. Es posible entonces nos enfrentaremos a supuestos de lesión a bienes jurídicos tutelados superiores a los salvaguardados, surgiendo la necesidad de reflexionar sobre las exigencias del Derecho a los destinatarios de la norma, en estos casos, con mayor rigor porque, después de todo, la conducta debida o la abstención de la prohibida, siguen siendo exigidas por el ordenamiento⁸³¹.

Es por esa razón que me considero partidaria de la inexigibilidad de otra conducta como norma reguladora expresa de la **exclusión de la culpabilidad**, es decir, de su no reprochabilidad (o disminución de reproche), pero con concretas exigencias, pues siempre se tratará de casos excepcionales.

Es indefendible solo argumentar que frente a determinadas situaciones el Derecho no puede exigir al individuo otra conducta, porque en definitiva van a resultar lesionados bienes jurídicos superiores y tutelados por el ordenamiento,

⁸²⁹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 56.

⁸³⁰ Es decir, cuando el individuo pese a poseer imputabilidad (normalidad psíquica) que le permite acceso a la norma, presenta una relevante dificultad situacional en el momento del hecho, que excluye o afecta de forma grave su capacidad individual de motivación normal por la norma. LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 544.

⁸³¹ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554.

siendo vital mantener la prohibición inserta en la norma, pudiendo exigirse cumplir la conducta ordenada o abstenerse de la prohibida en la normalidad de los casos. Por con la certeza sobre la válida justificación de una previsión específica de inexigibilidad individual, se hace indispensable una previsión legislativa concreta, que prevea para supuestos excepcionales, donde el individuo en ese hecho preciso, estaba imposibilitado o enfrentaba enorme dificultad para motivarse conforme a la norma, por demostrarse un contramotivo poderoso, pero además, comprensible y aceptable, para incumplir el imperativo.

El fundamento de la inexigibilidad penal individual se encuentra en un elemento fáctico y otro normativo o valorativo⁸³².

a) ELEMENTO FÁCTICO

Corresponde a la determinación del hecho y su examen sobre la enorme dificultad o problema, casi imposibilidad de la motivación normal, debido a situaciones de excepción, extremas; que pueden surgir del individuo en concreto y las peculiaridades del entorno o de la especial condición o estado en que se encuentra.

b) ELEMENTO NORMATIVO O VALORATIVO

A partir de los principios de eficacia o idoneidad, así como el de culpabilidad se valora como no negativa la específica dificultad motivacional situacional, o incluso a partir de otros criterios como el principio de igualdad (que impide tratar igual a los culpables de los que no lo son, o lo son en menor grado) o el de justicia. Recordemos que conforme al principio de efectividad o idoneidad, el Derecho penal solo debe intervenir cuando sea adecuado y eficaz

⁸³² Al respecto LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554 y 555, 27 a 29.

para la prevención del delito, teniéndose que renunciar a él cuando sea contraproducente para evitar delitos, o bien, inoperante, inadecuado o ineficaz para evitar delitos⁸³³. Por otro lado el principio de culpabilidad a partir de los postulados: no hay pena sin culpabilidad y el de la pena proporcional al grado de culpabilidad (normal o disminuida). La sociedad entiende que si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es innecesaria la pena para la prevención general, sin que ello afecte a la intimidación de los otros sujetos⁸³⁴.

5. CAUSAS DE EXCULPACIÓN PREVISTAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

5.1. EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL (CP)

En nuestro ordenamiento encontramos causas de exculpación en la parte general del Código Penal, es decir, de inexigibilidad penal individual, ampliamente reconocidos por la doctrina nacional: la coacción o amenaza (artículo 38 del Código Penal y que se asocia al conocido como estado de necesidad disculpante o exculpante); también la obediencia debida (artículo 36), grupo dentro del cual estimo también está el error de prohibición invencible.

a. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE O DISCULPANTE (COACCIÓN)

Artículo 38.- No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa.

⁸³³ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 28.

⁸³⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 29.

b. OBEDIENCIA DEBIDA

Artículo 36.- No es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley;
- b) Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden; y
- c) Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.

c. ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE

Artículo 35.- No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena...⁸³⁵

⁸³⁵ En este último caso (error de prohibición invencible), es de necesaria cita el voto N° 561-F-93 de 15 de octubre de 1993 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolviendo un recurso de casación ante la condena por el delito de abandono agravado de incapaz. Se alegaba que la imputada pertenecía a un grupo religioso conocido como “Hijos de Dios”, que le llevó a interiorizar una ideología religiosa basada en la creencia de que Dios era el único médico “eterno e infalible”, motivo por el cual los acusados acudieron a Dios y no a los médicos terrenales, para que si era su voluntad, salvara la vida del niño, o bien, se la quitara (salvando su alma inmortal). En la sentencia del tribunal de juicio se estableció que la afectación en la salud del menor (bronconeumonía) no se podía curar sin el auxilio de un médico, por lo que en modo alguno, era factible justificar la falta de auxilio por parte de los justiciables, amparados en un culto religioso. La sala de casación entendió había un error de comprensión culturalmente condicionado (siguiendo a Zaffaroni), pero al no estimarlo invencible, disminuyó la pena. Considero que el caso ilustra un error de prohibición invencible, especialmente cuando en el pronunciamiento se establece: “... *No podemos exigirle a la acusada que interiorice estos valores cuando está de por medio un cálculo de los posibles peligros del alma inmortal de su hijo frente a las imposiciones de la Ley terrenal, esto no es desaplicar para el caso concreta la ley estatal, todo lo contrario, es tomar atención que la acusada estaba haciendo una medición del enfrentamiento de bienes jurídicos que le impedía una correcta apreciación de la pauta normativa (...) no puede pasar desapercibido para nosotros que la señora X estaba tomando en cuenta las circunstancias de una nueva creencia religiosa con la que estaba comprometida, no solo por una convicción personal que quedó patente en las incidencias del proceso, sino también al comprobar lo que dijo el líder religioso y el resto de los testigos sobre el particular*”.

5.2. EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL (CPP)

El CPP contiene en el artículo 281 la obligación de denunciar, cuyo incumplimiento configura el delito previsto y sancionado en el artículo 322 CP⁸³⁶, pero también, en su párrafo final se establece una causa de exculpación. Dispone el precepto:

Artículo 281 CPP.- Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

a) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

b) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al presar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté protegido por la ley bajo el amparo del secreto profesional.

c) Las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control y siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

En todos los casos, la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, o de parientes hasta tercer grado por consanguinidad o afinidad, o de una persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto.

⁸³⁶ Artículo 322 CP.- Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años al que, sin promesa anterior al delito, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de esta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.

6. UNA ALTERNATIVA: LA PREVISIÓN CONCRETA DE LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN.

La aproximación al tema de la inexigibilidad de otra conducta nos ha permitido advertir una figura que surge de la necesidad social frente a procesos que exigían al operador del Derecho una solución no solo legal, justa. Pues en cada supuesto, la imposición de la pena al encartado lucía desproporcional, pero más que ello indebida, injusta.

Ciertamente algunos de los casos que dieron origen a la exigibilidad e inexigibilidad hoy día no representan probablemente mayor disyuntiva, pues al cochero (Leinenfänger) un patrón no lo podría coaccionar a ese extremo, gracias a los aportes del Derecho laboral y muy probablemente, se le declararía al conductor autor responsable de lesiones por su falta al deber de cuidado, pues su preocupación de mantener el puesto laboral no representa un interés preponderante frente a la vida e integridad física de terceros. Pese a ello, en este mundo de relaciones complejas, mutantes, impactadas por los avances científicos, continúan presentándose situaciones anormales, para las cuales debemos preguntarnos si el Derecho penal tiene una respuesta adecuada.

En los últimos tiempos un par de casos han captado mi atención, pues sus soluciones jurídicas me han provocado inquietud y cavilación, sobre la inaplicación que hacemos de la figura de la inexigibilidad de otra conducta, probablemente por las propias limitaciones legales, pero aún cuando no se subsumen en las causales específicas de inexigibilidad prevista en la actualidad, podrían constituir dos ejemplos típicos de la apropiada aplicación de ese instituto.

El primero de ellos, corresponde a un padre de familia a quien se le imponen medidas de protección, en las cuales, figura una que le impide acercarse a su esposa e hijo, debido a un problema de supuesta violencia doméstica. El progenitor tiene noticia sobre la hospitalización de su hijo y aunque consciente de la prohibición impuesta por un juez, se dirige a nosocomio a preguntar por su estado de salud, e incluso, lo visita con la aprobación del médico

tratante; situación que además se demostró, fue favorable al estado anímico del menor. Sin embargo, la esposa al percatarse de la presencia de su marido en el hospital, sale inmediatamente en busca de la policía, para denunciar el incumplimiento de medida. A raíz de lo anterior, el Ministerio Público acusa al sujeto por el delito de “incumplimiento de medida de protección” previsto y sancionado en el artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. El asunto llegó a juicio y al imputado se le absuelve por motivos relacionados con la tipicidad de la conducta (para el Ministerio Público discutibles), pero además, porque el hecho no provocó perturbación al menor y se trataba de un asunto de violencia intrafamiliar. El Ministerio Público inconforme con la absolutoria, impugna la sentencia y en apelación, se confirma el fallo, señalando entre otros aspectos: *“Ciertamente existía una orden judicial de no acercarse a la familia ni perturbarla, pero debe tomarse en cuenta que la enfermedad repentina y grave del hijo, es un hecho totalmente extraordinario en la relación padre e hijo, que no fue considerada por la autoridad judicial al momento de imponer las medidas, de manera que la reacción del padre es comprensible de querer estar con su hijo en ese momento tan angustiante, por lo que su comportamiento también se encuentra protegido por esa misma excepcionalidad”*.⁸³⁷

En el otro ejemplo, el ente fiscal acusa a una persona del delito de portación ilícita de arma permitida. Es un sujeto detenido cuando lleva un arma tipo escopeta, calibre 12, con un cartucho sin percutir y sin permiso para portarla (tal y como lo exige la ley). En suma, un arma considerada de tipo “deportiva”, por la cual (se demostró en el proceso), el Departamento de Control de Armas y Explosivos considera no es necesario expedir permisos de portación. Pese a ello, el Ministerio Público aseguraba que legalmente no era exigible la portación de un permiso en los sitios de tiro o destinados para la caza deportiva, pero una vez fuera de esos recintos, el imputado debía tener un permiso, conforme lo

⁸³⁷ Voto N° 1506-2013, de las 8:56 horas del 15 de julio de 2013, Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José.

exigía el artículo 88 de la Ley de Armas y Explosivos⁸³⁸, pues la ley no establecía ninguna excepción al respecto. El Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante voto N°1051-2012, de las 10:28 horas del 30 de mayo de 2012, resolvió: *“A lo que se constriñe este asunto es a determinar si, dado que el Ministerio de Seguridad Pública, por las razones que sea, equivocadas o no... no extiende permiso de portación de ese tipo de armas y la Ley las describe como ‘permitidas’, al encartado se le habría podido acusar y condenar por portar un arma de ese tipo sin permiso. Y la respuesta para este Tribunal es contundente en el sentido que no. Inclusive no estamos frente a un tema de error, ni de tipo ni de prohibición, es decir, que el encartado creyera que no requería ese permiso pues, conforme lo que se ha indicado, no hay elementos para determinar esa duda. Lo cierto es que... si la autoridad administrativa se niega a extender permiso de portación de esas armas en cualquier circunstancia, resulta que no se le puede castigar a los ciudadanos por no portar un permiso que la Administración se niega a efectuar, porque sería condenarlos por algo imposible”*.⁸³⁹

Son casos muy distintos, con bienes jurídicos diversos, donde no hay discusión en cuanto a la tipicidad de las conductas (ambas se adecuan a tipos penales vigentes en el ordenamiento), sin causas de justificación que las amparen; se trata de conductas realizadas por personas imputables, que no han actuado por coacción (estado de necesidad disculpante), obediencia debida o error de prohibición; y como común denominador, los operadores han buscado diversas soluciones para evitar el reproche penal y su consecuente sanción. Pero

⁸³⁸ Artículo 88.- Tenencia y portación ilegal de armas permitidas. “... Se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso...”

⁸³⁹ Al conocerse el recurso de casación formulado en este asunto por el Ministerio Público, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto N° 1036-2013, de las 11:22 horas del 9 de agosto de 2013, se limita a indicar: “En el caso que nos ocupa, quien a fin de cuentas imposibilita que los administrados cumplan con lo estipulado por la ley es la misma Administración, por lo que, contrario a lo que alega el recurrente, sí resulta aplicable la máxima ‘nadie está obligado a lo imposible’, pues inevitablemente el endilgado iba a incumplir con el requisito legal”.

¿la respuesta jurídica fue la adecuada?. Considero que ambos sucesos ilustran la inexigibilidad de otra conducta, sin embargo, el estado actual de nuestro Derecho penal (al no aceptarse causas supraleales de exculpación), y tampoco prever una causa de exculpación específica por inexigibilidad (capaz de dar solución a supuestos tan disimiles como los ilustrados) no llega a brindar una contestación adecuada, aunque me parece, todos podríamos considerar que sí justa (no hubo sanción).

Abogo por una causa específica de inexigibilidad de otra conducta, que sé, ha sido muy polémica en su admisión por la doctrina⁸⁴⁰. No desconozco los temores que ello evoca, especialmente por argumentos relacionados a la seguridad jurídica, válidos y entendibles, pero que pueden superarse con una eximente de excepción, bien articulada, de manera que no quede finalmente al libre adbedrío de los operadores del Derecho, como un portillo a la impunidad y al tráfico de influencias, sino como un instrumento valioso al servicio de la ciudadanía.

Deberá ser una causa de exculpación prevista expresamente por la ley penal, pues como lo afirma JESCHEK “... *la cuestión de si no cabe formular reproche alguno al autor de una acción típicamente antijurídica y culpable a la vista de la disminución del contenido del injusto y de culpabilidad del hecho, sólo puede, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterio jurídico (sic) penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo*”.⁸⁴¹ En definitiva, la inexigibilidad de otra

⁸⁴⁰ Vid. JAKOBS, Günther, Derecho Penal, PG, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, p. 715.

⁸⁴¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, PG. T I, 1981, p. 684, sin expresar un no rotundo a las causas supraleales de exculpación, afirma solo pueden admitirse como “excepciones estrictamente delimitadas, refiere además: “... las causas de exculpación se hallan vinculadas a la ley, y en concreto a la ley penal, pues la cuestión de si no cabe formular reproche alguno al autor de una acción típicamente antijurídica y culpable a la vista de la disminución del contenido del injusto y de culpabilidad del hecho, sólo puede, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterio jurídico (sic) penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo”.

conducta como causa de exclusión de la culpabilidad solo puede estar dirigida a un ámbito limitado de “enjuiciamiento valorativo” como afirmaba MEZGER, que no modifique la “índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos”, porque su propósito no es cambiar las valoraciones derivadas de la ley positiva, sino complementarla.

La previsión legislativa debe atender especialmente dos aspectos⁸⁴²:

a) EN CUANTO A LA SITUACIÓN MOTIVACIONAL ANORMAL: VALORACIÓN NORMATIVA Y SOCIAL POSITIVA

Lo primero es constatar el hecho, pues en estos casos resulta insostenible cualquier presunción o generalización. La *situación motivacional anormal* debe ser en primer lugar *real*⁸⁴³, *presente e inminente* y puede tratarse de un evento que represente la presencia o inminencia de un mal, un riesgo, o una situación que el sujeto *no es capaz de sobrellevar, sobreponer, en suma, soportar*.

En segundo lugar requiere que la situación anormal sea humanamente entendible, es decir, no es valorada de una forma totalmente negativa, de manera que por ello se percibe, explica y dispensa al individuo (de infringir la norma), pese a que el comportamiento sigue siendo exigible a los ciudadanos en general, pero a nivel individual, no es penalmente exigible. Por ello, como afirma LUZÓN PEÑA se “comprende, explica y disculpa” al sujeto de infringir la norma en esa específica

⁸⁴² Aunque LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554, no aboga por una cláusula expresa de inexigibilidad como causa de exculpación, los factores expuestos en esta sección se inspiran en las precisiones que el estimado profesor expone.

⁸⁴³ Por ejemplo, como cita JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p.982: “Si el naufragio que desaloja de la tabula unius capax al primer ocupante de ella, lo hace siendo expertísimo nadador, en tanto que su compañero de infortunio jamás practicó la natación, con mar encalmado y a pocos metros de la orilla, no podemos decir que no se le puede exigir otra conducta, puesto que el mero temor, sin fundamento, de un remotísimo peligro, no basta para abonarle la no exigibilidad de otro proceder”.

situación; pese a que la conducta siga siendo “desvalorada, reprobada y prohibida”; precisamente por ello la inexigibilidad no es jurídica individual (porque jurídicamente sí se exige a la persona acatar la norma) es inexigibilidad **penal individual** (porque solo afecta a ese particular individuo, en ese caso concreto).⁸⁴⁴

b) EN CUANTO AL AUTOR: IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE QUE LA NORMA JURÍDICO-PENAL LO MOTIVE NORMALMENTE

No es suficiente con la verificación de la *situación motivacional anormal*, que en principio haría “entendible” no exigir el cumplimiento de la norma; necesariamente debe analizarse si eso es así para el caso concreto del sujeto enfrentado con esa especial o *sui generis* realidad; porque puede suceder que por sus especiales o particulares características, pese a la situación extraordinaria el individuo no tenga mayor dificultad de enfrentarla y comportarse conforme a la norma.

El individuo no ha perdido totalmente su libertad, pero en el escenario anómalo que enfrenta resulta para él sumamente costoso motivar su comportamiento de una forma jurídicamente correcta; por ende, no es posible exigirle bajo amenaza de pena que cumpla la conducta ordenada o se abstenga de realizar la prohibida⁸⁴⁵. Esta elaboración también exige una comprobación fáctica de la excepcional situación para el sujeto.

⁸⁴⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554.

⁸⁴⁵ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554.

CONCLUSIÓN

Termino con una reflexión de COBO7VIVES:

“La existencia de un deber de actuar o abstenerse de actuar en el sentido requerido por la norma se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento jurídicamente correcto y en la exigibilidad del mismo. Posibilidad y exigibilidad del actuar de acuerdo con los dictados de la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible; pero, en multitud de ocasiones, el Derecho renuncia a exigir comportamientos que el sujeto podría realizar. De manera que, si bien lo imposible no es exigible, lo posible tampoco es, por el mero hecho de serlo, exigible siempre. No todo lo que puede ser realizado, por consiguiente, es jurídicamente exigido y, si ello es así, es porque el Derecho se limita a regular la convivencia externa y sólo demanda de los ciudadanos conductas compatibles con una adecuada regulación de la misma”⁸⁴⁶.

Los conceptos exigibilidad e inexigibilidad son obra de un largo período de formación y evolución, al punto de ubicarlos en un lugar importante en el estudio de la teoría del delito. Han operado mutaciones en el contenido de lo exigible, también respecto a los fundamentos de la legitimación estatal para imponer un castigo, pero la aceptación y utilidad de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad es una verdad al margen de toda discusión, no solo en tema de culpabilidad, también tratándose de la tipicidad y la antijuridicidad.

Sin duda, hoy la no exigibilidad de otra conducta es aceptada como un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico, pero también debe reconocérsele su importante impacto en el componente culpabilidad, donde obliga al operador a verificar que aún en un sujeto con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad, es preciso analizar en algunos casos, si se

⁸⁴⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 617.

presentó una situación tan extrema que desde la perspectiva de los fines de la pena, no es necesario o aconsejable, imponer sanción.

El respecto al principio de legalidad y necesidades de seguridad jurídica, hacen imposible abrazar eximentes supralegales de exculpación, no obstante, la existencia de casos donde la responsabilidad penal no solo se ve perturbada cuando el sujeto encuentra afectadas sus condiciones psíquicas, sino también cuando se enfrenta a una situación anormal no exigible; por ello considero se debería crear una causal específica, reguladora de la inexigibilidad de otra -como causa exculpatoria-, en lugar de acudir a complicadas y en ocasiones, poco técnicas soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., Derecho Penal, Parte General, 4ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010

JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General (Fundamentos y teoría de la imputación), trad. de J. Cuello y J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. de la 3ª ed. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981; trad. de la 4ª ed. por J.L. Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, , Luis, Tratado de Derecho Penal, T. VI, 3ª ed. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires 1962, p.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

- "Causas de atipicidad y causas de justificación", en: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal (Coord. D.M. Luzón Peña y S. Mir Puig), Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 21-43.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Exigibilidad y derecho a no declararse culpable", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, p. 25-43.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, Derecho Penal, Parte General 1 (Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible), trad. de la 7ª ed. alemana por J. Bofill y E. Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, Derecho Penal, Parte General (teoría jurídica del delito), 2ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español, Parte General, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, t.I (fundamentos de la estructura de la teoría del delito), trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vicente Remesal, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1997.

SÁINZ CANTERO, José Antonio, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1990.

- La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal, Granada, Universidad de Granada, 1965.

- "Las causas de inculpabilidad en el Código penal español (el principio de no exigibilidad)", en: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1963, p. 52-78.

- "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1960, p. 419-453.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/CORCOY BIDASOLO, Mirentux/BALDÓ LAVILLA, Francisco, Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Parte general, Barcelona, J.M. Bosch, 1996.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Indicaciones Metodológicas sobre el concepto material de culpabilidad", en: Cuadernos de Política Criminal, No. 36, 1988, p. 759-768.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA IMAGEN EN ESPAÑA

Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia (España)

RESUMEN: El presente artículo trata el tema de la protección penal del derecho a la imagen en el derecho español. El derecho a la imagen está consagrado en la Constitución española, y además se tipifica en la legislación penal el quebranto o lesión a este bien jurídico. Se analiza en este trabajo el tipo penal que protege el derecho a la imagen; además, se plantea el conflicto entre el derecho a la imagen y el derecho a la información, y la protección a la imagen de las personas sometidas a la justicia penal.

PALABRAS CLAVE: derecho a la imagen, derecho a la información, protección penal.

ABSTRACT: This article addresses the issue of the criminal protection of image rights under de Spanish law. The image right is enshrined in the Spanish Constitution, and also the criminal legislation sets the grief of this legally. We analyze in this work the criminal offence which protects the image right, and in addition, the conflict between the image right and the right of information and the protection of image of persons under a criminal procedure.

KEYWORDS: image rights, right to information, criminal protection.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2013

I.-EL DERECHO A LA IMAGEN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española protege expresamente el derecho a la imagen en su artículo 18, entre otros derechos fundamentales, cuando señala: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Como puede observarse, este artículo recoge el derecho a la imagen junto al honor y la intimidad, los otros derechos personales con los que guarda una relación estrecha.

El derecho a la imagen no apareció expresado como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como es lógico, porque la protección de la propia imagen está ligada a la aparición de tecnologías más o menos recientes, como la fotografía, en primer lugar, y los medios audiovisuales, de forma más actual (televisión, vídeo, internet). El hecho de que pueda considerarse la Constitución española como relativamente “nueva” (1978), en relación con el resto de las europeas, es quizás lo que determinó al legislador a establecer la protección de la imagen, al constatarse ya en ese momento el carácter lesivo que las nuevas tecnologías podrían tener sobre este derecho personal, cuando se actúa sin consentimiento del titular. De hecho, en 1978 el propio desarrollo de la tecnología informática podía hacer prever los peligros que empezaban a cernirse sobre derechos como la intimidad y la imagen⁸⁴⁷. La realidad actual está demostrando lo acertado de la mención expresa al derecho a la imagen en la Constitución, junto a la intimidad, y aunque en un principio los órganos judiciales fueron algo reticentes a salvaguardar ambos derechos cuando entraban en conflicto con el derecho a la información y la libertad de expresión, actualmente existe ya una jurisprudencia asentada que ha consagrado su protección desde la perspectiva penal, civil, y constitucional, cuyo análisis será el objeto de este trabajo.

⁸⁴⁷ El artículo 18.4 de la Constitución también contempla la necesidad de imponer ciertos límites al uso de la informática "para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

En otros países europeos existe también desde hace tiempo una protección jurisdiccional del derecho a la imagen, y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene revisando conflictos sobre este tema desde hace años. A pesar de que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1953 (el texto legal base) no recoge una referencia específica al derecho a la imagen, el Tribunal Europeo ha derivado su protección de lo que dispone el artículo 8 del propio Convenio (“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”), señalando que se encuentra entre los derechos de la personalidad, en concreto dentro del concepto de vida privada que protege dicho precepto. En este sentido hace años que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos define el derecho a la imagen como la “facultad para decidir sobre la captación y reproducción de la propia figura”.

El desarrollo histórico de la protección jurídica del derecho a la imagen en Europa tiene su origen en la aparición de la técnica de la fotografía, en el ámbito propio de los derechos de autor. En un principio sólo era objeto de protección el aspecto patrimonial del derecho a la imagen, en el contexto de la propiedad intelectual y artística de las fotografías captadas y reproducidas sin consentimiento; así que su protección se inició en el ámbito civil. Pero en la actualidad ya se ha consolidado el aspecto moral de este derecho, y es indudable que se trata de un derecho de la personalidad⁸⁴⁸.

En España, la declaración del artículo 18 de la Constitución se ha desarrollado tanto en el ámbito penal, con el artículo 197 del Código, como en el civil, con la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal

⁸⁴⁸ Vid. sobre el origen histórico Abravanel-Jolly, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006. Y en el ámbito de la doctrina civil española vid. Rovira Sueiro, María E., *El derecho a la propia imagen*, Granada 2000; Royo Jara, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid 1987. En algún país, como Francia, fue la propia jurisprudencia la que tomó la iniciativa de proteger este derecho, lo que acabó por determinar al legislador a establecer su regulación jurídica.

y Familiar y a la propia Imagen⁸⁴⁹. En ambos casos la protección se refiere al ámbito moral del derecho a la imagen, que es el aspecto contenido en el artículo 18 de nuestra Constitución, entre los derechos fundamentales⁸⁵⁰.

Por otro lado, con la mención que el artículo 18 hace por separado al honor, la intimidad y la imagen, queda claro que se trata de tres derechos con protección independiente, y que, por tanto, el aspecto moral del derecho a la imagen también puede lesionarse sin relación con la intimidad de la persona en cuestión, lo que ocurre cuando se capta o se reproduce sin consentimiento su mera imagen “neutral”. Se hace esta puntualización porque en su origen la doctrina civil española consideraba que la protección de la imagen quedaba englobada dentro de la intimidad, de tal manera que era difícil encontrar jurisprudencia protectora cuando la lesión se había efectuado fuera del ámbito estricto de dicha intimidad⁸⁵¹. En este sentido, doctrina y jurisprudencia hicieron durante un tiempo una interpretación demasiado literal de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al ligar la imagen a la noción de “vida privada”. Sin embargo, finalmente el Tribunal Constitucional español ha declarado la autonomía de ambos derechos, así como su protección independiente, y en la práctica jurídica se reconoce abiertamente que, aunque

⁸⁴⁹ Ley 1/82. Artículo 1.1 de esta Ley: “El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

⁸⁵⁰ El Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 81/2001, de 26 de marzo, que “en el artículo 18.1 se protege la dimensión moral del derecho, relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. Y aunque la dimensión del valor económico y comercial no forma parte del contenido del derecho fundamental, se trata de un bien digno de protección, tal y como recoge la Ley 1/82 (artículo 7.6). En suma, el derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución española, por su carácter personalísimo, limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”.

⁸⁵¹ Sobre el debate en el ámbito civil véase Rodríguez Ruiz, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid 1998, pág. 12, y Martínez de Pisón Caverro, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid 1993, pág. 95.

se trata de derechos conexos, con un espacio en común, no existe dependencia del derecho a la imagen con respecto a la intimidad, a efectos de su protección. Así, el Tribunal Constitucional español señala habitualmente que el derecho a la imagen es un derecho autónomo, cuya protección tiene lugar aunque no se lesione el buen nombre de su titular ni se dé a conocer su vida íntima, porque se trata de salvaguardar un ámbito propio y reservado (aunque no íntimo) frente a la acción y conocimiento de los demás⁸⁵². También señala este órgano que el derecho a la imagen tiene un contenido positivo, que supone para su titular poder decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su figura; y un contenido negativo, que comporta la facultad de impedir que dichas conductas sean realizadas por terceros, sea cual sea la finalidad perseguida por quien capta o difunde la imagen de una persona sin su consentimiento.

II.-PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA IMAGEN

A) La protección penal del derecho a la imagen se consagra en España con el Código penal de 1995, dentro del grupo de “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad domicilio” (Título X), en concreto en el Capítulo Primero, bajo la rúbrica “Del descubrimiento y revelación de secretos”. A estos efectos el párrafo primero del artículo 197 señala:

“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

⁸⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo

La base típica de este precepto es antigua, pues, como ocurre en otros ordenamientos penales, la violación de la correspondencia escrita se ha castigado desde los primeros códigos existentes. Pero el artículo 197 fue remodelado con la llegada del Código penal de 1995, que introdujo la rúbrica “Delitos contra la intimidad” por primera vez como bien jurídico común, y agrupó varias conductas que antes estaban dispersas en distintos preceptos del texto penal.

En cuanto a la conducta típica, todas las modalidades que contiene este párrafo primero del artículo 197 tienen en común la necesidad de traspasar las barreras defensivas de la intimidad del tercero, es decir, de quebrantar las defensas protectoras de dicha intimidad (“apoderarse”, “interceptar”, “utilizar artificios”). De tal manera que el desvalor de acción viene constituido por este aspecto material de la conducta. Ello quiere decir que quedan fuera del tipo penal aquellas otras conductas de sujetos que llegan a conocer la intimidad de un tercero sin haber utilizado medios subrepticios para ello, es decir, sin haber vencido una barrera defensiva puesta por el titular del bien jurídico. Por ejemplo, por lo que se refiere a la correspondencia escrita, no se produce el delito cuando alguien lee la carta abierta que otro ha dejado sobre una mesa en un lugar muy transitado. Pues precisamente la necesidad de quebrantar las defensas es lo que permite trazar el límite entre el ilícito penal y el civil, por lo que la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen se aplica cuando se lesiona la intimidad o la imagen sin darse los requisitos típicos del precepto penal. Por eso, no existe lesión penal del derecho a la imagen cuando se capta la imagen de alguien en la vía pública (sin su consentimiento), pues se trata de un lugar en el que, por definición no es posible llevar a cabo aspectos íntimos de la vida, y no es necesario quebrantar defensa alguna para su obtención. Así que tampoco infringe el ilícito penal la fotografía efectuada desde el exterior de una vivienda a una persona que se encuentra en su interior pero con las ventanas abiertas, ya que tal imagen es perceptible a simple vista por el ojo humano, sin tener que vencer obstáculo alguno. Aunque puede tratarse de imágenes íntimas, falta un requisito del tipo delictivo del

artículo 197, que es la captación subrepticia de tal imagen, el cual no se da porque ha sido el propio titular el que ha cancelado las barreras defensivas. Por eso, en estos supuestos la protección debe ser únicamente civil, ya que se está lesionando la facultad positiva del titular del bien de decidir sobre la captación y reproducción de su imagen.

En definitiva, la protección penal del derecho a la imagen debe limitarse a los casos en que se capta sin consentimiento la imagen de un tercero “en un contexto de intimidad”, puesto que la lesión de la intimidad es el elemento unificador de todos los supuestos del artículo 197.1 del Código penal. Por ejemplo, encontramos sentencias condenatorias cuando se coloca subrepticamente una cámara web en los baños de un centro comercial, o cuando se graba con una cámara oculta el encuentro sexual entre dos personas⁸⁵³. El espacio para la protección civil quedará, así, para los casos en que la imagen se ha captado en un contexto neutral, pero sin consentimiento del titular: por ejemplo, alguien ve reproducido en un periódico un primer plano reconocible de su figura mientras pasea por un parque, o mientras come en un restaurante, sin que haya otorgado consentimiento para ello⁸⁵⁴. Si bien existen algunas excepciones cuando se trata de personas con relevancia pública, las cuales deben “soportar” cierta intromisión en este derecho, como se verá después. En todo caso, los propios afectados son los que en la práctica están decidiendo cuál es el procedimiento a iniciar, penal o civil, pues el artículo 201.1 del Código penal dispone que para proceder por estos delitos es necesaria la denuncia de la persona agraviada. De hecho, en ocasiones, después de la absolución penal el afectado acaba recurriendo a la vía civil, buscando en este campo la protección jurisdiccional que no se le ha otorgado penalmente si la

⁸⁵³ Sentencias del Tribunal Supremo de 27-3-03 y de 10-12-04.

⁸⁵⁴ Esta protección de la “imagen neutral” es posible porque, como señala el Tribunal Constitucional, la imagen “constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”: Sentencia del Tribunal Constitucional de 81/2001, de 26 de marzo.

conducta no cabe en el tipo penal. En relación con esto también es importante tener en cuenta que el artículo 201.3 del Código penal establece la posibilidad del perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal.

B) Analizando el derecho a la imagen como objeto material protegido en el artículo 197 hay que hacer determinadas precisiones. Debe tratarse de captar o reproducir “la propia figura”, es decir, la que permite la identificación del titular. El objeto protegido es la imagen que permite reconocer a una persona, esto es, la que reproduce sus rasgos físicos de forma que pueda ser identificada por terceros. Además dicha reproducción de los rasgos debe ser real y auténtica, de tal manera que la figura identifique por sí misma a la persona en cuestión. Es trasladable al campo penal la afirmación de la doctrina civil, cuando señala que no se trata de que sólo se identifique a sí mismo el propio sujeto, sino de que pueda ser identificado por cualquier tercero neutral que contemple la reproducción (sin necesidad de aportar la prueba de que dicha realización ha sido efectivamente realizada). Hay que tener presente que el artículo 197.1 del Código penal protege la captación o reproducción de la verdad, por lo que sólo cuando la imagen captada no es modificada o manipulada existe dicha verdad. Por eso no encuentran protección en este precepto aquellos casos en que la conducta ha consistido en hacer un montaje de imágenes. Por la misma razón la caricatura de una persona tampoco es objeto de protección en el artículo 197.1, aunque en este caso puede entrar en juego el delito de injurias si dicha caricatura es denigrante u ofensiva para el honor del sujeto en cuestión⁸⁵⁵.

A modo de recensión de este apartado, puede concluirse que la lesión a la disponibilidad de la propia imagen sin más, es decir, la captación o la

⁸⁵⁵ Por otro lado no debe confundirse el derecho a la imagen como derecho moral, expresado en el artículo 18 de la Constitución española, con el derecho “a tener una determinada imagen”, es decir, el derecho a tener el aspecto externo que cada uno desee. La jurisprudencia ya ha dejado muy clara la diferencia entre ambas cuestiones, señalando que el derecho a tener el aspecto externo que cada uno desee se relaciona con el libre desarrollo de la personalidad, y en la Constitución Española ello aparece ligado en el artículo 10 a la dignidad de las personas (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17-9-07).

reproducción neutral de ésta sin implicaciones sobre la intimidad, o el honor, no tiene protección penal, siendo suficiente con la protección civil que otorga la Ley 1/81. La protección penal del artículo 197.1 del Código entra en juego cuando dicha captación o reproducción se ha efectuado en un contexto claro de intimidad. Y en el caso de que la imagen reproducida implique una lesión al honor, puede ubicarse la infracción en esta clase de delitos.

C) Desde la perspectiva penal encontramos sentencias castigando la lesión al derecho a la imagen, por ejemplo, y como ya se ha señalado, cuando se coloca una cámara web en unos servicios de un centro comercial⁸⁵⁶; o en un vestuario⁸⁵⁷; o cuando se graba con una cámara oculta el encuentro sexual entre dos personas⁸⁵⁸. En casos de estas características no podría llegar a justificarse la invasión de este derecho por el ejercicio de otros que pudieran entrar en conflicto, pues estamos ante la imagen en relación con el núcleo fuerte de la intimidad.

Sin embargo, cuando la captación subrepticia de la imagen no tiene que ver con dicho núcleo fuerte de la intimidad las soluciones penales han sido otras, y la jurisprudencia ha considerado válida como prueba para condenar por un hurto la grabación obtenida por una cámara oculta, que la propietaria de la vivienda ha instalado para controlar la actividad de su empleada de hogar, que es quien realiza dicho hurto⁸⁵⁹. En opinión del juzgador las imágenes no pertenecían al ámbito personal o privado, y como no habían sido reproducidas ni difundidas más que en el estricto margen de la causa penal en la que debían servir como prueba, se concluyó que al instalar la cámara la propietaria había ejercido un derecho reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución española. En este caso la confrontación se planteaba entre el derecho a la imagen y

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27-3-03.

⁸⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 16-11-03.

⁸⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10-12-04.

⁸⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10-9-07.

determinadas prerrogativas que tiene el empleador en el ámbito laboral, que son las facultades de vigilancia y control que establece el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁶⁰. Aunque también se planteaba otro problema en el que el órgano juzgador no llegó a entrar: los límites existentes con respecto a la instalación de cámaras dentro del propio domicilio. Pues si bien parece cierto que el artículo 18 de la Constitución española otorga prerrogativas en este sentido al titular del domicilio, tal facultad no puede tener un alcance ilimitado, de tal manera que dicho titular pudiera grabar –y en su caso reproducir- sin consentimiento la imagen de todas las personas que van pasando por su vivienda, pues entonces se lesiona la facultad de éstas de disponer de su propia imagen. En sentido similar a la sentencia que se acaba de citar, otra sentencia del año 2010 legitima la conducta de quien coloca en su domicilio una cámara web oculta con la finalidad de grabar los malos tratos que se infligen a una anciana, enferma de alzheimer, por parte de una empleada de hogar, prueba que es utilizada para condenar por dichos malos tratos⁸⁶¹.

III.- EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

A) Un importante volumen de conflictos se produce entre el derecho a la imagen y el derecho a emitir y recibir información veraz (reconocido en el artículo 20 de la Constitución española). Este conflicto se plantea en el ámbito civil, entre otros casos, en relación con la grabación de imágenes con una cámara oculta, con la finalidad de divulgarlas posteriormente en un medio televisivo sin consentimiento del titular. En los primeros tiempos de vigencia de la Ley de

⁸⁶⁰ Artículo 20.3 del Estatuto de los trabajadores: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

⁸⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20-12-10

Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen (1982) el conflicto entre los dos derechos se resolvía a favor del derecho a la información. Sin embargo, se ha producido recientemente un cambio jurisprudencial importante, ante los evidentes excesos que en los últimos años se han producido por un periodismo “amarillo”, que ha utilizado dichas cámaras para grabar a terceros sin su conocimiento, emitiendo después dichas entrevistas en programas televisivos, casi siempre sensacionalistas, con el argumento de que se trata de “periodismo de investigación”. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente, en concreto, sobre el carácter ilícito de las entrevistas en que el periodista, llevando escondida una pequeña cámara de vídeo, se hace pasar por cliente que solicita determinados servicios profesionales, para de esta forma, engañando al entrevistado, conseguir que éste confiese algún tipo de prácticas, a veces irregulares, que pueda estar llevando a cabo en el ejercicio de su profesión: por ejemplo, la entrevista se realiza en una clínica de cirugía estética, o en un despacho dedicado a gestionar el cobro de deudas de personas morosas, etc. En un principio la jurisprudencia fue indulgente con este tipo de prácticas, y ante la denuncia del afectado, que veía reproducir la entrevista en un medio televisivo sin que ello le hubiera sido notificado, solía contestar que en estos casos prevalecía el derecho a emitir y recibir información veraz frente al derecho a la intimidad y la imagen, ya que la conducta quedaba enmarcada dentro del llamado periodismo de investigación, que buscaba esclarecer determinadas prácticas irregulares cuyo conocimiento interesaba a los ciudadanos, dado su “interés público”. De esta forma, el supuesto interés público de la noticia en cuestión obligaba al particular a soportar la intromisión en sus derechos fundamentales. Sin embargo, afortunadamente se ha producido un giro jurisprudencial en esta cuestión, y a partir del año 2012 el Tribunal Constitucional ha decidido dar preferencia en estos casos a los bienes protegidos por la Ley de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen. Dicho cambio jurisprudencial ya se había iniciado con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-1-09, y se consolidó con tres sentencias del Tribunal Constitucional: la Sentencia 12/2012, de 30 de

enero, la Sentencia 24/2012, de 27 de febrero, y la Sentencia 74/2012, de 16 de abril, siendo la primera de ellas la que sienta la doctrina que es seguida por las otras.

Efectivamente, en la Sentencia 12/2012, de 30 de enero, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el atentado a la intimidad y a la imagen que en el caso enjuiciado se produjo cuando una periodista que trabajaba para una productora televisiva acudió a la consulta de una profesional de la estética naturista, y haciéndose pasar por cliente fue atendida por dicha profesional en la parte de su vivienda destinada a consulta, ocasión utilizada por la periodista para grabar su voz y su imagen por medio de una cámara oculta. Posteriormente dicha entrevista fue retransmitida por una cadena de televisión. Según declara el Tribunal Constitucional, también en el ámbito profesional se llevan a cabo actividades que tienen que ver con la intimidad, ya que el desarrollo de este derecho no se circunscribe sólo al domicilio, y también en un despacho profesional existe una “expectativa razonable” de que una conversación no va a ser oída ni “vista” por terceras personas. En cuanto al derecho a la imagen, el Tribunal Constitucional señala que también se vulnera en estos casos, porque consiste en el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública”, y comprende “la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”; abarcando “la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental”. Sobre la técnica de grabar una entrevista con cámara oculta la sentencia señala que la “captación de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen, mediante la captación inconsentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación”. Según el Tribunal Constitucional, en el caso analizado se vulneraron tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la imagen de la profesional en cuestión: el derecho a la intimidad porque aunque la relación que intentó establecer la periodista era de naturaleza profesional,

haciéndose pasar por cliente, el encuentro se desarrolló en un ámbito privado; y el derecho a la imagen porque se privó a la persona de la facultad de decidir sobre la reproducción de su figura en un medio televisivo. El Tribunal Constitucional resalta en esta sentencia varios factores que le hacen inclinarse a favor de la intimidad y la imagen cuando entran en conflicto con el derecho a transmitir información veraz: la capacidad intrusiva del uso de una cámara oculta, la utilización de ardides para acceder al lugar y entrevistarse con la persona en cuestión, la mayor capacidad expansiva de la difusión por televisión (frente a la que puede darse con la prensa escrita), y la necesidad de “reforzar la vigilancia contra los peligros del uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación”. Para el Constitucional lo decisivo en estos casos es la forma en que se obtiene la información, y no entra en la sentencia a valorar el interés público que la noticia pudiera tener, señalando que “tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)”.

Sin embargo, en relación con esta última afirmación creo que podría hacerse alguna matización, pues no carece de importancia para resolver el conflicto entre la intimidad o la imagen, por un lado, y el derecho a emitir y recibir información veraz, por otro, la relevancia pública de lo que se investiga con la cámara oculta, y quizás en este punto el Tribunal debería haber desmenuzado un poco más la cuestión. En mi opinión, debe analizarse con más detalle si la injerencia en el derecho fue excesiva, o no, en relación con el fin perseguido, es decir, si existió proporcionalidad entre el medio utilizado para lograr una información veraz y la lesión del derecho fundamental a la intimidad e imagen que ello comportaba. Aun estando totalmente de acuerdo con la solución final alcanzada por la sentencia del Tribunal Constitucional, creo que en determinadas circunstancias (bastante excepcionales) puede llegar a justificarse la injerencia⁸⁶².

⁸⁶²Un caso interesante en este sentido se planteó en relación con las fotos que hizo un periodista al primer mandatario de Italia, Silvio Berlusconi, en el curso de una fiesta

B) En el ámbito civil la jurisprudencia también se ha pronunciado en relación con las imágenes que se captan sin consentimiento del titular en “espacios abiertos al público”. En principio la captación sin consentimiento de la imagen de una persona en un espacio público no tiene relevancia penal, puesto que difícilmente en ese contexto puede hablarse de intimidad. Por eso los casos de estas características se han resuelto en el ámbito civil, aunque la persona o las personas en cuestión se encuentren en situaciones que podríamos llamar de cierta privacidad, pues cuando una persona realiza actos definidos como íntimos en lugares claramente públicos puede decirse que está otorgando un consentimiento implícito al conocimiento de terceros, lo que viene a cancelar la protección reforzada del bien intimidad contenida en el artículo 197 del Código penal.

Pero, como señala la jurisprudencia constitucional, desde la perspectiva civil el derecho a la propia imagen también se protege cuando se trata de un contexto “neutral”, al estar tutelada “la mera facultad del titular para decidir sobre

privada dentro de su villa de vacaciones, para cuya celebración había contratado a personas que ejercían la prostitución. Las fotos fueron hechas utilizando un potente teleobjetivo, siendo publicadas después en un medio de información, como prueba de que en tales fiestas se utilizaban recursos públicos para trasladar a los invitados (por avión o barco), y al custodiar dicho lugar con las propias fuerzas de seguridad del estado. El conflicto en este caso se produce entre el derecho a la intimidad del mandatario y el derecho a emitir y recibir información veraz, y se trata de un supuesto en el que opino que podría llegar a prevalecer este último, ya que en democracia el ejercicio del derecho a la intimidad de la máxima personalidad política de un país puede estar “aminorado”, debido precisamente al cargo ocupado y al interés de los ciudadanos en conocer la verdad o mentira de aquello que predica su presidente con sus palabras, pero no con sus hechos. Si el comportamiento privado de tal personalidad está en abierta contradicción con aquellos valores que propugna, y que le han llevado al triunfo en las urnas, puede decirse que está engañando a los ciudadanos, y estos tienen derecho a conocer la contradicción que existe cuando quien dirige su país predica unos valores moral-religiosos para los demás, y aplica otros para sí mismo. Sólo conociendo la verdad sobre la vida privada de su jefe de gobierno podrán emitir los ciudadanos un voto “informado”, que es el único realmente libre en un sistema democrático. En mi opinión, desde el punto de vista jurídico existía un “interés público” en conocer determinados aspectos de la vida privada de Berlusconi, y por ello la información que proporcionaba el reportaje gráfico podría caer dentro del lícito ejercicio del derecho a emitir y recibir información veraz, siempre que se adoptaran unas cautelas mínimas con determinados detalles de las fotografías tomadas.

su captación y reproducción” (aunque no afecte al buen nombre del sujeto, ni se dé a conocer su intimidad), con lo que la imagen de las personas que deambulan por lugares públicos es susceptible de protección jurídica. Sin embargo, en determinadas ocasiones la Ley de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen legitima la intromisión cuando se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad, o de proyección pública, y la imagen es captada durante un acto público. Y también debe soportarse la intromisión cuando se trata de la información gráfica de un suceso o acaecimiento público y la imagen de una persona determinada aparece como meramente accesoria (artículo 8.2). En ambos supuestos se hace prevalecer el derecho a la información, pero en el caso de los personajes públicos sólo si tales sujetos están desarrollando actividades de carácter público. Por ello, gozan de su derecho a la imagen cuando ésta es captada en un lugar público pero en un contexto de cierta intimidad: por ejemplo, se ha reconocido la vulneración del derecho en el caso de la fotografía tomada a dos personas que están en una actitud cariñosa en una playa pública⁸⁶³; o en el caso de la grabación en vídeo de la agonía de un torero que acaba de ser corneado por el toro⁸⁶⁴. En estos casos de imágenes captadas sin consentimiento el Tribunal Constitucional ha hecho prevalecer el derecho a la imagen frente al derecho a la información, por revelarse aspectos de la vida privada y familiar que los titulares del derecho quieren reservar al público conocimiento, aunque se trate de personajes públicos. En caso contrario, cuando se trata de imágenes neutrales de dichos cargos o personajes públicos, captadas en espacios públicos, la

⁸⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril. La Sentencia señala que “la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

⁸⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 231/1998, de 2 de diciembre.

jurisprudencia suele decantarse por argumentar que existe para éstos un deber de soportar la intromisión, pues la Ley 1/82 así lo dispone⁸⁶⁵.

IV.-EL DERECHO A LA IMAGEN DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA JUSTICIA PENAL

A) En el caso de personas que se encuentran incursoas en procedimientos penales, o internas en centros penitenciarios, la jurisprudencia española es más condescendiente con la intromisión en su imagen, y casi siempre hace prevalecer el interés público de la noticia para justificar las fotografías o imágenes televisadas de estas personas, captadas y reproducidas sin su consentimiento. Así ocurre con la imagen de una persona cuando es trasladada esposada a las dependencias policiales⁸⁶⁶; o la de quien se encuentra dentro de

⁸⁶⁵ Así se resuelve en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-4-07, con respecto a la fotografía publicada en la prensa de una agente de policía durante el desalojo de una vivienda; y en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala civil) de 27-3-99, sobre la publicación de una fotografía en la que aparece claramente identificable el escolta de un personaje político.

El artículo 8 de la Ley señala:

“1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

⁸⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala civil) de 19-5-10.

un centro penitenciario⁸⁶⁷. En ambos casos, el órgano juzgador ha señalado que la fotografía en sí misma es una noticia de interés público, lo que vendría a justificar la injerencia en el derecho a la imagen. El Tribunal Constitucional suele dar preferencia al derecho a la información especialmente cuando se trata de cargos o de personajes públicos⁸⁶⁸.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha autorizado expresamente la difusión televisada de los juicios, no estando claro el momento procesal oportuno en el que el procesado puede formular oposición a ello, en su caso. En mi opinión, sin embargo, la retransmisión televisada de un juicio supone aminorar la protección del derecho a la imagen de los encausados, sin que ello quede justificado. El sometimiento de una persona a un proceso penal conlleva ya el sufrimiento añadido de la llamada “pena de banquillo”, y la difusión de la imagen en esas circunstancias añade todavía un plus a dicho sufrimiento, ya se trate de un sujeto que es finalmente inocente o que es culpable (en este último caso el “escarnio público” que comporta el hecho de difundir su imagen puede repercutir en su rehabilitación futura). Hay que recordar que los acusados en los procesos penales gozan de todos los derechos fundamentales que no se restringen por

⁸⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala civil) de 8-7-04 y Auto del Tribunal Constitucional de 176/2007.

⁸⁶⁸ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en su sentencia de 11-1-05 (caso *Sciascia* contra Italia) que existió una intromisión ilegítima en el caso de una ciudadana italiana encausada en un procedimiento penal, que vio reproducida su foto en varios periódicos, junto a la noticia del delito. A juicio del Tribunal se había producido una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la publicación de la fotografía vulneraba el derecho a la vida privada de la persona en cuestión, al no tratarse de un personaje público, sino simplemente de una persona sometida a diligencias penales. El Tribunal declaró que la injerencia en el derecho fundamental sólo sería posible en el caso de darse alguna de las tres razones que cita el artículo 8.2 del Convenio, ninguna de las cuales concurría aquí: ser una injerencia prevista por la ley, alcanzar una de las finalidades legítimas según el art. 8.2 y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dicha finalidad (proporcionalidad en la injerencia). En este caso, además, el Tribunal declaró que la demandante era persona común, y no un personaje público, con lo que la posibilidad de la injerencia debía ser más reducida. Con carácter general, el Tribunal declaró que estar sometido a diligencias penales no aumenta la posibilidad de injerencia sobre el derecho a la vida privada de las personas.

razón del proceso, y que la condena penal sólo afecta a los derechos que se expresan en la sentencia, con lo que los acusados, o los condenados, detentan el derecho a la propia imagen como cualquier otro ciudadano⁸⁶⁹.

Es cierto que la intromisión en el derecho a la intimidad del sujeto imputado puede ser necesaria para el esclarecimiento de la verdad, y de hecho algunas de las prácticas probatorias, y los propios interrogatorios, ya implican inevitablemente la intromisión en dicha intimidad, pues el proceso penal así lo requiere para la averiguación de los hechos. Pero a estos efectos no aporta nada la publicidad de la imagen del acusado durante el juicio oral, salvo satisfacer la curiosidad y el morbo de los ciudadanos; como señala a veces la jurisprudencia, la simple satisfacción de la curiosidad humana no tiene nada que ver con el derecho a la información⁸⁷⁰.

Por otro lado, y siguiendo con la crítica a la práctica de retransmisión audiovisual de los juicios, hay que decir que ello comporta un riesgo para las garantías de un juicio justo, ya que la retransmisión televisada influye de forma activa en el desenvolvimiento del proceso judicial, y puede afectar al hallazgo de la verdad procesal y del derecho aplicable por el órgano imparcial, pues está comprobado que las personas cambian su forma de comportarse ante la presencia de los medios de comunicación. Ello supone un riesgo para las garantías de limpieza del proceso penal, y afecta a todos los que intervienen en él, ya sean peritos, testigos, o jueces, ya que quizás estos últimos no puedan sustraerse al clima creado por la opinión pública (“juicios paralelos”), y se acaben inclinando inconscientemente por las expectativas más generalizadas, en perjuicio de una solución justa⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ Estas interesantes reflexiones se encuentran en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30-7-2004, criticando la doctrina del Tribunal Constitucional.

⁸⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30-7-04.

⁸⁷¹ Estos argumentos son expuestos por un Magistrado discrepante con la resolución adoptada por mayoría en la sentencia del Tribunal Constitucional 56/2004, añadiendo que: “La protección del honor, la intimidad y la propia imagen de las partes deben ser traídos inmediatamente a colación, si se quiere que la Sala de justicia siga siendo lugar

Pese a los argumentos que se acaban de exponer, el Tribunal Constitucional ha avalado en las sentencias 56 y 57/2004 la retransmisión televisada de los juicios, bajo el manto justificador del respeto al ejercicio de la libertad de información, señalando que el acceso de los medios gráficos debe atenerse a las competencias que la Ley Orgánica del Poder Judicial y las leyes de carácter procesal otorgan a los jueces y tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad en los juicios⁸⁷². De esta legislación, y de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución, deduce el Tribunal Constitucional que debe declararse de forma general la posibilidad de acceso de los medios audiovisuales a las vistas, si bien de forma eventual es posible que el órgano judicial prohíba dicho acceso en algún caso concreto⁸⁷³.

B) Sin embargo, por lo que se refiere a las actividades propias de la fase de investigación del delito la jurisprudencia ordinaria sí que es garantista con respecto al derecho a la imagen, pues la instalación de cámaras ocultas por parte de la policía debe sujetarse a la existencia de la autorización judicial correspondiente, y sólo pueden tomarse imágenes sin dicha autorización cuando se trata de personas que se encuentran en espacios abiertos al público. En este

de búsqueda y declaración objetiva de la verdad y el Derecho, que asisten a quienes contienden por sus derechos, con la presencia de un tercero objetiva y subjetivamente imparcial, lo que tampoco se asegura cuando el Juez ve su imagen realizada o denostada en los medios. El artículo 10.2 in fine del Convenio Europeo de Derechos Humanos toma en consideración, a este respecto, la necesidad de garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial como restricción a la libertad de expresión.”

⁸⁷² La regulación legal que cita este órgano viene dada por los artículos 120.1 y 20.4 de la Constitución, 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (regulación supletoria para todos los procesos), y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En todo caso, es posible restringir la entrada a la sala de vistas, según el propio Tribunal, tanto a la prensa como al público, durante parte o la totalidad del juicio, cuando lo exijan “los intereses de los menores o la vida privada de las partes, la seguridad o la privacidad de los testigos o los intereses de la justicia, entre otros bienes merecedores de protección”.

⁸⁷³ El artículo 20.4 de la Constitución señala como límite al derecho a la información “el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, legitimando las fotografías realizadas por agentes policiales desde la calle al interior de una vivienda, por ejemplo, para demostrar que en dicho lugar se efectúa venta de droga. Este órgano ha señalado que la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido puesto por el titular para salvar su intimidad, por lo que los agentes de policía pueden captar imágenes siempre que se obtengan grabando lo que cualquiera puede mirar y observar, al no existir obstáculos que perturben o dificulten la curiosidad de los que por allí pasan. En este sentido el Tribunal Supremo también ha legitimado las imágenes captadas por la policía a través de una ventana abierta, señalando que no es necesaria la autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás⁸⁷⁴.

BIBLIOGRAFÍA

Abravanel-Jolly, S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Lyon 2006.

Amat Llari, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid 1992.

Anarte Borrillo, E., "Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 43, marzo 2002.

Azurmendi Adarraga, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid 1997.

Boix Reig, F.J., (Dir.) *La protección jurídica de la intimidad*, (libro colectivo), Madrid 2010.

⁸⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15-4-97.

Boix Reig, J., Doval Pais, A., y Jareño Leal, A., “Protección penal de la intimidad y derecho de defensa en causas matrimoniales”, La Ley, Abogados de Familia, nº 26, 3-10-02.

Carrillo, M., El derecho a no ser molestado. Información y vida privada, Navarra 2003.

Doval Pais, A. y Jareño Leal, A., “Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero)”, La Ley nº 4844, de 21 de julio de 1999.

Grimalt Servera, P., La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, Madrid 2007.

Jareño Leal, A., Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, Madrid 2008.

Jareño Leal, A., “El derecho a la imagen como bien penal”, Teoría & Derecho, Diciembre 6/2009.

Juanatey Dorado, C. y Doval Pais, A., “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en La protección jurídica de la intimidad (dir. J. Boix Reig), Madrid 2010.

Martínez de Pisón Cavero, El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional, Madrid 1993.

Rodríguez Ruiz, B., El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, Madrid 1998

Rovira Sueiro, María E., El derecho a la propia imagen, Granada 2000.

Royo Jara, J., La protección del derecho a la propia imagen, Madrid 1987.

LOS DELITOS DE ACTOS RACISTAS O DISCRIMINATORIOS Y HOSTIGAMIENTO POR MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN

Prof. Dr. Ricardo Posada Maya

Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes (Colombia)

SUMARIO. I. Consideraciones generales. II. El delito de actos de racismo o discriminación. III. El delito de hostigamiento por motivos discriminatorios. IV. Circunstancias agravantes y atenuantes. V. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: El presente escrito tiene como propósito rendir un sentido homenaje al reconocido profesor Dr. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, con ocasión de su septuagésimo cumpleaños. Una de las figuras más prominentes del Derecho penal Costarricense.

PALABRAS CLAVE: Delito de actos racistas o discriminatorios, delito de hostigamiento por motivos discriminatorios, dignidad humana.

ABSTRACT: This paper is intended to pay tribute to renowned professor Dr. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, on the occasion of his seventieth birthday. One of the most prominent figures of Costa Rican Criminal Law.

KEYWORDS: Crime of racist or discriminatory acts, crimes of harassment on grounds of discrimination, human dignity.

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2013.

Fecha de aprobación: 12 de agosto de 2013.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

A. La discriminación es una forma pasivo-agresiva de violencia moral que vulnera injustamente los derechos, valores y bienes jurídicos de la *dignidad humana* (Constitución Política/art. 1° y Código Penal/art. 1°⁸⁷⁵ en adelante C. N. y C. P. respectivamente), *la igualdad* (C. N./arts. 9° y 13; C. N. CR de 1949/art. 33 ref. L. 4123 de 1968, L. 7880 de 1999, LG # 118 de 1999) y *la vida digna de las personas*. Además es la forma de violencia personal, intergrupala e institucional menos combatida por las legislaciones vigentes, pero la más lesiva para la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados y la colectividad⁸⁷⁶; muchas veces amparada por comportamientos que relativizan los valores más fundamentales del Estado social y democrático de derecho para hacer prevalecer convicciones personales u obtener ventajas basadas en motivos ideológicos, lo que impide una convivencia civilizada y razonable en un Estado pluralista (C. N./art. 7°).

No obstante, la intervención del derecho penal como un modelo de control social especialmente agresivo ha sido puesta en duda, y con razón, para desactivar conductas que irrespeten el ejercicio de los derechos fundamentales de otros por motivos discriminatorios. La discriminación y el derecho penal no siempre combinan bien, al menos por dos razones: *La primera*, porque la

⁸⁷⁵ C. P. art. 1° *Dignidad humana* y art. 2° *Integración*: “Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”. La discriminación es una práctica prohibida, entre otros, por los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), art. 23; Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, L. 16 de 1972), arts. 1.1 y 13.4, 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 2.2. Ambos en la L. 74 de 1968, arts. 2.2, 24.1 y 25. Protocolo adicional de la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, L. 319 de 1996/art. 3°), art. 26; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, art. 1.1 (L. 22 de 1981), entre otros.

⁸⁷⁶ Sobre el concepto de violencia en la discriminación y sus matices, v. GÓMEZ. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, pp. 20 y ss.

intervención del sistema penal se ha basado en un concepto de discriminación individualista que no alcanza a explicar ni a combatir por completo este fenómeno, ni contribuye a paliar sus efectos sociales⁸⁷⁷; un concepto individualista que resulta especialmente rentable para la semántica jurídica, a efectos de aplicar restricciones penales simbólicas acordes con el principio de culpabilidad por el hecho (C. P./art. 12). *La segunda*, descrita de manera acertada por LAURENZO COPELLO en materia de género, sostiene que “[...] *si desde el principio se acusa al derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de “normalidad”, permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad, no resulta fácil comprender cómo esa misma herramienta puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas*”⁸⁷⁸. En el fondo, el empleo del derecho penal para este tipo de ‘misiones proteccionistas’ resulta un uso paternalista y paradójico del derecho, más nocivo que beneficioso para los grupos vulnerables que manipulan su némesis como vía de protección⁸⁷⁹. No parece claro que la intervención penal sea una práctica satisfactoria para resolver este tipo de hechos como acciones o manifestaciones sociales (intervención auspiciada por el lobby político de ciertas ONG).

⁸⁷⁷ BARRÈRE UNZUETA. “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, pp. 12 y ss.

⁸⁷⁸ GARCÍA VITORIA. “Discriminación penal y Estado de derecho”, p. 419, considera que se vulnera el principio de mínima intervención; LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, p. 16, también en las pp. 19 y 20, advierte el peligro que comporta confundir el mandato de no discriminación con un mandato de igualación por la vía del derecho penal; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual*, p. 616. Sobre el uso efectivo del derecho criminal, de configuración individualista, para proteger derechos civiles, v. FISS. “The Awkwardness of the Criminal Law”, pp. 6 y ss.

⁸⁷⁹ Sobre las diferencias y efectos de las leyes antidiscriminatorias y los estatutos penales contra la discriminación, v. GÓMEZ. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, pp. 43-45

En todo caso, partiendo del principio del acto o de la objetividad material (C. N./art. 29; C. P./arts. 6° y 9°), es necesario aclarar que no todo acto que demuestre opiniones o motivos discriminatorios puede ser sancionado por el derecho penal, de manera que solo resultan de interés punitivo⁸⁸⁰ las conductas que impliquen una vulneración directa y objetiva de la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales o legales preexistentes (C. P./art. 11 lesividad); o comportamientos que pongan en peligro la integridad o la existencia de personas de especial protección constitucional y de los grupos a los que éstas pertenecen. Los demás actos discriminatorios, a pesar del interés de proteger los sentimientos colectivos, deberán ser tratados por otras ramas del derecho conforme a los caracteres de *última ratio* y subsidiariedad del derecho penal, v. g. El derecho disciplinario sancionador.

En este sentido, a petición de la CORTE CONSTITUCIONAL⁸⁸¹ y con el fin de edificar una legislación penal más inclusiva —en términos político-criminales—, el legislador colombiano adicionó al C. P. (L. 599 de 2000) mediante la L. 1482 de 2011, arts. 2° y ss.⁸⁸², en el Cap. IX “*De los delitos de discriminación*” del Tít. I “*De los delitos contra la vida y la integridad personal*”, las figuras de “*Actos de racismo o discriminación*” en el art. 134A y “*Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural*” en el art. 134B, a

⁸⁸⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 329, advierte que “No solo se castiga –y no podría ser así desde la perspectiva de un derecho penal de acto- por los motivos, por aspectos que solo pertenecen al fuero interno de las personas. No se trata de un tipo completamente subjetivo que se afinca en la forma de pensar del sujeto o en sus actividades vitales”. Dicha agravante está prevista en el Código Penal Español (en adelante C. P. E.), art. 21, num. 4, mod. L. O. 5 de 2010. Sin embargo, la doctrina considera que los tipos corresponden a un claro derecho penal de autor o de la actitud interna: REBOLLO VARGAS. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, p. 227; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, pp. 396 y 397.

⁸⁸¹ Sent. T-1090 de 2005.

⁸⁸² Diario Oficial No. 48.270 de 2011. Crítico: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 396 considera la ley tardía e improvisada.

las que se adicionan varias circunstancias agravantes y atenuantes en los arts. 134 C y D. A su turno el legislador de Costa Rica introdujo los delitos de discriminación racial en el C. P. (L. No. 4573 de 1970, en adelante C. P. CR.), mediante la L. 7732 de 1997/num. 185, a), art. 373, en la sección única de “*Discriminación racial*” del Tít. XVII “*Delitos contra los derechos humanos*”⁸⁸³. Normas que serán objeto de estudio en la presente contribución académica.

B. Se ha discutido mucho la ubicación dogmática y el bien jurídico protegido por los delitos de discriminación. En el C. P. CR el asunto no parece complejo, precisamente, porque el legislador incorporó el delito de discriminación racial en el Tít. XVII denominado “*Delitos contra los derechos humanos*”; ubicación, por cierto, bastante apropiada. Por el contrario, el asunto es más complejo en el C. P., porque estas figuras fueron ubicadas en el Cap. IX del Tít. I denominado “*Los delitos contra la vida y la integridad personal*”. La doctrina mayoritaria ha criticado esta ubicación, señalando que estos delitos no tienen ninguna relación con los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal⁸⁸⁴. Sin embargo, la crítica no es definitiva en términos constitucionales, porque si bien es cierto que la *discriminación* no tiene relación con una postura biológica de la vida o de la integridad personal, sí es posible advertir alguna correspondencia con del bien jurídico realmente protegido: “*la vida digna*” de las personas⁸⁸⁵.

⁸⁸³ El C. P. E., mod. L. O. 5/2010, art. 510, consagra los delitos de discriminación (Cap. IV), en los “*Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”. V. BUENO ARUS. “*La discriminación racial y el Código Penal Español*”, pp. 196 y ss.; MORILLAS CUEVA/et al. *Sistema*, p. 1097 y ss.; MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, p. 809 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, p. 2046; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *DP, PE*, p. 701 y ss.

⁸⁸⁴ Así: BOTERO BERNAL. “*Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación*”, p. 364; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “*La discriminación en el ámbito penal*”, pp. 396 y 397. Agrega que se trata de un bien jurídico de difícil precisión.

⁸⁸⁵ V. RESTREPO SALDARRIAGA. “*Los significados del derecho a la vida*”, p. 39, señala que: “[...] la garantía del derecho a la vida no se agota en la mera preservación de la

En el fondo el argumento político-criminal es simple: sin igualdad (CCONST., Sent. C-667 de 2006) o sin una garantía específica *de no discriminación arbitraria* es imposible vivir con dignidad, tal y como la Corte Constitucional ha definido este derecho en la Sent. T-881 de 2002, esto es: “(1) *la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características –vivir como quiera-*. (II) *la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia –vivir bien-*. Y (III) *la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral –vivir sin humillaciones*”⁸⁸⁶.

En síntesis: *la dignidad* como valor, derecho fundamental y bien jurídico es, entonces, transversal a la vida, a la igualdad y a la libertad, como parte del núcleo duro de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido por los delitos de discriminación *tiene dos aspectos*: por una parte, se salvaguarda la vida digna de las personas y, por la otra, el derecho a la igualdad de trato en sentido formal y material⁸⁸⁷: “*hay que tratar igual a lo igual y desigual*

existencia biológica de las personas. *Por el contrario, la vida digna se refiere a una existencia plena, a la posibilidad de cada individuo de vivir una vida de la cual es dueño total y de desarrollar a plenitud todas sus capacidades*” (cursivas propias). Precisamente, el concepto de vida digna le ha permitido realizar a la Corte Constitucional de Colombia avances importantes en materia de aborto (C-355 de 2006) y eutanasia (C-239 de 1997). Sobre la vida digna, v. Sents. T-495 de 1999, T-860 de 1999, T-1055 de 2001, T-562 de 2006, T-566 de 2006, T-536 de 2007, T-883 de 2010, T-026 de 2011, T-281 de 2011 y SU-062 de 1999.

⁸⁸⁶ Agrega RODRÍGUEZ YAGÜE. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, p. 8, que “A través de cada acto discriminatorio se produce una negación de su dignidad puesto que el trato diferenciado es realizado por razón de la presencia en él unos rasgos que indican su pertenencia a un colectivo situado previamente en posición de inferioridad, lo que afecta a la esencia misma de la persona, que es considerada como un ser inferior o marginado. Cada comportamiento discriminatorio, en esencia, supone un acto de exclusión social de una persona puesto que ve impedido, obstaculizado o condicionado su derecho al acceso y a la participación en las diferentes esferas de la vida social”.

⁸⁸⁷ GARCÍA VITORIA. “Discriminación penal y Estado de derecho”, pp. 412 y ss.

a lo desigual” (C. N./art. 13; C. N. CR/art. 33, Ref. L. 4123 de 1968), derecho que prescribe *la garantía a no ser discriminado*⁸⁸⁸ *por las diferencias*⁸⁸⁹ mediante actos positivos o pasivos, individuales o colectivos de exclusión por racismo, otra clase de motivos excluyentes u hostigamientos. Existe un interés general o colectivo de que las personas no sean discriminadas en sentido general y un interés de cada persona a no ser discriminada y que sea respetada su identidad (v. *infra*. II, 3). Por consiguiente, se estudian tipos penales claramente *pluriofensivos*⁸⁹⁰.

En sentido amplio, el *racismo*⁸⁹¹ se entiende como una “*Doctrina antropológica o política basada en la exacerbación de un determinado grupo, lo que en ocasiones ha motivado la persecución de otros grupos étnicos*”

⁸⁸⁸ Así: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 347; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, pp. 940-941; LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, pp. 18 y ss.; POSADA MAYA/HERNÁNDEZ BELTRÁN. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, pp. 536 y 537.

Sobre el concepto de igualdad v. BAYEFSKY. “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, pp. 11 y ss.; RODRÍGUEZ GARAVITO. “Derecho a la igualdad”, pp. 198 y 199. La CCONST., Sent. C-862 de 2008, señala que “Como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no solo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida”.

⁸⁸⁹ V. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 84, enseña que: “[...] la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de las personas y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales”.

⁸⁹⁰ En contra: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 351; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 407; quienes consideran que se trata de un delito monofensivo.

⁸⁹¹ V. ZAFFARONI. “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”, pp. 88 y ss.

considerados como inferiores” (**)⁸⁹². Por su parte, la *discriminación* es la acción o el conjunto de procesos que pretenden disminuir o poner en inferioridad a una persona o a una colectividad frente a sus semejantes⁸⁹³, por razones injustificadas (objetivas y subjetivas) de exclusión o separación, con una clara negación del principio de igualdad de derechos ante la ley. Hay que tener presente que la discriminación —en sentido sociológico— no solo se explica por los actos individuales de sujetos aislados (usualmente con un déficit educativo o cultural, o con carencias democráticas en su ideología), sino por la existencia de verdaderos procesos sociales generados por usos y prácticas personales e institucionales (visión colectivista), que obedecen a patrones sociales e históricos estructurales basados en prejuicios y estereotipos auto-reivindicables y fácilmente reproducibles⁸⁹⁴.

Sobre el tema, la CCONST., sentencia T-098 de 1994, afirma lo siguiente:

“La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y

⁸⁹² En general, el texto toma como base las definiciones del DRAEL: www.rae.es. En adelante (*) definición textual o (**) contextual.

⁸⁹³ DRAEL: -1. tr. Seleccionar excluyendo (*)-; v. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 322 y ss.; LAURENZO COPELLO. “La violencia de género en la política criminal española: entre reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres, p. 616; PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 33.

⁸⁹⁴ LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, pp. 18 y 20; Y *id.*, “La violencia de género en la política criminal española: entre reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres, p. 616: “El derecho antidiscriminatorio se basa en la idea de que el mandato de no discriminación es mucho más que una simple concreción del principio de igualdad formal. Se trata, por el contrario, de una corrección de aquel principio basada en la constatación de que el juego de las relaciones de poder sitúa a ciertos colectivos en una posición social subordinada respecto de otros, o mejor, respecto de quienes ostentan el poder. Esa posición de partida conduce, a su vez, a la opresión de los miembros de los colectivos subordinados, lo que se traduce en especiales dificultades para el acceso y disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a una vida libre de violencia. De esta manera el concepto de discriminación rompe su tradicional unión con la desigualdad de trato para concretarse más bien en una “desigualdad de estatus”, desligándose así también de la lógica comparativa individual para afianzarse en la propia estructura social”.

libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio solo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable. / La discriminación es un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica. (...)” agrega que “El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende -consciente o inconscientemente- anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. / Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona”⁸⁹⁵.

Finalmente, los actos de *hostigamiento* son actuaciones que buscan instigar con insistencia a una persona o a un grupo para que hostilicen a otra persona o a una colectividad —2. tr. Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente (*)—. Se trata de actuaciones injustas que afectan los derechos fundamentales, por lo cual no quedan cubiertas las *acciones afirmativas* (las mal denominadas “discriminaciones positivas”), esto es, las medidas jurídicas o políticas extraordinarias que dan un trato preferencial a los *grupos de población*

⁸⁹⁵ Agrega la CCONST., Sent. T-1042 de 2001, que: “Se tiene entonces que para que exista un acto de discriminación se requiere además del trato desigual el que dicho trato sea injustificado, esto es, carente de razonabilidad y causante de un perjuicio, sea porque genere un daño, cree una carga, excluya a alguien del acceso a un bien o servicio de uso común o público, retenga o quite un beneficio”; Sent. T-909 de 2011.

en situación de debilidad manifiesta, por distintas razones, para eliminar o disminuir su discriminación histórica y lograr su integración social plena⁸⁹⁶.

C. Dicho lo anterior, el presente escrito se dividirá de la siguiente manera. En primer lugar, se hacen algunas consideraciones generales. En segundo lugar, se estudia el delito de “*Actos de racismo o discriminación*” y se precisan sus elementos dogmáticos en comparación con el delito de “*Discriminación racial*”, previsto en el C. P. CR. En tercer lugar, se analiza el delito de “*Hostigamiento por motivos de discriminación*”. En cuarto lugar, se estudian las circunstancias agravantes y atenuantes especiales que modifican estos delitos. Y, finalmente, en quinto lugar, se hacen algunas consideraciones a título de conclusión y se presenta la bibliografía consultada.

II. EL DELITO DE ACTOS DE RACISMO O DISCRIMINACIÓN

El C. P. de Colombia consagra en art. 134A el delito de *Actos de racismo o discriminación*, Ad. L. 1482 de 2011/art. 3°, así:

“El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

A su turno, el C. P. CR. prevé la figura de *Discriminación racial*, adc. L. 7732/1995, num. 185, a), del siguiente modo:

⁸⁹⁶ V. Sent C- 371 de 2000; Sent. C-964 de 2003 (en particular respecto al sexo o género) Sent. C-667 de 2006; Sent. C-605 de 2011. En la doctrina: BAYEFSKY. “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, pp. 23 y ss.; BARRÈRE UNZUETA. “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, p. 18; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 328 y ss.

“Será sancionado con veinte a sesenta días de multa, la persona, al gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplique cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión pública, origen social o situación económica. Al reincidente, el juez podrá además imponer, como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor del quince ni mayor de sesenta días”.

Son elementos típicos de estas figuras típicas, los siguientes:

1) *Sujeto Activo*: Monosubjetivo y común: En el C. P. el sujeto activo es “*el que*” realice la conducta de actos de racismo o discriminación por sí mismo. Cualquier persona natural puede realizar el delito. Se discute si el tipo admite la autoría mediata, cuando el instrumento no actúe con iguales motivos discriminatorios.

A su turno, en el C. P. CR el sujeto activo es común: “*la persona*”, aunque, para efectos de poder imponer la pena de inhabilitación especial de privación del cargo por reincidencia —como pena accesoria privativa de otros derechos⁸⁹⁷—, y para evitar discusiones estériles, se alude a ciertas cualificaciones en el tipo como, por ejemplo: “*gerente o director de una institución oficial o privada*”, esto es, la persona que lleva la gestión administrativa o que dirige una fundación u organismo que desempeña funciones de interés público que, o bien es sufragado con fondos públicos y depende del Estado o es de propiedad de particulares (**); y el “*administrador de un establecimiento industrial o comercial*”, es decir, quien administra un lugar en donde habitualmente se ejercen operaciones materiales para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos

⁸⁹⁷ V. POSADA MAYA. “Las penas accesorias discrecionales en el Código Penal Colombiano”, pp. 749-780.

naturales (industria) o se negocian, compran, venden o permutan géneros o mercancías (**).

Los tipos admiten la coautoría y otras formas de autoría (sucesiva y adherente), y las diversas formas de participación criminal: i) determinación y ii) complicidad (CP/arts. 29 y 30; C. P. CR/arts. 45, 46 y 47).

2) *Sujeto Pasivo*: Monosubjetivo y común, aunque en algunos casos puede ser calificado por las circunstancias: Creemos que cualquier persona viva “natural” puede ser víctima de actos de *racismo* o *discriminación*. Sin embargo, cuando los motivos están relacionados, por ejemplo, con la pertenencia a determinada *etnia, religión o nacionalidad*, será necesario acreditar que la persona agredida hace parte de dichos grupos o colectivos de especial protección constitucional, histórica o culturalmente sometidos⁸⁹⁸. El sujeto tiene que ser, en tal sentido, susceptible de discriminación o exclusión objetiva.

La doctrina discute si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de este delito. Creemos que ello es posible, pero limitada esta interpretación a los motivos aplicables, como la nacionalidad.

En términos dogmáticos, no solo se trata del sujeto titular del derecho constitucional fundamental y bien jurídico de la igualdad, que en sentido negativo se entiende como *el derecho a no ser discriminado*, sino también del titular de los derechos subjetivos lesionados por las acciones racistas o discriminatorias.

3) *Objeto Jurídico*: Se ha dicho que el bien jurídico concreto se compone por la *dignidad de la persona humana*, en particular por la vida digna, y por el

⁸⁹⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 330; POSADA MAYA/HERNÁNDEZ BELTRÁN. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, p. 537.

derecho a no ser discriminado (la negación de la igualdad⁸⁹⁹). En este orden de ideas, el tipo penal protege la vulneración directa a la facultad personalísima del sujeto pasivo a ejercer de manera lícita, libre y digna, en condiciones de igualdad frente a sus semejantes, los derechos constitucionales y legales reconocidos por el legislador de manera general para todos los ciudadanos, sin la intervención abusiva, violenta o no consentida por parte de terceros que obstruyan, impidan o limiten jurídicamente su ejercicio individual o colectivo. Precisamente en el C. P. CR, el delito se enmarca claramente en el bien jurídico “derechos humanos”⁹⁰⁰ (*supra* I, B). Sobre el particular, POLAINO ORTS advierte que se protege “la inmunización de una persona o grupo social frente a un tratamiento discriminatorio o injusto por parte de los demás. Con ello, se facilita que el desenvolvimiento de las relaciones personales se vea exento *in concreto* de un tratamiento injusto o discriminatorio, con lo que se protege efectivamente al sujeto como persona de Derecho, titular de derechos y obligaciones”⁹⁰¹.

Se trata por consiguiente, de unas fenomenologías criminales *pluriofensivas* y de *lesión*, porque las normas vigentes en Colombia y en Costa Rica exigen que el ejercicio del derecho concreto (normativamente especificado) sea realmente impedido, limitado o restringido en sentido jurídico, incluso perjudicado por parte del sujeto activo. De hecho, hay que recordar que una de las atenuantes previstas en el C. P./art. 134D, num. 2 adc. L. 1482 de 2011/art.

⁸⁹⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 328 y ss.

⁹⁰⁰ Se entienden los derechos humanos como como aquel conjunto inherente de libertades y derechos innatos e inalienables de todos los miembros de la humanidad, por el solo hecho de existir, que no solo limitan el ejercicio democrático del poder del Estado (como barreras infranqueables que protegen la dignidad humana), sino que además le garantizan a todos la posibilidad de un desarrollo individual efectivo como seres humanos y lograr sus objetivos sociales, políticos y económicos. En POSADA MAYA, Ricardo. “Conceptos fundamentales sobre derecho internacional humanitario”, p. 166.

⁹⁰¹ POLAINO ORTS. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, pp. 490-491.

6°, señala que la conducta se atenúa cuando se reduzcan los efectos ocasionados al bien jurídico con el acto (racista o) discriminatorio, esto es, cuando el sujeto “*dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba*”; lo que indica que no es un tipo de pura amenaza o peligro presunto o abstracto, pues la lesión real se concreta con el hecho de materializar la obstrucción al ejercicio de los derechos de la víctima⁹⁰².

4) *Objeto sobre el cual recae la acción*: Inmaterial: el ejercicio de los derechos constitucionales y legales concretos del sujeto pasivo y el mismo sujeto discriminado. Se entiende por *derechos* aquellas facultades que tiene una persona sobre una persona o una cosa, para hacer o exigir una prestación cierta prevista por la ley o por alguna convención a su favor. Lo problemático del tipo penal es qué, cuando hace una referencia general a los derechos, éste se convierte en un cajón de sastre de los derechos susceptibles de protección. No se trata, sin embargo, de un tipo penal en blanco.

Los derechos que ve impedidos, obstruidos o limitados la víctima pueden ser de naturaleza legal o constitucional y deben ser: i) *ciertos*, lo que excluye el ejercicio de simples expectativas; ii) *preexistentes* a las actuaciones racistas o discriminatorias; iii) los derechos protegidos tienen que ser *lícitos*⁹⁰³; y iv) deben

⁹⁰² RODRÍGUEZ YAGÜE. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, p. 9, señala: “[...] en estos delitos se incorpora no ya una noción social sino además jurídica del fenómeno de la discriminación. En efecto, se castigan determinadas conductas de discriminación en tanto suponen una negación del reconocimiento y respeto al ejercicio y goce de una serie de derechos propios de la participación social del ciudadano”. También: PABÓN PARRA. Manual, 9ª ed., pp. 33 y 102; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 408, quien señala que la conducta tiene que “traducirse en el efectivo impedimento en el ejercicio de los derechos”. En contra: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 350-351, afirma que: “[...] solo es necesario que se amenace, de manera real, concreta, el derecho a la no discriminación, en el sentido de limitación al ejercicio pleno de los derechos, tanto legales como constitucionales, y no que efectivamente se menoscabe aquel derecho, en el sentido de una limitación real al ejercicio pleno de los derechos constitucionales o legales (...) es un tipo penal de amenaza o peligro”.

⁹⁰³ Sobre estas exigencias, v. *ibidem*, p. 354.

ser *exigibles*, es decir, el sujeto pasivo debe poder ejercerlos y exigirlos jurídicamente.

5) *Verbo rector mixto de conducta alternativa*: En el C. P./134A el tipo penal es de mera conducta y prevé tres verbos rectores diferentes, cualquiera de los cuales permite la consumación típica, esto es, el castigo de los efectos jurídicos que produce el actuar motivado por razones (racistas o discriminatorias, cuando en términos de igualdad se “*impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas*”. No basta, como se expresó antes (*supra* 3), la realización de cualquier actuación basada en motivos discriminatorios⁹⁰⁴, aunque *tampoco se exige la producción de un resultado material*⁹⁰⁵.

A) *Impedir*. —1. tr. Estorbar, imposibilitar la ejecución de algo (*)— Por medio de este comportamiento, el sujeto activo hace imposible que el sujeto pasivo, titular de algún derecho constitucional o legal preexistente⁹⁰⁶, lo ejerza plenamente según lo prevé el ordenamiento jurídico correspondiente.

B) *Obstruir*. —3. tr. Impedir la operación de un agente, sea en lo físico, sea en lo inmaterial (*)— Por medio de esta modalidad delictiva, el sujeto activo pone toda clase de trabas u obstáculos que le dificultan al sujeto pasivo el ejercicio de un derecho concreto.

⁹⁰⁴ Sobre el tema: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 352 y ss.

⁹⁰⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 408.

⁹⁰⁶ V. CCONST., Sent. T-667 de 2001: no hay discriminación cuando no exista un derecho adquirido.

C) *Restringir*. —1. tr. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites (*)—. Esta modalidad delictiva implica que el autor solo le permite a la víctima una postulación o un ejercicio parcial de sus derechos, que resultan cualitativa o cuantitativamente limitados por el sujeto activo, de manera arbitraria, quien no puede obtener los efectos jurídicos deseados. Es todo caso, es necesario que se trate de derechos que solo admiten un ejercicio parcial, de lo contrario, el verbo rector aplicable será “*impedir*”.

El legislador colombiano también exige que estas actividades sean realizadas ‘*arbitrariamente*’. Sobre el particular existen tres posturas en la doctrina: Un primer grupo de autores considera que el término *arbitrariamente* se contrae a las actuaciones que no encuentran respaldo legal —en sentido amplio—, esto es, que no se encuentren plenamente justificadas por el orden jurídico existente⁹⁰⁷. Un segundo grupo de autores entiende que se trata de un elemento normativo del tipo que, interpretado, significa que el sujeto ha actuado de manera caprichosa o irrazonable⁹⁰⁸. Y un tercer grupo de autores, dentro de los cuales se cuenta el autor de este escrito, acogen una teoría mixta que afirma que lo arbitrario no solo es lo caprichoso, porque no tiene una justificación objetiva razonable o porque el fin y el medio resultan desproporcionados, sino también lo que contradice la ley y la justicia. El asunto no es baladí, ya que las posturas que asocian lo arbitrario con lo ilegal, tendrán que resolver complejos problemas de concurso aparente de tipos, cuando la discriminación sea realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, como se dirá más adelante. De igual modo, tendrían que permitir la impunidad de aquellos actos discriminatorios que fracturan el derecho, no por ser actos puramente ilegales en

⁹⁰⁷ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 351-352; PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., pp. 102 y 103, quien señala que dicho elemento “es reiteración innecesaria del momento antijurídico del punible, en cuanto la acción se debe realizar sin derecho o justificación jurídicamente atendible”

⁹⁰⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 408.

sentido estricto, sino por ser actos que “abusan del derecho” en perjuicio de otros.

Por su parte, el C. P. CR/art. 373, prevé el verbo rector de mera conducta aplicar: “*aplique cualquier medida discriminatoria perjudicial*”. En este sentido, el sujeto activo debe poner en práctica o emplear, con el fin de lograr determinados efectos, disposiciones que excluyan al sujeto pasivo del tratamiento ordinario de sus derechos, con la potencialidad de causarle daños materiales o morales (perjuicios). Tampoco se requiere la producción de un resultado material.

Además, hay que advertir que ambos tipos penales son de medios abiertos (físicos o morales), y, según algunos doctrinantes, pueden ser realizados por acción u omisión impropia, a pesar de que el tipo no exige un resultado que evitar, cuando el sujeto tenga el deber de garante y se cumplan los requisitos previstos en el C. P./art. 25⁹⁰⁹. En cuanto a la norma Costarricense, no parece posible aplicar medidas por omisión, sin embargo, según la doctrina la conducta omisiva se podría presentar cuando el sujeto garante no evite la aplicación de medidas perjudiciales para garantizar la igualdad de las personas en el ejercicio de sus derechos (C. P. CR/art. 18).

En síntesis: i) las acciones realizadas por el sujeto activo deben lesionar de manera efectiva o causar perjuicios jurídicos a las víctimas respecto de las cuales se realizan actos raciales o discriminatorios. Actos que deben ser idóneos *ex ante* para la restricción de los derechos del sujeto pasivo.

6) *Nexo de imputación objetiva*: es necesario constatar que la acción del sujeto activo conlleva una actuación riesgosa, jurídicamente desaprobada, que de manera arbitraria se concreta en el hecho de impedir, obstruir o limitar de

⁹⁰⁹ Así: *ibidem*, “La discriminación en el ámbito penal”, pp. 407 y 408.

manera caprichosa e ilegal el ejercicio individual o colectivo de los derechos constitucionales y legales de las víctimas, en las condiciones ya expuestas.

7) *Aspecto subjetivo: A. Dolo.* De un lado, el tipo demanda que el sujeto activo conozca y quiera la realización de una conducta dirigida a impedir, obstaculizar o limitar el ejercicio de los derechos de las personas, o del otro (en el C. P. CR) que el autor conozca que se han aplicado medidas discriminatorias perjudiciales. El tipo solo puede ser realizado con dolo directo, al requerir un motivo especial, y no parece admitir el dolo eventual⁹¹⁰. El dolo se prueba a través de los medios de prueba previstos en la legislación procesal vigente (C. P. P., L. 906 de 1994/arts. 372 y ss.)

8)

B. **Motivos.** Los actos de racismo o discriminación solo serán punibles cuando el sujeto activo haya impedido, obstruido, restringido o aplicado medidas discriminatorias perjudiciales (C. P. CR/art. 373), de *manera determinante, por motivos racistas o discriminatorios* plenamente valorados, conscientes y significativos⁹¹¹. Por ello, es fundamental que no se adviertan otras causas o justificaciones lícitas y razonables que expliquen los efectos jurídicos que producen los actos o las medidas de restricción contra los derechos. Debe ser evidente, además, el desprecio o la hostilidad del sujeto pasivo en la realización de la conducta punible.

En el C. P. los motivos abyectos se basan en razones de: *“raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual”* de la víctima de la violencia moral. A su turno, en el C. P. CR los motivos serían por *“consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión pública, origen social o situación económica”*.

⁹¹⁰ De otra opinión: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 409.

⁹¹¹ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 354.

Como es evidente, la norma colombiana es mucho más restringida en cuanto a los móviles que causan las restricciones materiales o jurídicas de los derechos; sin embargo, también lo es que ambas tipicidades dejan por fuera motivos significativos que permiten la impunidad de actos de restricción motivados por la *discapacidad o por razones culturales*⁹¹². Bien valdría la pena complementar este aspecto en una futura reforma, sin incluir cláusulas generales en la materia. Algunos de estos elementos son los siguientes:

a) *Raza*: Se entiende que solo existe una raza genética o antropológica: la humana. Sin embargo, mayoritariamente las personas discriminan a otras con base en la pertenencia fenotípica a uno cualquiera de los “*grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia*”, por origen o linaje (**). Con base en las apariencias, sujetos con algunas características consideran que otros individuos con características étnicas o poblacionales diferentes se encuentran en una “*subespecie ontológica inferior*”⁹¹³. Como es evidente, el legislador nacional solo

⁹¹² La CCONST., Sent. C-434 de 2010, advierte que “El mandato de no discriminación implica la prohibición de llevar a cabo diferenciaciones, exclusiones o restricciones injustificadas basadas directa o indirectamente en criterios irrazonables tales como la raza, el género, el origen étnico, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la propiedad u otra condición social, y que tienen la intención o el efecto de nulificar o vulnerar el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en un plano de igualdad, de derechos fundamentales de un grupo de personas, en este caso, del derecho a la cultura”; Sent. C-401 de 2003, por la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 762 de 2002, que incorpora la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” y la Sent. C-605 de 2012, que considera discriminación la denegación de ajustes razonables para personas con discapacidad (sordas y sordociegas) en el sistema educativo.

⁹¹³ V. CCONST., Sent. T-131 de 2006, vulneración del principio de no discriminación racial por no permitir la entrada de un afro descendiente a una discoteca; Auto 005 de 2009, sobre protección de población afro descendiente víctima del desplazamiento forzado; Sent. T-375 de 2006: Discriminación de afrocolombiana a quien no se le asignó un cupo en la facultad de medicina de una Universidad; Sent. T-1090 de 2005.

habla de motivos raciales, lo que excluye la discriminación por motivos culturales⁹¹⁴.

b) *Nacionalidad*: Este concepto admite dos perspectivas, una jurídica y otra social: jurídicamente, la nacionalidad es la condición jurídico-política que existe entre una persona y el Estado, cuando se asienta en un territorio determinado, lo que genera derechos y deberes recíprocos entre ellos. Socialmente, la nacionalidad es la relación de pertenencia o identidad de los pueblos (grupos nacionales) o de las personas nacidas o naturalizadas en el territorio de una nación (**)⁹¹⁵.

c) *Sexo*: —1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas (*)—. Se trata de una discriminación determinante y clara en razón de la división entre la condición masculina o femenina que es producto, en términos ontológicos, de los procesos que sufren los rasgos genéticos del ser humano en formación. En las ciencias sociales, tal división se denomina *género*⁹¹⁶, y subraya ante todo los atributos socioculturales que marcan las diferencias asignadas a las mujeres y a los hombres en la sociedad, desde el punto de vista de la igualdad material o real⁹¹⁷.

⁹¹⁴ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 359; BUENO ARUS. “La discriminación racial y el Código Penal Español”, p. 198. Desde luego, no es posible incluir los motivos de discriminación cultural en los raciales, pues se vulnerarían el principio de legalidad y la prohibición de la analogía (C. N./art. 29 y C. P./art. 6°; C. P. CR, art. 2°).

⁹¹⁵ Sobre el derecho a la igualdad para los extranjeros, vid. CCONST. Sent. C-1058 de 2003. En la doctrina: POSADA MAYA. “Migración, globalización y derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia”, pp. 129-142.

⁹¹⁶ JARAMILLO RESTREPO. “La crítica feminista del derecho”, pp. 29-32.

⁹¹⁷ V. CCONST., Sent. T-098 de 1994; Sent. C-322 de 2006, Pár. 5.1. y ss., por la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 984 de 2005, “por medio de la cual se aprueba el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”; Sents. C- 371 de 2000; T-590 de 1996, T-069 de 2010 y T-1030 de 2007, en materia de discriminación a la mujer por estado de embarazo; Sent. T-247 de 2010: vulneración de derecho a la igualdad y al trabajo de peticionaria por su género, sin que exista justificación racional para no ser contratada como vigilante;

d) *Orientación sexual*: La orientación sexual es la preferencia del ser humano para sentirse atraído erótica o sentimentalmente por un individuo de determinado género (sexo masculino o femenino) o ambos, con lo cual, la orientación se divide en homosexual, heterosexual o bisexual. La base de la discriminación es la preferencia y no la condición sexual propiamente dicha⁹¹⁸. Esta categoría no cubre la *identidad de género*, que sería la afinidad o sentimiento de pertenencia o rechazo psicológico de una persona por un género sexual biológico determinado, sin que ello comporte una específica preferencia u orientación sexual⁹¹⁹. Por el momento, la discriminación basada en la identidad sexual resulta impune, particularmente en los casos de transgenerismo; e incluir esta categoría en la orientación sexual constituiría una clara infracción al principio de legalidad y a la prohibición de la analogía *in malam partem* (C. N./art. 29; C. P./art. 6°; C. P. CR/art. 2°).

e) *Edad*: Se discrimina por la edad, cuando se restringen arbitrariamente derechos en razón del particular período vital en el que se encuentra el ser humano, por ejemplo, por pertenecer a la tercera edad o por ser un adulto mayor.

f) *Religión*: —1. f. Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social, y de prácticas rituales, principalmente la oración y

Sent. T-496 de 2008: discriminación de género en el conflicto armado; T- 500 de 2000 y T-610 de 202: discriminación de derechos laborales por razones de sexo. Muy crítica en la doctrina: LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, pp. 20 y ss.

⁹¹⁸ El tema, por ejemplo, en la CCONST., Sent. C-075 de 2007, que declara discriminatoria, naturalmente por razón de la orientación sexual, la exclusión del régimen patrimonial de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. En igual sentido, v. Sent. C- 577 de 2011, en cuanto al “matrimonio igualitario” y Sent. T-909 de 2011.

⁹¹⁹ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 362-364; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 336-337 y 338, quien agrega que la identidad de género “[...] podría suponer la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios, quirúrgicos o de otra clase, siempre que la misma sea elegida libremente. Una persona puede tener una identidad masculina o femenina y, al mismo tiempo, poseer características fisiológicas del sexo opuesto”.

el sacrificio para darle culto (*)—. Se trata de una característica usualmente compartida por un grupo de personas, que manifiesta parte de su esencia y en particular su libertad religiosa y de cultos en las etnias o sociedades en las que se reconocen estos derechos. Este motivo también cubre los modelos y formas en las cuales las personas le rinden culto a sus seres superiores, pues es posible que la discriminación se presente entre personas y grupos que veneran a un mismo Dios, pero con diferentes ritos⁹²⁰.

g) *Estado civil*: Es la relación de derecho civil que tiene una persona con sus semejantes y ante el Estado, v. g. una persona puede estar casado, divorciado, soltero, o ser padre de familia, etcétera. Dichos estados son fuentes de derechos y de obligaciones particulares.

h) *Opinión pública*: Consiste en los juicios o conceptos conocidos que una persona hace de manera abierta, sobre algo o alguien de interés para el medio social en el que ésta se desenvuelve.

i) *Origen social*: Según el DRALE, es la —2. m. Patria, país donde alguien ha nacido o tuvo principio la familia o de donde algo proviene— (*). Dentro del origen social debe tenerse en cuenta el origen familiar, con lo cual quedan cubiertos los casos de discriminación por “origen del vínculo familiar” como, por ejemplo, cuando se niegan los mismos derechos de los hijos matrimoniales a los hijos extramatrimoniales⁹²¹.

⁹²⁰ En Colombia, este tipo de discriminación ha sido tratada por la CCONST., Sent. T-193 de 1999, en un caso de discriminación contra un servidor diplomático por profesar un determinado credo.

⁹²¹ En Colombia, a pesar de que el tema no es cubierto por el tipo penal, este tipo de discriminación se ha tratado por la CCONST., Sent. C-016 de 2004; Sent. T-132 de 1998, T-333 de 1998, T-507 de 2008, T-403 de 2011, referidas a discriminaciones por origen regional (entre nacionales) en el acceso a cargos de naturaleza pública o al sector educativo por méritos.

j) *Situación económica*: Es la posición social o económica que tiene una persona frente a sus semejantes, por ejemplo, pobreza extrema, indigencia, etc.⁹²².

9) *Concursos*. Una de las cuestiones más complejas de este tipo de delitos, dado su carácter abierto (como sucede con el art. 373 del C. P. CR), es que subsisten múltiples conflictos de tipicidades. Por ejemplo, entre los actos de obstruir o impedir el ejercicio de derechos constitucionales y el hecho de ser constreñido a tolerar el no poder ejercer tales derechos (constreñimiento ilegal: C. P./arts. 182 y 183; coacciones: C. P. CR/art. 193), concurso aparente que se puede resolver mediante la aplicación del principio de especialidad (C. P. CR/art. 23).

De igual manera se observan conflictos entre los delitos de actos racistas o discriminatorios y los delitos de prevaricato por acción u omisión, cuando un servidor público en el ejercicio de sus funciones y por los motivos indicados, profiere una resolución, sentencia o dictamen manifiestamente contrario a la ley que restringe los derechos constitucionales o legales de las personas (C. P./arts. 413 y 414; C. P. CR/art. 350); o cuando omite, retarde, rehúse dar o prestar algún servicio o cumplir algún derecho, o se deniegue la protección de derechos constitucionales por los motivos indicados. En estos casos, si bien es posible creer que se trata de un concurso efectivo de tipos, con base en el principio de integra protección de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, lo cierto es que los delitos de prevaricato o de abuso de autoridad quedan cubiertos por el tipo agravado cuando sea el servidor público quien arbitrariamente (de manera ilegal), restrinja, obstruya o limite el ejercicio de los derechos constitucionales (denegar) o legales en ejercicio de sus funciones públicas. En este caso, el concurso aparente se resuelve no solo por especialidad, sino también por el principio de consunción por hecho acompañante. Finalmente, hay que tener en cuenta que este delito no se puede aplicar conjuntamente con la agravante genérica prevista en el C. P./art.

⁹²² CCONST., sent. Sent. T-1042 de 2001.

58, num. 3: “*Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima*”, pues ello supondría una violación a la regla de *non bis in idem*.

III. EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS

El C. P. consagra en el art. 134B el delito de *Hostigamiento por motivos racistas o discriminatorios*. Adc. L. 1482 de 2011/art. 4, así: “El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor”⁹²³.

Esta figura típica tiene como finalidad la protección de personas y colectivos contra aquellas conductas que promuevan actuaciones orientadas finalmente a causarles daños físicos o morales. Se trata de una conducta intermedia, equivalente a aquellos comportamientos de instigación pública a delinquir, a ciertas apologías o a la determinación a cometer delitos contra la vida o la integridad personal. Son elementos típicos de esta figura autónoma, los siguientes:

⁹²³ Un tipo asemejado a este es el previsto por el C. P. E./art. 510.1, como provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. V. POLAINO ORTS. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, p. 492 y ss. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, p. 2049 y ss.; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, pp. 941 y ss.

1) *Sujeto Activo*: Monosubjetivo y común: “*el que*”. Cualquier persona natural puede realizar la conducta de hostigamiento por motivos discriminatorios. Se admite la coautoría y otras formas de autoría (sucesiva o adherente), y las diversas formas de participación criminal: i) determinación y ii) complicidad (CP/arts. 29 y 30). Como lo advierte de manera acertada VELÁSQUEZ⁹²⁴, este sujeto activo no se puede confundir con el sujeto instigado que realiza eventualmente las hostilidades que materializan otros delitos. En todo caso, se discute la posibilidad de realizar este delito en autoría mediata, particularmente cuando el instrumento no actúe basado en motivos discriminatorios.

2) *Sujeto Pasivo*: Monosubjetivo o plurisubjetivo y común: El tipo penal de hostigamiento tiene diversos niveles de sujetos protegidos, que van desde el nivel individual (cuando se protege a una persona) hasta el nivel colectivo cuando se salvaguarda de estas prácticas a un “grupo de personas”, a la “comunidad”, o a un “pueblo”; esto es, a sujetos colectivos que, sin embargo, no pueden ser personas jurídicas⁹²⁵. Naturalmente, se trata de sujetos diferentes: el grupo de personas se refiere a dos o más personas naturales. La comunidad se entiende como un conjunto de personas que tienen una identidad en común ensamblada por idioma, costumbres y valores similares, que son compartidos por los miembros, lo que permite distinguirlas de otras comunidades y les otorga cierta unidad y estabilidad social. Finalmente, el concepto de pueblo, quizá más amplio que los anteriores, es el conjunto de personas, grupos o comunidades que conforman una sociedad o una nación. Se caracteriza porque estos pertenecen a un país determinado, sin que tengan que ser comunidades o grupos de personas homogéneas. Precisamente, las constituciones modernas encuentran un valor en el pluralismo social y cultural (C. N./art. 7°).

⁹²⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 411.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 413. Por su parte, PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 104, niega el carácter colectivo del sujeto pasivo, en cuanto señala que este es “cada persona perteneciente al grupo afectado pues expresiones como ‘comunidad’ o ‘pueblo’ no poseen subjetividad jurídica”.

Como ya se ha dicho, en ciertas circunstancias es necesario probar que las víctimas individuales o colectivas pertenecen a determinada *etnia*, profesan cierta *religión* o tienen alguna *nacionalidad*.

3) *Objeto Jurídico*: El tipo penal estudiado es, a diferencia de los actos de racismo y discriminación, de peligro en abstracto por idoneidad para generar hostilidades y de consumación anticipada⁹²⁶ o participación intentada en la lesión de otros bienes jurídicos como la vida y la integridad personal. A dicha protección se le suma el interés general de reprimir, con mayor severidad, la incitación a la violencia racial o discriminatoria en contra de personas o colectivos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando este tipo de peligros tengan origen en particulares móviles asociados a las características de los sujetos pasivos.

4)

Lo que en definitiva se castiga es un acto comunicacional que, si bien está por fuera de la legitimidad material de la libertad de expresión constitucionalmente amparada⁹²⁷, produce efectos que distorsionan la comprensión ciudadana del trato debido a grupos que son objeto de especial protección constitucional; tratos que además pueden acarrear perturbaciones a la seguridad pública. En cualquier caso, ello no deja de ser un uso autoritario del derecho penal y de la teoría de los bienes jurídicos en la posmodernidad, pues el castigo no tiene que ver tanto con la conducta del autor, sino con los posibles efectos sociales que esta pueda tener frente a terceros (riesgo comunicativo),

⁹²⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 414.

⁹²⁷ CCONST., Sent T-391/2007, M. CEPEDA, indica que la libertad de expresión no cubre: “(b) la apología al odio nacional, racial, religioso que incite a la discriminación, la hostilidad y la violencia”. En la doctrina: RODRÍGUEZ YAGÜE. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, pp. 11 y 13: “[...] es indiscutido que la finalidad de este delito radica en evitar la creación de un caldo de cultivo propicio para la adopción de medidas de violencia o de discriminación contra una serie de colectivos concretos”.

sin que exista una demostración empírica previa de la lesividad del comportamiento prohibido.

En consecuencia, no es fácil fundamentar este delito de manera convincente, pues más allá de la paranoia que rodea este tipo de construcciones simbólicas, estos comportamientos bien pueden ser castigados por figuras tradicionales como la determinación a los delitos contra la vida⁹²⁸ o la integridad personal, la instigación pública a delinquir (C. P./art. 348), e incluso el delito de apología al genocidio (C. P./art. 102).

5) *Sujeto sobre el cual recae la acción*: Personal: la persona o personas a quienes se le “promueve” e instiga la realización de actos, conductas o comportamientos lesivos por motivos discriminatorios, esto es, para ejecutar actos que pongan en peligro la integridad o la existencia de las personas, grupos de personas, comunidades o pueblos. No tienen que ser personas determinadas o plenamente conocidas por el sujeto activo del tipo.

6) *Verbo rector mixto de conducta alternativa: promueva o instigue* actos, conductas o comportamientos. *Promover* es, en el lenguaje usual, “—1. tr. Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro; 3. tr. Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo—” (*)⁹²⁹; e *instigar* es “—1. tr. Incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo—” (*), es decir, crear directa e inequívocamente la idea criminal en otro sujeto, grupo o colectivo de realizar actos lesivos futuros por motivos discriminatorios. Es común que la doctrina

⁹²⁸ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 366, quien señala que se “reprimen conductas de instigación a actos preparatorios”.

⁹²⁹ Aunque *ibídem*, p. 367, cambia el verbo rector por *fomentar* —1. tr. Excitar, promover, impulsar o proteger algo—, que según el DRALE no significa exactamente lo mismo que *promover*.

nacional confunda el hecho de *hostigar* con el de *hostilizar*. El hecho de fomentar e instigar actos lesivos indeterminados (sin especificar una clase o género de delitos en particular) contra personas o colectivos, significa que se les está *hostigando*. Pero llevar a cabo tales actos lesivos (que en realidad ejecutan materialmente los instigados) contra las personas o colectivos sería *hostilizarlos*, hechos que pueden llegar a constituir delitos de lesiones personales, homicidio o injurias, etc.

En cuanto al objeto del hostigamiento es necesario entender que los actos, conductas o comportamientos lesivos son voces sinónimas, y significan conductas humanas finales voluntarias y controlables que puede producir modificaciones en el mundo exterior o efectos sociales. Sin embargo, el legislador nada dice sobre la magnitud, alcance o gravedad de este tipo de actuaciones, cuestión que habrá de limitarse acudiendo al principio de lesividad (C. P./art. 11).

El tipo es de medios abiertos (físicos o morales), y no puede ser realizado por omisión impropia (C. P./art. 25), pues el comportamiento es claramente comisivo⁹³⁰. Sin embargo, no pueden ser objeto de criminalización, por ausencia de afectación al bien jurídico, aquellos discursos simplemente históricos o académicos que busquen el esclarecimiento de situaciones fácticas y no el desconocimiento de la igualdad.

El delito de hostigamiento no requiere un *resultado material*, tampoco demanda la efectiva lesión material de la igualdad, la vida o la integridad (la hostilidad) del sujeto pasivo, como lo ha pretendido algún sector de la doctrina nacional, al exigir que “*los verbos rectores deben culminar en actos o conductas*

⁹³⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 415. Este tipo no le exige al sujeto con posición de garante evitar un resultado.

de *hostigamiento*⁹³¹, esto es, en acciones que se traduzcan en actos de persecución del sujeto pasivo del tipo (hostilidades).

No hay que olvidar que el tipo es discutible, precisamente, porque pretende el castigo de actos preparatorios selectivos que, si bien requieren ser idóneos *ex ante* para convencer a otros sujetos a realizar actos de hostiles contra posibles víctimas, no exigen ningún resultado material. Las instigaciones o actos de promoción pueden ser públicos o privados, y en caso de ser públicos, no tienen por qué dirigirse a personas determinadas o plenamente conocidas por el autor, pues basta instigar a una turba para que realice actos que atenten contra la integridad de “personas”, “grupos”, “comunidades” o “pueblos”; esto es, generar asimetrías de interacción grupales que pongan en peligro la existencia o la integridad de otros.

7) *Nexo de imputación objetiva*. Es necesario acreditar la imputación del resultado de peligro creado por el sujeto que realiza la acción riesgosa de inducir o fomentar actos que tiendan a afectar la igualdad, la vida o la integridad de los sujetos pasivos.

8) *Aspecto subjetivo*: Dolo. Se requiere que el sujeto activo conozca y quiera hostigar, esto es, realizar una conducta dirigida a promover o instigar comportamientos orientados (finalmente) a hostilizar a personas o colectividades.

Precisamente el dolo se refuerza especialmente por un elemento especial subjetivo distinto del dolo: la **finalidad** de que el sujeto único o plural instigado realice con posterioridad comportamientos “*orientados a causarle daño físico o moral*” al sujeto pasivo en su cuerpo o salud o contra su honra o fama pública —

⁹³¹ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 368, a mi juicio, confundiendo hostigamiento con la hostilidad criminal, que sería el efecto del hostigamiento.

injurias discriminatorias— (que no tienen que cumplirse para el perfeccionamiento del delito de hostigamiento que se examina, porque constituyen su agotamiento). Es evidente que tal finalidad reclama un dolo directo e impide que este sea eventual (C. P./art. 22, inc. 2)⁹³². El dolo se prueba a través de los medios de prueba previstos en la legislación procesal vigente (CPP, L. 906 de 1994/arts. 372 y ss.)

Además del dolo y de la finalidad, el tipo penal exige que el sujeto activo promueva o instigue comportamientos lesivos por *motivos de “raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual”*. En relación con estos motivos, véase lo dicho antes respecto del art. 134A. Sin embargo, añádase el motivo de *ideología política o filosófica*. Por tal se entienden las ideas, principios o doctrinas fundamentales que caracterizan el pensamiento racional del sujeto pasivo (individual o colectivo), respecto de los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como del sentido del obrar humano; o frente al gobierno de los Estados, los asuntos públicos o de cómo debiera funcionar u organizarse la sociedad para funcionar adecuadamente (**). Algún sector de la doctrina sostiene que la ideología filosófica no cobija las simples opiniones del sujeto pasivo ni tampoco su forma y estilo de vida⁹³³. En todo caso, no parece razonable la diferencia de motivos que se observa entre los delitos previstos en el art. 134A y 134B del C. P.

9. *Concursos y punibilidad*. Desde el punto de vista de la punibilidad, el tipo penal de hostigamiento previsto en el art. 134B es un tipo formalmente subsidiario⁹³⁴, que cuenta con una cláusula de aplicación condicionada a la existencia de un tipo sancionado con mayor punibilidad. En términos generales,

⁹³² En este sentido: *ibidem*, p. 371. Lo eventual podría ser la hostilidad, pero no la instigación o la promoción. Es claro que las hostilidades posteriores no hacen parte del tipo analizado.

⁹³³ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 378.

⁹³⁴ V. POSADA MAYA. *Delito continuado y concurso de delitos*, pp. 221-233.

se aplicará de preferencia a los delitos con una cláusula de subsidiariedad más general o castigados con una pena inferior.

Si se tiene la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, político o religioso se aplicará por especialidad, en principio, el delito de apología al genocidio (C. P./art. 102). Si las afectaciones a este tipo de grupos se llegan a concretar, se estará en presencia de un delito de determinación al genocidio (C. P./art. 101 en cc. art. 29). Lo que distingue la apología al genocidio de este delito, es que en este tipo el autor no desea destruir total o parcialmente el grupo, sino que, en términos generales, quiere que se realicen actos o comportamientos orientados a causar daño físico o moral a determinadas personas por razones racistas o discriminatorias, individuales o colectivas. Además, ni en el delito de genocidio ni en su apología es un requisito indispensable que el hecho se cometa por motivos discriminatorios (salvo para el antisemitismo), por el contrario, estos son fundamentales para la tipicidad del delito previsto en el art. 134B.

Asimismo, esta figura no se podrá aplicar al autor cuando el instigado efectivamente realice actos de homicidio agravado por motivos abyectos (C. P./art. 103 y 104, num. 4), lesiones personales agravadas por motivos abyectos (C. P./art. 111 y 104, num. 4) o injurias (C. P./art. 220 y ss.), pues es precisamente por el hostigamiento que las hostilidades se concretan en delitos contra las personas o grupos protegidos. Dicho lo cual, el *hostigador* responderá por estos delitos en calidad de determinador (C. P./art. 29), punibilidad que refuerza la cláusula de subsidiariedad formal vista. De no existir esta cláusula, la categoría de autor del delito de hostigamiento (como conducta intermedia de participación) subsumiría en sentido material la calidad de determinador de las hostilidades⁹³⁵.

⁹³⁵ Sobre el particular, BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 367.

IV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

A. Circunstancias agravantes. Según el C. P. 134C adc. L. 1482 de 2011/art. 5: “*Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:*”

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público. El espacio público es definido por la L. 9 de 1989/art. 5, mod. L. 388 de 1997, art. 17, como “[...] *el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes*”. Se trata de lugares abiertos al público en general. A su turno, los establecimientos públicos, según el art. 70 de la L. 489 de 1998, “*son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del derecho público [...]*”. Y, finalmente, los lugares abiertos al público son usualmente bienes o lugares privados en los que se permite el ingreso de personas para adquirir bienes o servicios, con o sin derecho de admisión. Estos pueden tener naturaleza comercial (establecimientos de comercio: v. CCONST, Sent. C-509 de 2004, Ley 232 de 1995) o de otra naturaleza como los centros educativos o de diversión⁹³⁶, etc.

El fundamento de la circunstancia agravante se encuentra en razones de política criminal, pues no parece existir un mayor desvalor de acción ni de resultado por realizar este tipo de delitos, en esta clase de espacios, más allá de que en ellos se prestan usualmente servicios o se adquieran bienes para el normal desarrollo de la convivencia en sociedad. Tampoco es clara la suposición

⁹³⁶ CCONST., Sent. T-131 de 2006, vulneración del principio de no discriminación racial por no permitir entrada a una discoteca.

(posiblemente fundada) de que en dichos lugares el autor pueda acceder a un mayor número de personas⁹³⁷.

2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva. Las conductas delictivas se agravarán cuando la conducta de instigación o promoción de comportamientos o conductas que puedan poner en peligro la existencia o la integridad de las personas, sea realizada mediante sistemas de comunicación o difusión que permitan (por su eficacia instrumental) dar un mayor alcance al acto comunicativo criminalizado, o la posibilidad de surtir mayores efectos de convencimiento entre la población.

El fundamento, en consecuencia, es doble: por una parte, es evidente que la agravante se basa en un mayor desvalor de acción objetivo al facilitar el acto de promoción o instigación de posibles delitos contra la vida y la integridad personal, con menores posibilidades de defensa para las víctimas. Por la otra, el hecho de utilizar los medios masivos de comunicación supone un acto que pone en mayor peligro la igualdad, la dignidad, el buen nombre e incluso otros bienes jurídicos de los sujetos pasivos, lo que comporta un mayor desvalor de resultado⁹³⁸. Todo indica que esta causal solo resulta aplicable al delito de hostigamiento por motivos discriminatorios previsto en el C. P./art. 134B. No es clara su aplicación al C. P./art. 134A, salvo que la restricción de derechos (con excepción del derecho de rectificación) se pueda llevar a cabo a través de los medios de comunicación.

⁹³⁷ En contra: PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 105, quien habla de “un mayor índice de lesión”.

⁹³⁸ V. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 418; PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 105 (mayor índice de lesión).

3. La conducta se realice por servidor público⁹³⁹. Por servidor público se entiende lo previsto en el C. P./art. 20: *“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. / Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”*. Como es evidente, la agravante modifica el tipo fundamental y lo convierte en un tipo especial impropio.

El fundamento de la circunstancia agravante será una mayor exigibilidad o culpabilidad, debido a la infracción de los especiales deberes que, en razón de la función pública, deben regir el comportamiento de los servidores públicos en la protección de los bienes jurídicos y los derechos fundamentales de los asociados (C. N./art. 2º)⁹⁴⁰. En este sentido, por ejemplo, la CCONST, Sent. C-030 de 2012, señala que: *“Los numerales 2 y 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, consagran para todos los servidores públicos: un deber general afirmativo relativo al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad; un deber general negativo referido a la abstención de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o el abuso indebido del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y*

⁹³⁹ El C. P. E. consagra un tipo penal parecido en el art. 511.3 como discriminación cometida por funcionario público. REBOLLO VARGAS. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, p. 233.

⁹⁴⁰ En contra: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 420, considera que se trata de un mayor desvalor de resultado.

rectitud en las relaciones interpersonales por razón del servicio público que le haya sido encomendado [...]”.

4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público⁹⁴¹. Según la CCONST, Sent. 389 de 2002, entre muchas otras, los servicios públicos “*tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes [...]*”. Así las cosas, dicha agravante comporta la existencia de un mayor desvalor de resultado⁹⁴², toda vez que se vulnera real y objetivamente, en razón de actos discriminatorios inaceptables, el derecho fundamental del sujeto pasivo a acceder a y gozar de los servicios públicos, domiciliarios⁹⁴³ o no, a los cuales el sujeto pasivo tenga un derecho cierto y exigible (se deniegan expresa o tácitamente: silencio administrativo). La discriminación se puede dar entonces por causa o con ocasión de la prestación del servicio.

5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor. Se trata de una agravante basada en razones de

⁹⁴¹ El C. P. E. consagra un tipo penal similar en el art. 511.1 como denegación discriminatoria de un servicio público a un particular y art. 511.2 a un colectivo. MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, p. 813; POLAINO ORTS. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, pp. 495 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, pp. 2051 y ss.; REBOLLO VARGAS. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, p. 231; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, pp. 944-945; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual*, p. 617.

⁹⁴² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 421, sostiene, por el contrario, que se trata de un mayor desvalor de acción objetivo por coincidir el hecho con ocasión o en razón del servicio público. Además agrega que el solo hecho de que el agente preste el servicio público, con independencia de que sea un servidor público o un particular, comporta una cualificación del sujeto activo.

⁹⁴³ Los servicios públicos domiciliarios están reglamentados y definidos en la L. 142 de 1994/art. 14, num. 14.20 y ss.

política criminal, por la especial protección de ciertos sujetos pasivos debido a sus derechos constitucionales prevalentes (C. N./art. 44, inc. 5°) o por ser parte de grupos vulnerables. En este sentido, la L. 1098 de 2006/art. 3°, advierte que “[...] *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad*”. A su turno, la L. 1251 de 2008/art. 3°, define que el adulto mayor “*Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más*”. En igual sentido v. L. 1276 de 2010/art. 7°, literal b) (CCONST., Sent. T-138 de 2010).

6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales⁹⁴⁴. Según la CCONST, Sent. T-026 de 2001: “*El trabajo se preserva por la normativa constitucional "en condiciones dignas y justas", es decir, sobre el supuesto de que quien aporta su esfuerzo a cambio de la remuneración es un ser humano, que constituye finalidad y propósito de la organización política, del orden jurídico y de las autoridades, y jamás un medio ni un instrumento para alcanzar otros fines, sean ellos particulares o públicos. Es propio de la dignidad en que debe desenvolverse la relación laboral que el trabajo se remunere proporcionalmente a su cantidad y calidad. Todo trabajo debe ser remunerado, desde el primer minuto en que se presta, pues del salario depende la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de su familia*”⁹⁴⁵.

La norma en comento sanciona, por consiguiente, la finalidad (esté orientada) del empleador (sujeto especial público o privado) de negar, anular o

⁹⁴⁴ El C. P. E. consagra un tipo penal parecido en el art. 512 como discriminación profesional o empresarial. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, p. 2054 y ss.; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, p. 946; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual*, p. 618. En este tipo de delitos, el juez colombiano debería aplicar la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, prevista en el C. P./arts. 43, num. 3 y 46.

⁹⁴⁵ CCONST., Sent. SU-511 de 1995 sobre discriminación salarial y prestacional en materia de convenciones colectivas; Sent. T-247 de 2010: discriminación en acceso a oportunidades laborales por razones de género.

restringir los derechos laborales preexistentes, ciertos, lícitos y debidos a un trabajador (público o privado) por razones o motivos de racismo o discriminación. Dicho lo cual resulta más clara la aplicación de la circunstancia al delito previsto en el art. 134A. El fundamento evidente de la causal se traduce en un mayor desvalor de acción subjetivo y en consideraciones de política criminal. Sin embargo, como quiera que el tipo penal exija la efectiva restricción de los derechos laborales precontractuales, contractuales o post-contractuales (P. E.J.: acceso al empleo, la prestación de servicios y beneficios laborales, los beneficios convencionales, las condiciones de trabajo y capacitaciones, la igualdad y estabilidad salarial y pensional, etc.), también es posible considerar la existencia de un mayor desvalor de resultado cuando se vea perjudicado el derecho a la subsistencia del sujeto pasivo⁹⁴⁶.

B. Circunstancias atenuantes. Según el C. P. 134D adc. L. 1482 de 2011/art. 6: “*Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando.*”

1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga. Se trata de una atenuante basada en consideraciones de política criminal, por la menor necesidad de pena que implica renegar verbalmente y por escrito de las conductas racistas, discriminatorias, o los hostigamientos realizados por el sindicado o el imputado. La retractación requiere: 1) que se reconozca la violación del derecho vulnerado o el peligro al que se han expuesto los derechos de las víctimas; 2) que efectivamente el sujeto pasivo tenía la facultad de a

⁹⁴⁶ *Convenios 87, 98 y 111 (sobre discriminación en materia de empleo y ocupación) de la OIT*, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. Igualmente, la C-171 de 2012. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 426, coincide en que la agravante se fundamenta en un mayor desvalor de resultado, y sostiene que es una agravante en blanco, puesto que habría que verificar en la legislación el sentido y alcance del derecho laboral vulnerado por el comportamiento punible.

ejercer plenamente sus derechos; y 3) la aceptación de haber actuado por motivos claramente discriminatorios.

No se requiere ni el asentimiento del sujeto pasivo⁹⁴⁷ ni que el autor demuestre su *arrepentimiento*⁹⁴⁸, el cual resulta irrelevante para aplicar la atenuante, pues no se trata de un acto de expiación sino de hacer menos nocivas las consecuencias del delito. Esta atenuante supone una particular aceptación de la conducta punible, pero por razones de favorabilidad no resulta incompatible con las disminuciones punitivas por la aceptación de cargos penales previstas en el C. P. P./arts. 283, 348 y ss. (Preacuerdos y negociaciones).

2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

Esta atenuante también se fundamenta en consideraciones de política criminal⁹⁴⁹, por la realización de actuaciones pos-consumativas que hagan menos nocivas las consecuencias del delito, en particular, cuando se restablecen los derechos lesionados por el comportamiento racista o discriminatorio del autor⁹⁵⁰. La atenuante tiene especial aplicación en la conducta de actos racistas o discriminatorios previstos en el C. P./art. 134A. Es evidente que el servicio prestado debe coincidir con el servicio impedido, obstaculizado o limitado por parte del sujeto activo, y debe poder ser cumplido de manera adecuada, por lo cual no es viable aplicar la disminución con base en equivalencias o compensaciones.

⁹⁴⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "La discriminación en el ámbito penal", p. 428.

⁹⁴⁸ En igual sentido: BOTERO BERNAL. "Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación", p. 389.

⁹⁴⁹ Por el contrario, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "La discriminación en el ámbito penal", p. 429, advierte que se fundamenta en la menor gravedad del injusto.

⁹⁵⁰ En contra: PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 106, quien considera que la atenuante no tiene fundamento alguno, pues no existe un menor desvalor de resultado.

V. CONCLUSIONES

1. Una construcción puramente individualista de los delitos contra la discriminación no parece lo suficientemente adecuada para cubrir los distintos matices que la posmodernidad impone al concepto estructural-social de discriminación, fundamentalmente colectivo o intergrupalo. Este divorcio entre la pragmática de la discriminación y la semántica jurídico-penal de los delitos analizados, demuestra las dificultades para justificar el sentido del bien jurídico protegido en nuestro medio por estas figuras criminales, mediante una regulación que no se decide entre lo individual y lo colectivo, y que termina por consagrar discutibles figuras de peligro en abstracto. Fenomenologías que subrayan la necesidad de sancionar (más no de prevenir) los hechos que impidan el ejercicio de los derechos constitucionales o legales de los sujetos pasivos, o de proteger — fundamentalmente— grupos o colectivos históricamente discriminados frente a actos que fomenten la violencia y la discriminación. Intereses que obtienen finalmente una normativa penal politizada, simbólica y formalista, poco realista para combatir estos fenómenos sociales, que bien pudieran ser combatidos de otra manera menos costosa en términos sociales.

2. Desde el punto de vista de la legitimidad constitucional, este tipo de infracciones penales promueven y protegen sentimientos colectivos de seguridad, mediante discursos que, en el campo técnico del derecho penal y procesal penal, solo suscitan la impunidad de esta clase de comportamientos desvalorados. En realidad son delitos que generan más confusión social que rendimiento jurídico en la protección de los bienes jurídicos y los derechos fundamentales.

3. Desde el punto de su estructura, son tipicidades cuya construcción, más allá de la pura retórica de los discursos, resulta debatible en términos constitucionales; como quiera que su redacción comporta amplios y complejos problemas interpretativos al utilizar elementos normativos en exceso, cuya

interpretación legal y extra legal es muy compleja para el intérprete y los ciudadanos. Es más, muchos de estos conceptos (racismo, raza, sexo, orientación sexual, etc.) son muy ambiguos en la jurisprudencia constitucional y en la escasa doctrinal dedicada a estos asuntos, y no coinciden con la práctica discriminatoria que soportan las víctimas en la cotidianidad. Ello implica que los particulares y la sociedad tengan una idea de lo que debería ser criminalizado distinta a lo que es realmente delictivo en la legislación positiva. Brecha que produce un natural desencanto de la población frente a la persecución judicial penal, además de una banalización de los conceptos jurídicos y una correlativa confusión en los operadores de justicia, que no sabrán con certeza qué tipo de comportamientos quedan cubiertos por estas prohibiciones. Lo anterior, sumado a que los tipos penales tienen lagunas de protección evidentes en cuanto a los motivos que pueden causar los actos de racismo, discriminación u hostigamiento.

4. Finalmente, resulta muy desafortunado de que nuestro legislador haya copiado, y de manera equivocada, las normativas europeas sobre el asunto. Por ejemplo, es evidente que algunos tipos penales autónomos previstos en la legislación española, fueron convertidos en circunstancias agravantes de tipos penales fundamentales que, en sí mismos, no tienen más sentido que puras infracciones policivas reforzadas en su sanción. En general, el saldo en materia de discriminación es negativo por mucho que nos entusiasme la novedad que imprime la ilusión de contar con estas figuras en la legislación penal vigente, porque, como lo señala GARCÍA VITORIA, es *“una legislación pensada más para ‘impresionar’ a la colectividad, que adecuada para protegerla”*⁹⁵¹.

⁹⁵¹ GARCÍA VITORIA. “Discriminación penal y Estado de derecho”, p. 419.

BIBLIOGRAFÍA

BOTERO BERNAL, José Fernando. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, en *Discriminación, jurisdicción Universal y Temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 345-394.

BAYEFSKY, Anne F. “El principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, consultado *on line*:
<http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf>

BARRERE UNZUETA. “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, Consultado *on line*:
<http://www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf>

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, en *Discriminación, jurisdicción Universal y Temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 321-344.

DRALE: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en Línea: www.rae.es. Se cita con definición textual (*) y con definición contextual (**).

FISS, OWEN M. “The Awkwardness of the Criminal Law”, en 11 *Hum. Rts. Q.* 1 1989 en: <http://heinonline.org>

GARCÍA VITORIA, Aurora. “Discriminación penal y Estado de derecho”, en Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal, Coord. Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva, Enrique Orts Berenguer, Manuel Quintanar Diez, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 401-420.

GÓMEZ, María Mercedes. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Más allá del derecho: Justicia y Género en América Latina /compiladoras Cristina Motta y Luisa Cabal, Bogotá, Siglo del Hombre-Center for Reproductive Rights, 2006, pp. 19-55.

JARAMILLO RESTREPO, Isabel Cristina. “La crítica feminista del derecho”, (Estudio Preliminar), en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre, 2000, pp. 29-32.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la política criminal española: entre reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres”, en *Un Derecho penal comprometido*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Dir. Francisco Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan Carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli, Miguel Ángel Núñez Paz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 607-630.”

_____. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, consultado en line: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174779.pdf

MORILLAS CUEVA, Lorenzo/et al. *Sistema de derecho penal español, Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2011. (Citado Sistema).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, 16 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. (Citado DP, PE).

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal, Parte Especial T. II*, 9ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2013. (Citado como Manual).

POLAINO ORTS, MIGUEL. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, en Miguel Polaino Navarrete (Dir.) et al. *Lecciones de derecho penal, Parte especial, T. II*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 489-498.

POSADA MAYA, Ricardo. “Conceptos fundamentales sobre Derecho Internacional Humanitario”, en Henrik López y Ricardo Posada (Coord.), *Manual de Constitución y Democracia: de los derechos*, vol. I Programa Constitución & Democracia, Universidad de los Andes, 1ª ed. 2006 y 2ª ed. 2007 (1ª reimpresión 2008, 2ª reimpresión 2009, 3ª reimpresión 2010-I, 4ª reimpresión 2012), pp. 151-187.

_____. *Delito continuado y concurso de delitos*. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2012.

_____. “Las penas accesorias discrecionales en el Código Penal Colombiano”, en AA.VV. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Prof. Nodier Agudelo Betancur*, Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez, Ricardo Molina López, Alfonso Cadavid Londoño, Juan Oberto Sotomayor (Coords.), Tomo 1, Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Uniandes-Universidad Pontificia Bolivariana- Universidad Sergio Arboleda-Universidad EAFIT-Ed. Ibáñez, 2013, pp. 749-780.

_____. “Migración, globalización y derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia”, en *Transformaciones en el espacio de la soberanía*, Henrik López Sterup, Ricardo Posada Maya, Natalia Ángel Cabo, Patricia Moncada Roa, Facultad de Derecho, Uniandes- Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, FortalEsder, 2013.

POSADA MAYA, RICARDO y HERNÁNDEZ BELTRÁN, HAROLD MAURICIO. *El sistema de la individualización de la pena en el Derecho penal Colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana y Diké, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Fermín/et al. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011. (Citado Comentarios)

REBOLLO VARGAS, Rafael. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentas y de las libertades públicas”, en *Revista Derecho (Valparaíso)*, vol. 2, num. XXVI, 2006, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pp. 223-242. Consultado en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/discriminacion%20con%20portada.pdf

RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban. “Los significados del derecho a la vida”, en Henrik López y Ricardo Posada (Coord.), *Manual de Constitución y Democracia: de los derechos*, vol. I Programa Constitución & Democracia, Universidad de los Andes, 1ª ed. 2006 y 2ª ed. 2007 (1ª reimpresión 2008, 2ª reimpresión 2009, 3ª reimpresión 2010-I, 4ª reimpresión 2012), pp. 31-58.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. “Derecho a la igualdad”, en Henrik López y Ricardo Posada (Coord.), *Manual de Constitución y Democracia: de los derechos*, vol. I Programa Constitución & Democracia, Universidad de los Andes, 1ª ed. 2006 y 2ª ed. 2007 (1ª reimpresión 2008, 2ª reimpresión 2009, 3ª reimpresión 2010-I, 4ª reimpresión 2012), pp. 189-203.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, en *Dos mil-tres mil*, no. 11, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, 2007. Consultado on line: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/discriminacion%20con%20portada.pdf

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”, en Manuel Cobo del Rosal (Dir.) et al. *Compendio de Derecho Penal español*, Parte especial, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 940-954.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.)/ JUDEL PRIETO, Ángel /PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho penal, Parte especial*, T. II, 6ª ed., Madrid, Civitas, Thomson-Reuters, 2011. (Citado Manual).

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “La discriminación en el ámbito penal. A propósito de la ley 1482 de 2011”, en *Discriminación, jurisdicción Universal y Temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 395-534.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/Martínez-Buján Pérez, Carlos.

Derecho penal, Parte especial, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
(Citado DP, PE).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”, en Revista *Eguzkilo*, Num. Extraordinario 7, San Sebastián, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Dic. 1994, pp. 83-92, consultado en línea: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_eguzkilo_num_extr7/es_ext ra7/adjuntos/zaffaroni.pdf

CONSTITUCIONALIDAD, NATURALEZA JURÍDICA Y LÍMITES DEL COMISO EN COSTA RICA

Prof. Msc. Rosaura Chinchilla Calderón

Profesora de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El comiso, aunque es catalogado doctrinalmente como una confiscación particular, especial o propia, no contraviene la prohibición constitucional, habida cuenta que de un estudio histórico de la Carta Magna se desprende que el constituyente aludía a la proscripción de la confiscación general. Dicho instituto en Costa Rica se ubica bajo la denominación de ‘consecuencias civiles del delito’ y es tratado de esa manera en la jurisprudencia nacional. No obstante, no es esa su verdadera naturaleza jurídica (a partir de los efectos que el legislador le da) pues de ser así requeriría gestión de parte y nunca un pronunciamiento de oficio. Tampoco es una pena accesoria ni una medida de seguridad, sino una consecuencia *sui géneris* o mixta. Es necesario efectuar una reforma legal para permitirlo en supuestos diferentes al dictado de una sentencia condenatoria, único caso previsto en la normativa, aunque la jurisprudencia haya sido menos estricta al respecto, violando el principio de legalidad.

PALABRAS CLAVE: Confiscación; comiso; decomiso; extinción del dominio; delito; pena accesoria; consecuencia civil; medida de seguridad; reparación; legalidad; proporcionalidad; análisis histórico.

ABSTRACT: The confiscation, although it is doctrinally classified as particular, special or proper, does not infringe the constitutional prohibition, given that the historical study of the Constitution shows that the constituent referred to the proscription of general confiscation. The concept in Costa Rica is located under the denomination of “civil consequences of crime” and is treated in this way by national legal decisions. However, this is not its true legal nature (from the effects

that the legislator gives it) because if it is treated like that it would require party management and never a judicial request. It is neither an accessory penalty nor a security measure, but more of a sui generis or mixed consequence. It is necessary to make a legal reform to allow it in different postulations to those state in a condemnatory judgment, the only case foreseen in the legislation, even though the legal precedents has have been less strict about it, violating the principle of legality.

KEYWORDS: Confiscation, seizure, forfeiture, asset forfeiture, crime, additional penalty, civil consequence, security measure, repair, legality, proportionality, historical analysis.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2013.

Con ocasión de una de las múltiples reformas a la Ley de Tránsito que hemos sufrido en los últimos años, específicamente la operada a través de la ley número 8626 publicada el 24 de diciembre de 2008, se incorporó al Código Penal el delito de conducción bajo los efectos del licor, un tipo penal previsto como doloso, sancionado con pena de prisión e inhabilitación para la conducción de automotores. Al insertarse en la parte especial de la normativa, vía jurisprudencial se estimó que era procedente aplicar el comiso del vehículo, por ser ésta una norma general e imperativa, lo que fue avalado por algunos órganos de impugnación quienes, pese a señalar que era una sanción desproporcionada, consideraban que ese control solo podía efectuarlo la Sala Constitucional.⁹⁵² Con

952 Ver, por ejemplo, el voto del Tribunal de Casación Penal de San Ramón, Sección Segunda, número 2010-302. No comparto esa afirmación porque el juez ordinario tiene la obligación de aplicar directamente el Derecho de la Constitución. La misma Sala Constitucional, en otras oportunidades, ha considerado que el tema de la proporcionalidad del comiso, o la forma de interpretar las normas que lo regulan, es un aspecto que atañe a los jueces ordinarios y que es ajeno a las competencias constitucionales específicas. Así, ante una consulta judicial formulada, el órgano constitucional refirió: "...lo que se somete a conocimiento de esta Sala es si, en

motivo de esa discusión,⁹⁵³ el Tribunal que integraba tuvo ocasión de pronunciarse, sobre lo que se consideró era una sanción violatoria del principio de legalidad (por ser introducida por vía analógica y producto de una interpretación extensiva) y, adicionalmente, desproporcionada.⁹⁵⁴

No obstante, lo que interesa rescatar con este artículo son las consideraciones en torno a la constitucionalidad, la naturaleza jurídica y los efectos *sui géneris* que le atribuye el legislador costarricense al comiso y que se desarrollaron en esos pronunciamientos, los que aquí se retoman.

Así, se pretende contestar a las interrogantes: ¿Es el comiso una pena confiscatoria prohibida por la Carta Magna? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Es, en verdad, una consecuencia civil del delito como ha sido tratada jurisprudencialmente? De serlo, entonces... ¿se requiere que el Estado plantee

determinados supuestos, la aplicación irrestricta de los artículos 83 y 87 de la Ley Sobre Estupefacientes Sustancias Sicotrópicas Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, que no hacen distinción alguna en cuanto al comiso de los bienes provenientes o utilizados en la actividad del narcotráfico, podría implicar una desproporcional pena de confiscación, violando las garantías previstas en los artículos 40 de la Constitución Política y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los consultantes aducen que ello podría suceder cuando se presenten al mismo tiempo las siguientes circunstancias: que el sujeto directamente afectado por el comiso lo sea una persona de escasos recursos económicos; que el objeto del comiso lo sea una casa de habitación de interés social; que dicho inmueble constituya el único bien inmueble inscrito a nombre de dicha persona. La Sala observa que (...) **las dudas de los Jueces no están relacionadas con la constitucionalidad de las normas en sí mismas, sino con su interpretación y aplicación en determinados casos, lo cual, excede el objeto de una consulta de constitucionalidad. La interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto es una tarea que claramente corresponde a la Jurisdicción Ordinaria en el marco de su competencia**, lo que ha sido reiterado por esta Sala, por ejemplo en la sentencia N.2004-5008 de las 14:46 horas del 12 de mayo del 2004. Por lo anterior, la consulta resulta inadmisibile, en razón del objeto" (voto número 2009-6833, el destacado es suplido).

⁹⁵³ Que, en la actualidad, carece de sentido habida cuenta que, mediante otra reforma a la Ley de Tránsito, esta vez mediante ley N° 9078 del 04 de octubre de 2012, se modificó expresamente el numeral 110, agregando un párrafo segundo que establece que no cabe el citado comiso en conducción temeraria.

⁹⁵⁴ Cfr. Tribunal de Casación Penal de San José, votos números 2010-1009 y 2010-1494 (redactados por la suscrita y con voto concurrente de la jueza García Vargas y el juez Salinas Durán.

una demanda civil para hacerlo efectivo? ¿opera en esta materia el principio dispositivo civil y de congruencia?

1.- CONSTITUCIONALIDAD DEL COMISO COMO INSTITUTO GENERAL

El comiso es una institución regulada en el artículo 110 del Código Penal⁹⁵⁵ que, inserta en el Libro Primero (disposiciones Generales), Título VII (Consecuencias civiles del hecho punible), sección única, refiere: *"El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros."* Por su parte, el artículo 40 de la Carta Magna señala, en lo que interesa, que *"Nadie será sometido a (...) la pena de confiscación."* Es cierto que si se sigue una definición meramente gramatical, 'comiso' tendría que equipararse a 'confiscación', pues el Diccionario de la Lengua Española⁹⁵⁶ le da a esa palabra dicho tratamiento por derivar, ambas, del latín *"commisum"* que significa, justamente, confiscación. Sin embargo, para aludir al tema de la constitucionalidad general del comiso, no debe perderse de vista la evolución histórica de las figuras, pues la definición literal no resulta adecuada habida cuenta que, inclusive, se equipara, también, al decomiso, con lo que se pierden los linderos que la dogmática procesal, penal y constitucional occidentales ha

⁹⁵⁵ También está previsto en normas especiales como la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo (artículos 87 a 92), en la Ley de armas y explosivos (artículos 83 y 84), en la Ley de conservación de la vida silvestre (artículos 90 a 100) y en la Ley forestal (artículo 65). A pesar de la norma general del artículo 110 del Código Penal, el legislador estableció específicamente que el hecho allí previsto implicaba el comiso (declaratoria que habría de estimarse innecesaria si se considera que hay un artículo previsto con carácter general, supuestamente para todo el ordenamiento jurídico-penal, lo que abona la tesis de que esa norma debe aplicarse a los casos surgidos a partir de un contexto determinado y no a situaciones ni siquiera previstas cuando fue creado).

⁹⁵⁶ Emitido por Real Academia Española, 22ava. Edición, cfr.: <http://buscon.rae.es/drae/>.

venido estableciendo para instituciones que, en el derecho actual, resultan completamente diferentes, por tener naturaleza y efectos distintos. De allí que sea necesario desentrañar el sentido histórico de la figura de la confiscación proscrita constitucionalmente. De dicha labor se desprende que el actual artículo 40 constitucional, que fue introducido a la Carta Magna sin mayores discusiones sobre este aspecto,⁹⁵⁷ es similar al que existía en otras constituciones precedentes nacionales e, incluso, a una regulación constitucional que, infructuosamente, se intentó hacer en vez de la Carta Magna que nos rige. En retrospectiva,⁹⁵⁸ entonces se tiene que en ese fallido Proyecto de Constitución, presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República, revelador de la voluntad socio-histórica de la época, el artículo 58 disponía "*Se prohíbe la confiscación, salvo el comiso que establecen las leyes penales*" es decir, se establecía una diferencia entre ambas instituciones, distinción esa que no es casual, sino que provenía de otros textos constitucionales, pues la Constitución Política de 1917, en el artículo 24 regulaba el tema indicando: "*... Toda pena es personal. No se aplicará tormento, ni penas infamantes, ni confiscación de bienes. Esto último no impedirá el comiso de los instrumentos u objetos del delito.*" Una fórmula menos explícita contempló la Constitución de 1871, en su artículo 24 que mencionó, simplemente, que "*Se prohíbe el uso del tormento y la pena de confiscación*" redacción que, a su vez, era muy similar a la contenida en las Constituciones costarricenses de 1869⁹⁵⁹ y 1859.⁹⁶⁰ No obstante, desde esta fecha hacia atrás, los constituyentes nacionales sí se preocuparon por delinear las características

⁹⁵⁷ Cfr.: actas de la Asamblea Nacional Constituyente N° 111, art. 3, tomo II, pág 534; N° 170, art. 2, tomo III, pág. 501 y N° 179, art. 4, tomo III, pág. 608 consultadas a partir de las referencias efectuadas por FALLAS VEGA, Elena; LINKIMER BEDOYA, Lihanny y RAMÍREZ ALTAMARINO, Marina. *Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional*. IJSA, San José, 3ª edición, 2005, pág. 407.

⁹⁵⁸ Se sigue, para este desarrollo histórico, la obra editada por OBREGÓN QUESADA, Clotilde. *Las constituciones de Costa Rica*. Editorial U.C.R., San José, Volúmenes I a V, 1ª edición, 2007.

⁹⁵⁹ Cfr. artículo 129 "...Se prohíbe el uso de... la pena de confiscación."

⁹⁶⁰ Cfr. artículo 20: "...son prohibidas las penas de confiscación y azotes..."

básicas de la figura que estaban proscribiendo. Es así como la Constitución reformada de 1848, en su artículo 110, señalaba: *"Ningún delito se castigará con pena de confiscación; mas esto no comprende los comisos, ni las multas que la ley impone"* en tanto que la Constitución Política de 1847, en su artículo 154 dispuso: *"Queda abolida toda confiscación de bienes, y solo podrá tener lugar en el único caso de asegurar los derechos de tercero"* y la Constitución Política del Estado de Costa Rica del 09 de abril de 1844, estableció en su artículo 30: *"Ningún delito, cualquiera que sea su naturaleza, podrá ser castigado con la pena de confiscación total o parcial de bienes, ni a pretexto de indemnización de gastos y perjuicios, salvo los derechos de tercero."* Mientras tanto, la Ley de Bases y Garantías del 08 de marzo de 1841, en su artículo 2.2.10 señaló: *"Todos los costarricenses (...) tienen derecho (...) para que no se les imponga confiscación total de bienes por pena..."* y la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, del 21 de enero de 1825, en su artículo 106, se refirió así a la figura: *"En ningún caso habrá embargo de bienes, a no ser en aquella parte en que el delito lleve consigo responsabilidad pecuniaria."* Por último, tanto en el Primer como en el Segundo Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica de, respectivamente, el 01 de diciembre de 1821 y el 10 de enero de 1822, el tema fue tratado en el artículo 304 de cada uno de los textos fundamentales de la misma forma: *"Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes"* y, para concluir este recuento histórico, si se analiza la Constitución Política de la Monarquía Española, también llamada Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, que obviamente rigió en el territorio nacional antes del proceso independentista, se comprende la matriz de aquellas referencias, pues el numeral 304 señalaba: *"Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes."*

Es claro, entonces, que a través de la historia nacional existió una doble preocupación del constituyente: por un lado por mantener la proscripción de la confiscación y, por el otro, por diferenciar la figura de otras, como el comiso, las multas o el embargo llegándose, inclusive, a aludir a confiscación general o parcial que, conforme se dirá, es una distinción impropia, pues genera confusión,

que la doctrina hace para establecer los efectos e identificar la figura prohibida de la permitida. A partir de la Constitución de Cádiz, la doctrina, principalmente española, se ha encargado de rastrear el fundamento de la proscripción y sus raíces en el derecho romano-germánico o continental-europeo del que, evidentemente, se nutre toda nuestra legislación, lo que es necesario citar, *in extenso*, para comprender la realidad actual:

"El comiso que se recoge actualmente en el Código Penal ha quedado completamente desvinculado de la antigua pena de la confiscación general de bienes. Esta pena, abolida actualmente de los ordenamientos jurídicos modernos, encuentra su origen en el Derecho romano. La forma más habitual de confiscación de bienes en el Derecho penal romano fue la denominada publicatio bonorum, consistente en la apropiación de todos los bienes pertenecientes a quienes habían sido condenados a la pena capital, la cual comprendía no sólo la pena de muerte, sino también la pena de exilio como sustitutiva de ésta. La publicatio era una consecuencia accesoria o necesaria, no una verdadera pena, de forma que no se hacía preciso dejar constancia de su imposición en la sentencia condenatoria. Posteriormente, y dada la desproporción de esta medida, que lógicamente afectaba asimismo a los herederos del inculpado, se fue limitando, permitiéndose que el condenado y su familia retuviesen una parte del patrimonio, para cubrir su desplazamiento al exilio, en su caso, así como su futura subsistencia. En la Edad Media, la pena de confiscación de bienes no sólo mantuvo el protagonismo que alcanzó durante la época romana, al ser una de las penas que en mayor medida se utilizaron para reprimir los delitos de especial gravedad, sino que, además, se convirtió en un instrumento de extraordinaria importancia puesto al servicio de los monarcas a través del cual pretendían hacer valer su autoridad, proteger el orden que ellos mismos establecían y debilitar a sus adversarios políticos. En el Derecho Penal del Antiguo Régimen, la confiscación fue creciendo en protagonismo al aparecer como uno de los principales medios de financiación de la Monarquía. Su irrogación ya no se limitó a los autores de los más graves delitos como en otras épocas, sino que se impuso incluso para delitos de escasa lesividad social. Ahora bien, con el objeto

*de sacar el máximo rendimiento del condenado, la confiscación se reservó fundamentalmente para personas de alta capacidad patrimonial, hasta el extremo de que si recaía esta pena sobre un individuo de escasa solvencia económica, era sustituida por una pena corporal o el envío a galeras. Con el advenimiento de la Ilustración se pidió generalizadamente su abolición (...) Fue en 1812, en el proceso constituyente gaditano, donde, pese al freno de las opiniones de los tradicionalistas, la pena de confiscación general de bienes se consiguió desterrar definitivamente de nuestro ordenamiento jurídico (español), aunque en la práctica los jueces la habían dejado de aplicar bastante tiempo antes. Ninguno de los Códigos penales ulteriormente promulgados dan cobijo entre sus preceptos a esta sanción penal.*⁹⁶¹

Nótese cómo, a partir de 1812, se suprime la figura del Ordenamiento Jurídico español y, con ello, de nuestro derecho, al punto de ser recogida la prohibición en la casi totalidad de textos constitucionales que se han sucedido, a la par de la proscripción de malos tratos, azotes, la regulación de la pena de muerte, del extrañamiento y de lo que luego llegó a denominarse la prohibición de la tortura, lo que evidencia la intención de racionalizar el poder sancionador del Estado.

Ese marco histórico-constitucional nos permite comprender la regulación legal que se ha hecho del comiso en los diferentes códigos represivos que ha tenido el país. Así, en el Código General de Carrillo de 1841, el artículo 883, previsto dentro del tema de la sentencia del proceso criminal, posibilitaba el comiso de las armas, instrumentos o utensilios con los que se cometió el delito y de los efectos derivados de este. Igual posibilidad se mantuvo en el numeral 39 del Código Penal de 1880; en los artículos 80 inciso 3 y 141 del Código Penal de 1918; en los numerales 67 inciso 4 y 70 del Código Penal de 1924 y en el artículo 121 del Código Penal de 1941, aunque estas legislaciones expresamente le dieron el trato de pena accesoria y estipularon que no era

⁹⁶¹ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 6-8.

extensible a terceros y, salvo que se tratara de objetos en sí mismos ilícitos, sólo se podía decretar mediante sentencia condenatoria.⁹⁶²

En síntesis, al margen de que las Constituciones, en la que cada uno de esos códigos penales se enmarcan, establecieran alguna salvedad para precisar que la confiscación no afectara el comiso en materia penal, el legislador penal siempre mantuvo la regulación de la figura, previéndolo como ajena a la prohibición constitucional, por recaer sobre objetos específicos y delineando algunos de los rasgos con que se aplica en la actualidad en nuestro medio: no puede afectar a terceros, a menos que se le haya respetado el debido proceso o se trate de objetos prohibidos y puede decretarse, en muchos casos, aunque no se haya establecido la responsabilidad penal del acusado ni se dicte sentencia condenatoria.

Es evidente que la figura del comiso, tal y como está regulada en nuestro derecho positivo, si bien guarda algunas relaciones con la figura de la confiscación (el Estado asume la titularidad de bienes de terceros), está muy lejos de mantener el carácter que tuvo dicha sanción, que era una medida general, aplicable a todos los bienes del condenado, en tanto que el comiso procede únicamente sobre aquellos que indica la norma, es decir, sobre los bienes con los que se comete el delito o aquellos otros provenientes o que sean provecho de la comisión del ilícito penal, según la actual fórmula del artículo 110

⁹⁶² Cfr.: HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 36-37 y *Código General. República de Costa Rica*. Imprenta de Wynkoop, Nueva York, 1858. Parte III, pág. 92; Biblioteca de Derecho vigente de Costa Rica. *Código Penal, 1914*. Tipografía Lehmann, San José, pág. 19; *Código Penal de 1918*. Colección de leyes de Costa Rica, II Semestre, 1918, pág. 678; *Código Penal de la República de Costa Rica, 1924*. Edición ordenada por Aquiles Acosta. Imprenta María V. de Lines, San José, pág. 18 y *Código Penal y Código de Policía*. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1965, págs. 41-42.

del Código Penal que, al momento de promulgarse, no tuvo ninguna dificultad interpretativa y no fue especialmente comentada.⁹⁶³

A partir de estas consideraciones genealógicas, la doctrina ha distinguido diversos tipos de confiscación:

1. La **general-total**, que es la que procede sobre todos los bienes y que guarda estrecha relación con la figura histórica prohibida por la mayoría de los constituyentes hispanoamericanos;
2. La **general-parcial**, que afecta a una cuota del patrimonio y
3. La **particular, especial o propia**, que es solo sobre determinados bienes que pueden ser medios o instrumentos del delito (*instrumenta secleris*); objetos del delito (*objectum secleris*), efectos del delito (*producta secleris*) o ganancias provenientes del delito.
4. Adicional a ello se alude, también, al comiso **impropio**, de **reemplazo** o de **valor equivalente**, según el cual aquellas medidas se sustituyen por el comiso de bienes en los que se transformaron las ganancias, efectos o instrumentos del delito o en otros bienes de valor equivalente a los que, siendo instrumentos, efectos o ganancias del delito, fueron enajenados o gravados por su titular antes de decretarse la medida.
5. El **comiso ampliado** que recae sobre instrumentos u objetos del delito, sus efectos y ganancias, pero se produce ante la inexistencia de una declaración judicial de responsabilidad penal en contra de persona alguna, ya sea por exención de pena o porque se extinguió la acción

⁹⁶³ Cfr.: Asamblea Legislativa. *Código Penal: adicionado con la exposición de motivos y el dictamen afirmativo*. Alcance N° 120 a La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970, Imprenta Nacional, pág. 32.

penal.⁹⁶⁴

Los y las estudiosos de la materia han señalado que la prohibición de confiscación, alude a la general y no a la especial o particular. Así se manifiestan, en su orden, autores españoles, argentinos y colombianos que comentan normas similares a la nuestra:

–"...determinados autores han querido ver en la figura del comiso un descendiente directo de la arcaica sanción confiscatoria. Sin embargo, a pesar de que en ambos casos se afecta a bienes pertenecientes al patrimonio del inculpado, a diferencia de la pena de confiscación de bienes, el comiso que se contempla actualmente en nuestro Código Penal se limita a hacerse con aquello que se ha obtenido o que se ha utilizado ilícitamente. Por consiguiente, éste implica únicamente la pérdida definitiva de aquellos objetos y ventajas

⁹⁶⁴ Sobre el tema cfr.: AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04, 2003; CARDENAL MURILLO, Alfonso. *El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas*. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 11, 1993, págs. 277-298; CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004; CUELLAR, Bernal. *El comiso frente al Nuevo Código Penal*. En: *Derecho Penal y Criminología*. Colombia, N° 15, set-dic. Vol. 4, 1981, págs. 183-192; GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 559-574; HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La pena de comiso en el proyecto de Código Penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España, Fascículos 1-2-3, enero-diciembre, Vol. 34, 1981, págs. 613-652; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Las penas patrimoniales en el Código penal español*. Tras la Ley Orgánica 8/1983, editorial Bosch, Barcelona, 1983, p. 251; NEIRA RIZZO, José. *La confiscación*. En: *Revista jurídica online*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Guayaquil. Versión electrónica en: <http://www.revistajuridicaonline.com>; RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs. 64-70 y 86-90; VERVALE, J.A.E. *Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?* En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf.

pecuniarias derivadas de la realización de una infracción delictiva, constituyendo en su caso una confiscación de carácter individual o especial."⁹⁶⁵

–"*...dado el carácter pecuniario de esta pena, debe ser cuidadosamente distinguida de la confiscación prohibida constitucionalmente, esencialmente a partir del carácter general de esta última, a diferencia de la especialidad propia del decomiso {denominación que se le da en Argentina al instituto que nos atañe}, que siempre debe recaer sobre cosas en particular. Por supuesto que el decomiso sería inconstitucional si no respetase la regla de humanidad y mínima irracionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación.*"⁹⁶⁶

–"*A pesar de que la raíz etimológica del comiso es el vocablo latino *comissum*, que significa confiscación, los ordenamientos constitucionales han proscrito esta forma de punición (...) Conviene recordar que ya en el derecho romano se encontraba prevista la confiscación como privación de todo o parte del patrimonio, tanto por la comunidad como por vía de pena, y en no pocas ocasiones fue empleada con el propósito preferente de conseguir apoderarse de los bienes del penado para enriquecer al estado. Desde su aplicación en el derecho penal la confiscación era una pena accesoria que se imponía junto con las penas principales de *perduellón*, *relegación* y *venta como esclavo de un individuo que antes fue libre* o *sentencias de muerte, condena a las minas* o *entrega a una escuela de gimnasia*. Justiniano llegó a prohibir la confiscación total en general y la dejó subsistente para los delitos contra el Estado. En las antiguas leyes la confiscación se continuó aplicando siguiendo al derecho romano y se abolió en casi todas las legislaciones a partir del siglo XVIII, con el argumento de considerar que la apropiación oficial del patrimonio de una persona sin causa de procedimiento legal y por la vía de simple aprehensión era una pena*

⁹⁶⁵ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 8.

⁹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 943.

injusta, inhumana y aberrante. En tal sentido, y para el caso colombiano (...) durante el régimen colonial rigió el sistema jurídico punitivo español, cuya fuente se sitúa en las Siete Partidas, en las que se consagraban cuatro penas mayores y tres penas menores, siendo una de las primeras el destierro con ocupación de todos los bienes. Con el advenimiento de la independencia, la confiscación - entendida como la privación de todos los bienes que conforman el patrimonio de una persona- fue prohibida como una manera de proteger la propiedad privada de la arbitrariedad del poder estatal, pero dejando a salvo la posibilidad de establecer otro tipo de medidas o sanciones de contenido patrimonial (...) la pobreza del lenguaje jurídico fue la que llevó a que en las primeras codificaciones se denominara confiscación a cualquier sanción del delito que significara un traslado de bienes particulares al estado, como la multa o el comiso, recibiendo todas ellas el nombre impropio de confiscaciones especiales. No obstante (...) lo que fue proscrito por considerarse un ejercicio abusivo de la potestad punitiva del estado fue la denominada confiscación general o a título universal, en cuya virtud se privaba al delincuente de la totalidad o de una cuota parte de su patrimonio económico, pero que nunca han sido prohibidas esas llamadas confiscaciones especiales, en atención a que el reconocimiento de la propiedad privada en las democracias liberales no ha conducido al exceso de afirmar que la pena no pueda, en ningún caso, restringir derechos de contenido patrimonial."⁹⁶⁷

En Costa Rica, se ha seguido una posición similar:

-"La idea de universalidad que caracteriza a la confiscación general, no se encuentra jamás en la especial, y si bien en ambos casos se opera una verdadera transferencia de propiedad en beneficio del Estado, no deben confundirse. El comiso es también confiscación, pero especial, de naturaleza y efectos diversos a los de la confiscación general. Recae sobre determinados

⁹⁶⁷ RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs 30-32.

*bienes (...) Respetar los derechos que sobre tales bienes tengan el ofendido o terceros. No alcanza el patrimonio de la familia del responsable (...) Conciliando el artículo 40 de la Constitución Política con el numeral 110 del Código Penal, podemos decir que la pena de confiscación que prohíbe el primero, es aquella general (...) Por lo tanto, no alcanza al comiso como especie de confiscación y el artículo 110 del Código Penal, no puede argüirse de inconstitucional.*⁹⁶⁸

A lo anterior podría contra-argumentarse indicando que la Constitución prohíbe la confiscación, sin hacer distinción entre la general o la especial, por lo que incluye ambas y que al ser el comiso una confiscación particular, está comprendida dentro de la prohibición constituyente. No obstante, ello desconocería la evolución histórica de las instituciones, pues al momento en que el constituyente estableció la norma de comentario (y que luego pasó sucesivamente a otras Cartas Magnas hasta llegar a la actual) la confiscación siempre tuvo un carácter general y solo luego de ello es que se generan especificaciones, ya sea como medida preventiva (decomiso) o como medida especial (comiso). Ese sentido histórico se exige en la interpretación de cualquier disposición normativa: *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas"* (artículo 10 en relación con el 14 ambos del Código Civil), por supuesto con las limitaciones que, adicionalmente, imponen los principios *pro libertatis* y de legalidad que surgen en materia penal y procesal penal.⁹⁶⁹

Dado que de la evolución histórica se desprende que cuando el constituyente prohibió la "confiscación" siempre tuvo en mente aludir a la

⁹⁶⁸ ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro. San José, 1984, págs. 363-364. En los mismos términos: HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 20-21.

⁹⁶⁹ Artículos 1 y 2 del Código Penal y 1 y 2 del Código Procesal Penal.

desposesión generalizada de bienes, presentes y futuros, del condenado o su familia a cargo del Estado, característica que no tiene el comiso previsto en la normativa penal costarricense, pues el artículo 110 del Código Penal y otros establecidos en normas especiales⁹⁷⁰ solo regulan la confiscación especial propia (o comiso), sin que se prevea nada respecto del comiso impropio, de reemplazo o de valor equivalente, no hay razón alguna para cuestionar la legitimidad constitucional del comiso, desde que la comprensión evolutiva de las instituciones enerva cualquier duda que pudiera surgir sobre el acople de la norma general autorizante de dicha medida (artículo 110 del Código Penal) con el numeral 40 constitucional.

2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISO: EFECTOS Y REQUISITOS

Establecida la constitucionalidad general del comiso, es preciso hacer una serie de ponderaciones adicionales alusivas a la naturaleza jurídica de la figura del comiso, pues de ella pueden derivarse una serie de consecuencias, a veces contrapuestas entre sí. Lo primero que debe decirse es, si se quiere, una verdad de Perogrullo, a saber que la naturaleza jurídica de un instituto no depende de la ubicación que este tenga en una normativa particular, sino de la esfera jurídica en la que se producen sus efectos.⁹⁷¹ Si bastara lo primero, la operación sería simplemente verificatoria y llevaría a concluir que el comiso es una consecuencia civil del delito porque, en Costa Rica, se ubica en una sección del Código Penal

970 Cfr.: Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, *actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo*: artículos 87 a 92; *Ley de armas y explosivos*: artículos 83 y 84; *Ley de conservación de la vida silvestre*: artículos 90 a 100; *Ley forestal*: artículo 65; *Ley contra la delincuencia organizada*: artículo 34, 49 y 54; *Ley de Pesca y Acuicultura*: artículo 134; *Ley de Juegos*: artículo 7; *Ley de Rifas y Loterías*: artículo 8; *Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual*: artículos 17 y 41 y *Ley General de Salud*: artículos 359 a 361.

971 En igual sentido véase CERESO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general, tomo I*, Editorial Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1996, pág. 183; CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 32.

así titulada. Pero el tema no es tan sencillo porque, de aceptarse esa premisa falsa, ello implicaría concluir, por ejemplo, que como la reparación civil en el proceso penal se rige por el principio dispositivo, no podría ordenarse el comiso de oficio sino que se requeriría demanda previa de quien resulte titular de la acción civil en representación del Estado (que sería la Procuraduría General de la República o el Ministerio Público si le es delegada), nada de lo cual se aviene con, inclusive, el carácter imperativo de las normas legales que regulan el tema.⁹⁷² Así las cosas, el abordaje simplista no satisface. La naturaleza jurídica del comiso ha sido uno de los temas de mayor discusión dogmática. Las respuestas que se han intentado dar en derecho comparado, si bien pueden constituir un indicador importante para dilucidar la interrogante en Costa Rica, no son incontrovertibles para nuestro sistema, pues es conveniente recordar que la naturaleza jurídica tampoco se puede forzar o "transplantar" de un ordenamiento jurídico a otro, sino que depende de la regulación actual de los efectos que se le atribuyen en nuestro ordenamiento actual que, si bien pueden coincidir con los que operen en derecho comparado, no necesariamente siempre es así, sino que es viable que también tengan características específicas, todo lo cual debe valorarse antes de adoptar una posición.

Así las cosas, lo primero que debe hacerse para determinar la naturaleza jurídica del comiso es establecer las características, efectos y supuestos en los que procede. Conforme al artículo 110 citado, el comiso requiere, para su procedencia:

2.1 Que se esté investigando un delito, no una falta o contravención, esto así porque el numeral inicia indicando "*Todo delito*" y esa expresión, en sentido restrictivo,⁹⁷³ sólo puede entenderse como referido a los hechos calificados como tales por el legislador (Libro II del Código Penal o leyes especiales) quien hizo la

⁹⁷² Ver los artículos 102 inciso 3 y 110 del Código Penal y 367 y 480 del Código Procesal Penal, entre otros.

⁹⁷³ Conforme al numeral 2 del Código Procesal Penal, que deriva del principio de legalidad, base del Estado de Derecho.

distinción con las faltas que tienen una ubicación diversa en el cuerpo normativo (Libro III);

2.2 Que ese delito sea doloso. Esto no lo indica expresamente la norma, pero señala que lo que se pierde son los instrumentos con los que se cometió el ilícito y las cosas provenientes de su realización. Los autores de la materia, han referido, a nuestro modo de ver conforme a una interpretación restrictiva acorde con el principio de legalidad, que el carácter doloso de la medida se extrae de la previsión de "instrumentos" que contempla la ley, pues éstos: "...para la generalidad de la doctrina son los que se han empleado 'intencionalmente' para cometer el delito (...) con lo cual quedan excluidos, por supuesto, los (...) de un delito culposo"⁹⁷⁴;

2.3 Resultaría aplicable, en principio, a cualquier delito doloso, por tratarse de un instituto regulado en la parte general del Código Penal, la cual se caracteriza, precisamente, por incidir en los tipos penales codificados o de leyes especiales;

2.4 Puede afectar a terceros siempre que se les dé parte en el proceso. Esto no lo establece la norma que, de interpretarse aisladamente, conduciría a que se obviara este requisito que dimana de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y que coloca al Derecho de la Constitución como lo que es, sustento del resto de la jerarquía normativa. El principio del debido proceso comprende, entre otros, el derecho de defensa y de contradictorio, que, para ser efectivos, requieren la comunicación del proceso o de la medida a las personas afectadas;⁹⁷⁵

⁹⁷⁴ CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Astrea, 3ª edición, Buenos Aires, pág. 519. En igual sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 1ª edición, 2005, pág. 734; RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, pág. 59 y 64 y otros citados en HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 70-73.

⁹⁷⁵ Ver, al respecto, los votos número 712-2006 de la Sala Tercera y 637-2010 del Tribunal de Casación Penal de San José.

2.5 El comiso no afecta los derechos del ofendido o de terceros de buena fe, sino que éstos predominan por sobre el interés estatal;⁹⁷⁶

2.6 Los efectos surgen del delito, por lo que normativamente se prevé que se dicte el comiso ante sentencia condenatoria.⁹⁷⁷ ¿'Delito' ha de entenderse como hecho típico, antijurídico y culpable o como la estipulación abstracta de ilicitud referida por el legislador? Partiendo de un escrupuloso respeto al principio de legalidad, considero que sí, que se requiere de una sentencia condenatoria, es decir, la declaratoria de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible pues, a falta de alguno de esos componentes, no hay "delito". No obstante, la jurisprudencia nacional, en términos generales, lo ha entendido como previsión legislativa, sin declaración concreta de responsabilidad, al punto que ha previsto la posibilidad del comiso con desestimaciones, archivos fiscales, sentencias de sobreseimiento definitivo, aún por prescripción de la acción penal, absolutorias, con medidas alternas como conciliaciones, suspensiones del proceso a prueba, reparación integral del daño y pago de multa, entre otros. Es cierto que hay casos en que socialmente puede ser necesario el comiso sin necesidad de que haya delito (por ejemplo de objetos por sí mismos ilícitos en que no se individualice el autor, la acción esté prescrita, etc.) pero, entonces, debe hacerse la reforma legal correspondiente para modificar la terminología legal;⁹⁷⁸

2.7 Carece de indemnización, pues surge ante una ilicitud previa, de modo que es una excepción a la imposibilidad estatal de asumir el dominio de la propiedad sin pagar el valor del bien (artículo 45 de la Constitución Política);

⁹⁷⁶ En tal sentido, los votos del Tribunal de Casación Penal de San José, números 2000-76, 2000-323, 2003-383 y 2004-101 y los de la Sala Tercera, números 512-2001 y 1273-2005, entre otros.

⁹⁷⁷ Ver el artículo 367 del Código Procesal Penal.

⁹⁷⁸ Ver el recuento de votos que hace HERRERA FONSECA, Rodrigo. El comiso de bienes. IJSA, San José, 1ª edición, 2006, págs. 230-263.

2.8 Es una medida de orden público, por lo que no se requiere instancia de parte sino que puede dictarse de oficio;

2.9 Como medida surgida del poder de imperio del Estado, requiere estar prevista en la ley,⁹⁷⁹ emitirse en forma motivada o fundamentada y habiendo existido demostración previa del vínculo o nexo entre el objeto y el hecho delictivo, por lo que no se trata de una responsabilidad objetiva;⁹⁸⁰

2.10 Rigen principios como la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que la carga probatoria le incumbe al Estado;

2.11 En Costa Rica no se regula normativamente el comiso de los bienes usados en la fase preparatoria del *iter criminis*, que no llega a ser ejecutiva;

2.12 El destino de los bienes, una vez obtenido su dominio por el Estado, está expresamente fijado por ley.⁹⁸¹

A partir de similares consideraciones, en el derecho comparado se ha tratado de explicar la figura en comentario indicando que se trata de una **pena accesoria**, una **medida de seguridad**, una **consecuencia civil del delito** o bien una **consecuencia jurídica sui géneris del delito** (aquí se incluye a quienes la estiman tercera clase de sanción en el derecho penal junto con las penas y las medidas de seguridad pero, en realidad, sería una cuarta vía, pues ya la reparación se ha aceptado como la tercera). Analizaremos cada una de esas opciones:

Comiso como pena accesoria: Se ha dicho que el comiso es una pena accesoria.⁹⁸² No obstante, la principal crítica que se ha efectuado al otorgamiento

⁹⁷⁹ Sala Tercera, voto número 1217-1999.

⁹⁸⁰ Sala Tercera, voto número 505-99.

⁹⁸¹ Cfr.: Ley de distribución de bienes confiscados o caídos en comiso, su reglamento y manual.

⁹⁸² En tal sentido los votos del Tribunal de Casación Penal de Cartago, números 2010-236 y 2010-265.

de esta naturaleza jurídica es que el comiso no responde al fin esencial de la sanción aceptado por nuestro constituyente y legislador que es la prevención especial positiva o resocialización⁹⁸³ en tanto se aviene más con funciones retributivas o de prevención general negativa.⁹⁸⁴ El comiso tampoco respondería, desde esta perspectiva, al principio de culpabilidad, que no solo requiere de la culpabilidad para imponer una sanción (por lo que no podría decretarse ante la inexistencia de pena principal ni ante supuestos en que el autor no es sancionado, aunque hubiese un injusto penal) sino que considera, además, que el reproche es graduable, lo que choca con el carácter rígido de la figura. Asimismo, de ser pena, violentaría el principio referente a su carácter personalísimo, ya que el comiso cabe aún contra terceros, siempre y cuando se les dé audiencia en el proceso respectivo y los bienes, con su consentimiento, hayan sido usados en la comisión de delitos:

–"Los problemas que planteaba esta regulación del comiso se derivaban precisamente de su configuración formal como una auténtica pena. La pena tiene su fundamento en la culpabilidad, de modo que no puede imponerse pena sin culpabilidad. De ahí se derivan las siguientes consecuencias en relación con la aplicación del comiso. Por una parte sólo podría ser aplicado al sujeto que hubiera obrado culpablemente, pero no a quien, habiendo realizado una acción típica y antijurídica, fuera no obstante declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, por ejemplo por tratarse de un inimputable. Pero, por otro lado y además, como del principio de culpabilidad se deriva necesariamente el carácter personalísimo de la pena, únicamente cabría aplicar la pena de comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo con respecto a instrumentos y efectos del delito pertenecientes a él, pero no respecto a los instrumentos que, habiendo sido utilizados por el culpable para la

⁹⁸³ Artículos 51 del Código Penal y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁸⁴ Así lo acepta, incluso, el Tribunal de Casación Penal de Cartago en los votos números 2010-236. y 2010-265 al definirlo como una sanción penal accesoria con una finalidad de prevención general.

*comisión del delito, fueran sin embargo propiedad de un tercero no responsable del delito (...) El fundamento y finalidad del comiso (...) pueden ser (...) independientes de la cuestión de la titularidad de los objetos decomisables."*⁹⁸⁵

*–"...el comiso no responde a ninguno de los fines de la pena, pues no se prevé ni como amenaza destinada a disuadir de la comisión de delitos ni tampoco como castigo merecido por el delito."*⁹⁸⁶

El comiso tampoco está previsto, como pena accesoria, en el artículo 50.2 del Código Penal, que regula como tales solo la inhabilitación especial definida en el numeral 58 *ibídem* como la privación o restricción de uno o más derechos allí establecidos. Esta objeción es tanto sistemática (en cuanto a la ubicación de la figura), como de cara a principios constitucionales, pues chocaría con el principio de legalidad al extralimitar el catálogo de penas accesorias que expresamente contempla el Código Penal y las regulaciones que a ellas le son propias. Podría superarse la dificultad refiriendo que hay una ley previa que lo dispone para todos los delitos (artículo 110 del Código Penal); que hay otras normas especiales que lo señalan como penas (por ejemplo la Ley de conservación de la vida silvestre) y que la figura contempla la privación de un derecho: la propiedad. No obstante, el mismo numeral 58 del Código Penal refiere que las penas accesorias previstas como tales por el legislador tienen un plazo, que es el mismo de la inhabilitación absoluta y que va de 6 meses a 12 años (artículo 57), lo cual es incompatible con la pérdida de la titularidad del bien, que es definitiva. Asimismo, contra toda pena, principal o accesoria, cabe la posibilidad de plantear revisión, lo que la Sala Constitucional ha señalado como incompatible con la cosa juzgada que deriva del comiso.⁹⁸⁷ Por último, no debe

⁹⁸⁵ Cfr: GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 559-560.

⁹⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002, pág 748.

⁹⁸⁷ Ver voto número 2001-8565, vinculante *erga omnes* al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

olvidarse que, conforme al artículo 110 del Código Penal: "*...la ponderación del comiso se hará a partir de que estén satisfechas las responsabilidades civiles dimanantes del delito (...) indudablemente si el comiso mantuviera el carácter de pena no sería admisible que la imposición de la pena pendiera de la satisfacción de la responsabilidad civil.*"⁹⁸⁸ Entonces, o el comiso no es una pena accesoria o, si lo fuera, sería inconstitucional por violar los citados preceptos, por lo que se hace necesario evaluar otras posibilidades.

El comiso como medida de seguridad: A partir de esos cuestionamientos, la doctrina señaló que, en realidad, no se trataba de que la medida fuera inconstitucional sino que no debía verse como una pena y, al intentar darle una explicación, se pensó que su naturaleza era la de ser una medida de seguridad, con lo que se superaba la objeción de que respondiera a un principio de culpabilidad pues este escapa a las medidas de seguridad cuyo fundamento es, más bien, la peligrosidad del sujeto activo. Comiso y medidas de seguridad tenían en común, además, el responder más a criterios de prevención especial, asumidos en instrumentos internacionales, que a los de prevención general. Pero nuevamente arreciaron las críticas. Primero, porque la peligrosidad en las medidas de seguridad surge ante la existencia de un injusto que puede no estar presente en el comiso, que se basa en una presunta peligrosidad objetiva de la cosa *per se* (en el caso de instrumentos usados para la comisión del delito y en particular de algunos tipos de ellos, como las armas). Además, porque esta explicación no sorteó el carácter personalísimo que también tienen las medidas de seguridad y que escapa a la figura del comiso:

–"Lo primero que debe advertirse es que el comiso (...) no tiene tampoco la naturaleza de una medida de seguridad (...) Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto, puesta de manifiesto por la previa comisión de uno o varios hechos típicos y antijurídicos (...) También las

⁹⁸⁸QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 45, 47.

medidas de seguridad tienen un carácter personalísimo, en el sentido de que sólo pueden ser aplicadas al sujeto en que se haya apreciado la peligrosidad criminal. Las medidas de seguridad se orientan exclusivamente en la prevención especial, es decir, a la producción de determinados efectos resocializadores o inoculizadores en el autor peligroso para evitar que cometa delitos en el futuro. El comiso, en cambio, se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa y se orienta (...) a impedir que aquella sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos delitos, y no sólo por el autor sino también por otros sujetos. Ahora bien, la peligrosidad objetiva de la cosa y la probabilidad de su utilización en el futuro para la comisión de nuevos delitos, no lleva aparejada necesariamente la peligrosidad criminal del autor que la utilizó para cometer el delito, en cuyo caso no podría ser decomisada si se atribuyera al comiso la naturaleza de una medida de seguridad. Pero es que aun cuando el sujeto fuera peligroso, el comiso de unos objetos difícilmente podría ser una medida adecuada para eliminar la peligrosidad, dado que no siempre será apta para cumplir los fines de reeducación, de curación o de inoculación propios de las medidas de seguridad. Finalmente, si el comiso tuviera la naturaleza de una medida de seguridad, entonces no cabría tampoco aplicarlo con respecto a objetos pertenecientes a un tercero que, por no haber realizado ningún hecho típico y antijurídico, no pudiera ser declarado criminalmente peligroso...⁹⁸⁹

Además, en el derecho penal costarricense, la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las medidas de seguridad para imputables, dejando solo las medidas de seguridad curativas⁹⁹⁰ y el comiso, la mayor parte de las veces, va anexo a una declaratoria de sanción de imputables y no es mencionado como medida de seguridad⁹⁹¹ que también se rigen por el principio de tipicidad y la

⁹⁸⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 561.

⁹⁹⁰ Ver artículo 98 incisos 3, 4 y 5 y votos números 88-92 y 1588-98 de la Sala Constitucional.

⁹⁹¹ Artículos 101 y 102 del Código Penal.

prohibición de creación por analogía,⁹⁹² a más de que tienen, también, la posibilidad de cese,⁹⁹³ incompatible con el comiso. Ante ello, se planteó otra opción.

El comiso como consecuencia civil o medida reparadora derivada del delito: La Sala Constitucional se ha referido a la figura desde esta perspectiva: *"el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, junto con la restitución y la reparación e indemnización de daños y perjuicios."*⁹⁹⁴ No obstante, en forma técnica, el comiso no puede considerarse que sea una consecuencia civil. Primero porque, como se dijo, en Costa Rica se puede decretar oficiosamente, lo que es ajeno al principio dispositivo y de congruencia de lo civil. Segundo, porque no tiene carácter reparador, restitutivo o indemnizatorio, al punto que el artículo 103 del Código Penal lo enumera ajeno a esos fines, que son propios de las consecuencias derivadas de delito. Tercero, porque *"La responsabilidad civil ex delicto constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, lo que explica que no haya obstáculo a que su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. Y si bien el delito, respecto del nacimiento de esta responsabilidad, es un presupuesto necesario, no lo es suficiente, pues se requiere además la producción de un daño, elemento imprescindible para el nacimiento de toda responsabilidad civil, se encuentre o no tipificado en el Código penal el hecho que lo ocasionó,"*⁹⁹⁵ sin que sea posible plantear, en la vía civil, un reclamo aislado por comiso. Además, porque *"La responsabilidad civil se trasmite a los herederos (...) pero eso no puede sostenerse igualmente respecto de los herederos del responsable del hecho. En los casos del*

⁹⁹² Artículos 97 y 2 del Código Penal.

⁹⁹³ Cfr. Artículos 100 del Código Penal y 478 del Código Procesal Penal.

⁹⁹⁴ Así en el voto número 2001-8565. En igual sentido al Tribunal Constitucional se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, encargada de la casación penal (ver, por ejemplo y entre otros, el voto número 787-2006).

⁹⁹⁵ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 29.

*fallecimiento del acusado o procesado sin que se haya llegado a acordar el comiso no es posible aplicar...*⁹⁹⁶ A ello agrega la doctrina nacional que sus efectos no son de derecho privado sino a favor del Estado, a pesar de que Costa Rica no siguiera las recomendaciones discutidas en la elaboración del Código Penal tipo para América Latina y colocara la figura dentro de las consecuencias civiles.

Esto, como se dijo, no afecta su naturaleza jurídica real y lo que cabe derivar es que la disposición fue erróneamente ubicada, sin que eso incida en sus efectos, concluyéndose que *"el comiso no puede ser un efecto de las responsabilidades civil ex delicto, en su esencia no está el ser una sanción civil."*⁹⁹⁷ A partir de estas reflexiones se planteó otra posibilidad.

El comiso como un acto complejo, una consecuencia accesoria, jurídica, mixta o sui géneris del delito: Hay consecuencias derivadas del delito que lo son por disposición de ley, sin participar de la naturaleza de aquellas figuras. En el derecho costarricense se ubican como tales el tema de la condena en costas a la parte vencida;⁹⁹⁸ la publicación de la sentencia en delitos contra el honor;⁹⁹⁹ la reconstrucción, supresión, reforma, restitución o rectificación registral derivada de la falsedad de instrumentos públicos;¹⁰⁰⁰ la inscripción de cierto tipo de resoluciones¹⁰⁰¹ y el comiso. Así se ha regulado en países como Alemania y España y lo acepta la mayoría de la doctrina, aunque sin concordar

⁹⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delictio*. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 46.

⁹⁹⁷ ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro, San José, 1984, pág. 376.

⁹⁹⁸ Artículo 267 del Código Procesal Penal.

⁹⁹⁹ Artículo 155 del Código Penal.

¹⁰⁰⁰ Artículo 483 del Código Procesal Penal.

¹⁰⁰¹ Artículos 30 incisos j y k, 25 párrafo primero, 36 párrafos noveno y décimo del Código Procesal Penal y Ley del Registro y Archivo Judiciales.

sobre el nombre idóneo a usar, pero dejando claro que no participa de las características de los institutos señalados en acápites anteriores:

→"...Henao Ospina critica las posiciones unitarias (...) señalando que (...) el comiso es un fenómeno de naturaleza compleja con un alcance funcional muy amplio, pues no solamente cumple tarea de pena, sino también las de restitución, compensación, policivas y de aseguramiento, e inclusive procesales de tipo probatorio y cautelar (...) En el mismo sentido, Henao Osa y Velásquez Velásquez son del parecer de la naturaleza compleja del comiso (...) Reyes Echandía (...) González Navarro plantea el carácter mixto de la institución (...) En contraste con las penas o las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias son actos coercitivos o sanciones de naturaleza propia, vinculados legalmente a la imposición de una pena por un delito o falta dolosos o pueden vincularse con ella mediante el pronunciamiento judicial en determinados casos. Así, la ubicación del comiso (...) como consecuencia accesoria implica que su fundamento no es la culpabilidad ni la peligrosidad del sujeto activo del delito."¹⁰⁰²

Inclusive, nuestra legislación surge del Código Penal tipo para América Latina, en donde se discutió ampliamente el tema de la naturaleza jurídica y correcta ubicación del comiso: *"Finalmente privó la opinión de situar el comiso con un carácter penal, más no como una pena, y fuera de las consecuencias civiles del hecho punible, desechándose la idea de este fenómeno como una medida de carácter procesal (...) Uno de los acuerdos de la Cuarta Reunión Plenaria celebrada en Caracas, Venezuela del 20 al 30 de enero de 1969, el N° 89, fue el de incluir un texto sobre el comiso, pero en el entendido de que no tenía el carácter de pena ni de efecto de la responsabilidad civil (...) ¿Por qué entonces a la hora de ordenar la normativa de ese Código se incluyó (...) el*

¹⁰⁰² RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs. 59-60 y 62.

*comiso bajo el Título (...) relativo a la 'Responsabilidad civil derivada del delito'?*¹⁰⁰³

El comiso costarricense es, simplemente, una consecuencia señalada por el legislador para el delito (para cierto tipo de delitos, según se dijo) que, aunque tiene rasgos penales (legalidad, carga de la prueba, inocencia, nexo con el hecho), civiles (procede contra terceros) y administrativos (coercitividad y oficiosidad estatal), no se ajusta con precisión a ninguno de ellos y, por eso, no le pueden ser aplicables principios propios de la pena (como la culpabilidad o temporalidad), de las medidas de seguridad (como la personalidad) o de la reparación (como el dispositivo). De allí que resulte válido que el legislador lo regule para aplicarse oficiosamente, estableciendo la pérdida de titularidad como definitiva, etc. No obstante, ello no significa que, como medida privativa de derechos que al fin y al cabo es, no esté sometida a principios como el de legalidad y de proporcionalidad que son propios, inclusive, de cualquier materia sancionatoria, inclusive en el área del derecho administrativo, por ser los únicos limitadores del poder de imperio del Estado, tal y como se abordará con mayor detalle enseguida.

3.- LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL COMISO

Descartando (por esa naturaleza jurídica y por la constitucionalidad aquí asumida) otras posibles críticas que pueda tener el comiso si se parte desde aquellas perspectivas, es lo cierto que su imposición no está exenta de regirse, como cualquier acto de la Administración Pública en que se aplica el poder de imperio, por los principios de legalidad y de proporcionalidad.

A) En cuanto a la **legalidad**, el comiso no puede ser una medida que se adopte por vía de interpretación y menos a partir de una norma emitida en un contexto socio-histórico diverso al que nos rige en la actualidad pues, por ello,

¹⁰⁰³ ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro, San José, 1984, págs. 369-370.

se vulneraría el principio de legalidad. En cuanto a la necesidad de norma hay que llevar la atención que las actuales leyes de tipo general, solo lo habilitan para delitos (artículo 110 del Código Penal) y mediante sentencia condenatoria (artículo 367 del Código Procesal Penal) por lo que, si se precisa para otro tipo de pronunciamientos se requiere reforma legal. Por otra parte, ya se ha dicho que el comiso, en el contexto histórico en que se emitió la norma general que lo regula, estuvo pensado para delitos dolosos y de resultado. Cualquier otra tipología delictual (delitos culposos o de peligro abstracto) implica que deba establecerse una norma especial que lo prevea (como ha sucedido con la Ley de Armas, por ejemplo), sin que, ante la ausencia de una norma semejante, pueda hacerse una interpretación extensiva. Sobre este tema se ha pronunciado el penalista y criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien señala que el principio de legalidad no se limita, como suele estimarse, a que exista una ley estricta, formal y escrita, sino que, en lo que atañe a la característica de que esa ley sea previa, ha de tenerse en cuenta el "principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido" según el cual:

*"La ley es un texto. Todo texto tiene un contexto, tanto discursivo como social. **El ámbito de lo legalmente prohibido varía aunque el texto permanezca idéntico, porque el contexto cambia continuamente,** puesto que cualquier producto de la actividad del discurso humano deriva su forma y significado de la situación social en que aparece el habla (...) **El cambio de contexto discursivo acarrea problemas que son más graves cuando los generan cambios en el contexto social, cultural o tecnológico (...)** Pero el problema se complica cuando, **debido a uno de esos cambios, el texto aparece abarcando un ámbito de prohibición inusitadamente amplio (...)** En estos casos **se debe tomar en cuenta el contexto cultural del texto legal,** y cuando se comprueba un fenómeno de inusitada extensión prohibitiva, **se impone una reducción histórica.** La legalidad es un principio que sirve para garantizar la limitación del ámbito de programación criminalizante legislativa, y no se puede revertir su sentido convirtiéndolo en un argumento de extensión inusitada y nunca prevista en el contexto originario del texto, cuyo efecto es conceder un espacio selectivo*

*de criminalización que alcanza los límites máximos de arbitrariedad (...) El respeto histórico al ámbito real de lo prohibido se impone en la legalidad porque, **de lo contrario, la simple omisión de las agencias políticas extendería de modo inaudito las prohibiciones punitivas: lo punitivo es un ámbito que deben planificar y aumentar las agencias políticas mediante la ley, y la omisión de estas frente a cambios significativos de contexto cultural o tecnológico constituye una renuncia a su función, que no es constitucionalmente admisible. La criminalización primaria se establece por acción de las agencias políticas y no por sus omisiones.**"¹⁰⁰⁴*

El Código Penal de 1973 reguló el comiso para, según se dijo, delitos dolosos. En el momento en que se redactó ese articulado, la mayoría de los delitos dolosos eran de resultado o lesión o de mera actividad. Muy pocas fueron las normas de peligro abstracto que contempló esa normativa, pues estos se conceptualizaban como excepcionales, dado que significaban punir hechos en un estadio anticipado a aquel en que tradicionalmente debía hacerse (actos ejecutivos y no preparatorios en el llamado *iter criminis*). Ese panorama ha variado en la política criminal costarricense y, desde entonces, son muchas las leyes especiales emitidas con delitos de esa naturaleza. En aplicación de los artículos 10 y 14 del Código Civil, que obligan a considerar los antecedentes históricos en la interpretación normativa y son aplicables a todas las materias, esa omisión es un elemento que debe tenerse en cuenta. En el contexto histórico en que se emite el artículo 110 del Código Penal (1970) la discusión en torno al comiso se circunscribió a los delitos dolosos de resultado, de peligro concreto, de mera actividad y a muy pocas situaciones de peligro abstracto. Inclusive, en España, partiendo de ordenamientos jurídicos similares, es decir que poseen una norma en la parte general del Código Penal que autoriza el comiso y la introducción, mucho tiempo después, la previsión de un delito de peligro como la conducción temeraria con desprecio para la vida de los demás (artículo 384 del

¹⁰⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 113; el destacado es suplido.

Código Penal) se incorporó, junto a esa ley, una norma expresa indicando: "El vehículo a motor o el ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el artículo anterior, se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código"¹⁰⁰⁵ distinción que resultaría inútil si se considerara que bastara la introducción del tipo en el marco general de normas anteriores, debiendo agregarse que, en aquel país, el tipo penal de conducción bajo los efectos del licor implica un peligro concreto, pues no basta conducir con licor sino que esa situación debe afectar concretamente la capacidad de manejar.

B) Además, la medida debe ser ponderada a partir del principio de **proporcionalidad**. El comiso no puede, ni debe, aplicarse automáticamente, sin considerar otros factores propios del caso. En el derecho comparado no hay, a la fecha, ninguna discusión que niegue la posibilidad de que ese principio de proporcionalidad se use como parámetro de medición al momento de decidir el tema del comiso. Señalan algunos autores:

*-"El criterio de proporcionalidad había sido propuesto por la doctrina para resolver los casos más frecuentes de comiso de instrumentos del delito: el de los vehículos de motor. En efecto, aunque en ciertos supuestos pueda estar justificado, parece notoriamente disfuncional cuando se trata de delitos imprudentes de tráfico. Precisamente por ello, la Fiscalía del TS (Circular 6/1968) vino entendiendo que una interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por instrumento obliga a no considerar como tal a los vehículos de motor. Sin embargo, en los delitos contra la seguridad del tráfico tal exclusión puede operar muy difícilmente. De ahí la inevitabilidad del recurso al criterio de proporcionalidad."*¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁵ Cfr: GRACIA MARTÍN, Luis. Las consecuencias accesorias. En: AAVV. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 558.

¹⁰⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 3ª edición, 1996, pág. 216.

*–"...el comiso (...) guarda estrecha analogía con estas consecuencias penales; en tal virtud, le son de aplicación los mismos principios jurídico-constitucionales que rigen las sanciones penales. Tales principios son: legalidad (...) y proporcionalidad y las garantías procesales de principio acusatorio, presunción de inocencia, derecho de defensa e individualización de la consecuencia."*¹⁰⁰⁷

–"...tanto en el comiso de los instrumentos como en el de los efectos, en el momento de decretarse la medida debe considerarse la proporcionalidad de la misma respecto de aquellos que sean de lícito comercio, de manera que el juez puede llegar a abstenerse de decretarla o hacerlo parcialmente si considera que ella es desproporcionada, especialmente cuando se trata de un desequilibrio notorio entre el valor del instrumento y la significación penal del hecho, para evitar que el comiso llegue a superar en aflicción a la propia pena. Es claro que el juicio de proporcionalidad no resulta aplicable como regla general en relación con el provecho económico obtenido de la realización del delito ya que el comiso de los beneficios ilícitos obtenidos por el autor, con independencia de su valor, precisamente cobija la ventaja material obtenida en forma antijurídica (...) Así, pues, los requisitos para la aplicación del principio de proporcionalidad son dos: que no se trate de las ganancias ni de los instrumentos y efectos del delito de comercio ilícito, y que se cumpla alternativamente una de las tres condiciones siguientes: a) que el valor de los bienes no guarde proporción con la naturaleza de la infracción penal, b) que el valor no guarde relación con la gravedad del delito, c) que se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles. Para establecer si se dan las condiciones a) o b) debe atenderse la clase de bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la infracción dolosa, la forma de ataque o puesta en peligro del mismo, el mayor o menor grado de reproche que se

¹⁰⁰⁷ RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, pág. 62 citando a Cloclán Montalvo, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Dykinson, Madrid, 2001, 28-30.

atribuya al autor y los daños materiales y morales producidos por el hecho punible..."¹⁰⁰⁸

Comentando el artículo 127 del Código Penal español, que posee una redacción imperativa similar a la de nuestro artículo 110 pues señala *"Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos (...) y de los instrumentos con que se haya ejecutado..."* (el destacado no es del original), se dice: *"La necesidad y proporcionalidad del comiso no tienen nada que ver con el antiguo automatismo con el que, por voluntad legal, se tenía que decretar. En cambio, de acuerdo con la actual regulación del comiso, su aplicación, en cuanto consecuencia accesoria, no es preceptiva, a diferencia de lo que ocurre con las penas accesorias (...) La modificación de naturaleza (...) obliga a justificar y explicar la proporcionalidad entre el alcance del comiso y el hecho y sus efectos..."*¹⁰⁰⁹ y es el mismo criterio que mantiene la doctrina y la jurisprudencia nacional:

–"...es otro principio, el de Proporcionalidad, el que nos da los lineamientos a seguir en su aplicación práctica, pues al tratarse de una pena (sic) sumamente drástica cuyo fin es la tranquilidad pública, llega a afectar el patrimonio de un particular con un destino específico que es el estado, pero no de forma ilimitada, sino atendiendo a la gravedad del hecho respecto al tipo, naturaleza, procedencia, uso y valor del bien a comisar. Al estar delimitado por ley su uso en el Derecho Penal, le corresponde al juzgador valorar la procedencia del comiso de acuerdo a las variadas circunstancias de cada caso, para que no implique una medida confiscatoria desproporcionada respecto al hecho ilícito que se cometió con los bienes usados para delinquir (...) Sin olvidar que existen bienes que de forma obligatoria entran en comiso, independientemente de su valor o

¹⁰⁰⁸ RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007, págs. 79-80.

¹⁰⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 45, 47.

*afectación al propietario, hay otros que deben ser sometidos a consideración con relación y conexidad al hecho delictivo, en caso que cuya pérdida supere cuantitativamente el daño ocasionado.*¹⁰¹⁰

*–"El (...) fiscal (...) interpone recurso (...) en contra de la sentencia (...) estima que el tribunal de instancia incurrió en vicio in iudicando cuando consideró que el comiso de la vivienda solicitado por el Ministerio Público no era procedente (...) El alegato no es de recibo: el comiso es una consecuencia civil del hecho punible (...) Resulta ostensible que la justiciable es una persona de escasos recursos económicos que se dedicaba a la venta de cocaína base (crack) a consumidores finales desde su vivienda situada en (...) San Rafael Abajo de Desamparados. El principio constitucional de proporcionalidad aplica no solamente a la sanción penal impuesta a quien resulte condenado por la comisión de un delito, sino también abarca a las consecuencias civiles y administrativas que se deriven de dicha pena. En este caso, dado el perfil socioeconómico de la imputada, acceder al comiso solicitado equivaldría a proceder a extender los efectos punitivos con fines claramente confiscatorios en desmedro del único patrimonio de la sentenciada, lo que vulnera ostensiblemente el principio de proporcionalidad de carácter constitucional. Distinto es el caso, de los autores y partícipes condenados por narcoactividad que cuentan con múltiples bienes muebles e inmuebles y gozan de una boyante situación financiera fruto precisamente de su ilícita actividad. En ese supuesto no cabe duda ninguna que resulta constitucionalmente proporcional adoptar la medida del comiso, puesto que la afectación al bien jurídico tutelado ha sido en mayor escala y ello se evidencia con el lucro obtenido que les ha permitido obtener los bienes que se incautan. Por lo expuesto, se declara sin lugar el recurso..."*¹⁰¹¹

¹⁰¹⁰ HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de Bienes*. San José, IJSA, 2006, págs. 65-66.

¹⁰¹¹ Sala Tercera, voto número 2004-24, 09:40 hrs. 23 de enero de 2004; González, Ramírez, Chaves, Castro y Arroyo; el destacado es suplido.

Dicho esto, cabe observar las consecuencias que la totalidad del ordenamiento jurídico le atribuye a los diferentes delitos a los que se pueda aplicar la medida y ponderar la gravedad de diferentes conductas. Esto hace, a todas luces, inadmisibles el comiso "automático", como ha pretendido aplicarse. Entonces, tanto por la pluralidad de efectos que el ordenamiento jurídico le dé a una conducta, como porque un comportamiento similar pero con efectos más graves sea tratado más benévolamente que la conducta que se compara y porque lo secundario podría ser más gravoso que lo principal, podría surgir la citada desproporcionalidad.

Inclusive la misma Sala Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre criterios interpretativos similares de la Fiscalía General de la República, que es a lo que, en definitiva, se reduce la cuestión, indicando que *"...la directriz dictada por la Fiscalía Adjunta de Alajuela, a las catorce horas treinta minutos del trece de enero del dos mil nueve, en cuanto exige la donación del vehículo al Estado, como plan reparador para acordar la suspensión del proceso a prueba, en los delitos de conducción temeraria, resulta contraria al Derecho de la Constitución, particularmente a los principios de proporcionalidad y razonabilidad..."*¹⁰¹²

CONCLUSIONES

De lo que se ha expuesto es posible extraer los siguientes corolarios:

a)- A pesar de que en nuestra Constitución Política se prohíbe la pena de confiscación, la figura del comiso, prevista tanto en la parte general del Código penal como en otras normas especiales, es constitucional, desde que a partir de una interpretación histórica se desprende que el constituyente se refería la confiscación total o general y no a formas especiales o particulares.

¹⁰¹² Sala Constitucional, voto número 8296-10.

b)- Aunque la jurisprudencia nacional, siguiendo la ubicación de la norma general en el Código Penal, ha considerado que se trata de una consecuencia civil del delito, tal cosa no resulta correcta porque, de serlo, tendría que serle aplicable el principio dispositivo y se requeriría no solo petición para su concesión sino el planteamiento de una acción civil, lo que es incompatible con que la norma prevea su decreto aún de oficio. Tampoco puede considerarse que el comiso en Costa Rica sea ni una pena accesoria ni una medida de seguridad, como erróneamente se ha indicado, pues resulta incompatible con los fines señalados para una y otro. La naturaleza jurídica corresponde, más bien, a una consecuencia accesoria, *sui géneris* o mixta del delito.

c)- A partir del contexto histórico existente al emitirse la norma general del comiso (artículo 110 del Código Penal) y de su literalidad, en aplicación estricta del principio de legalidad, cabe concluir que dicha medida solo es procedente ante sentencia condenatoria (pues se requiere 'delito') y por delitos dolosos (no culposos) y de resultado (no de peligro abstracto, casi inexistentes al momento de la emisión de dicha normativa), de modo que, si el legislador desea variar ese estado de cosas debe emitir normas específicas sobre comiso (como lo ha venido haciendo, por ejemplo, en la legislación antidrogas) y prever que sea aplicable aún sin sentencia condenatoria, cuando el objeto sea, per se, ilícito, entre otros supuestos.

d)- Aunque las normas que regulan el comiso puedan tener una redacción imperativa, esta medida, como privativa de derechos que es, requiere que esté debidamente motivada y que se pondere a la luz del principio de proporcionalidad, sin que quepa de forma automática.

BIBLIOGRAFÍA

ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*. Editorial Juricentro. San José, 1984.

AGUADO CORREA, Teresa. *La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04, 2003.

CARDENAL MURILLO, Alfonso. *El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas*. En: *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 11, 1993.

CÁRDENAS CHINCHILLA, Carlos Eduardo. *Persecución penal del patrimonio ilícito y criminal. Pérdida de derechos sobre bienes originales o utilizados de actividades ilícitas y delictivas (extinción del dominio)*. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, San José, 2013.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Editorial Comares, Granada, 2004.

CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general, tomo I*, Editorial Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1996.

CLOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Dykinson, Madrid, 2001, 28-30.

CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. Editorial Astrea, 3ª edición, Buenos Aires.

CUELLAR, Bernal. *El comiso frente al Nuevo Código Penal*. En: *Derecho Penal y Criminología*. Colombia, N° 15, set-dic. Vol. 4, 1981.

FALLAS VEGA, Elena; LINKIMER BEDOYA, Lihanny y RAMÍREZ ALTAMARINO, Marina. *Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional*. IJSA, San José, 3ª edición, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias accesorias*. En: AAVV. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes*. IJSA, San José, 1ª edición, 2006.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Las penas patrimoniales en el Código penal español*. Tras la Ley Orgánica 8/1983, editorial Bosch, Barcelona, 1983.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *La pena de comiso en el proyecto de Código Penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España, Fascículos 1-2-3, enero-diciembre, Vol. 34, 1981.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 3ª edición, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002.

MORA SÁNCHEZ, Jeffry. *El delito de legitimación de capitales*. Isolma, San José, 1ª edición, 2013.

NEIRA RIZZO, José. *La confiscación*. En: *Revista jurídica online*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Guayaquil. Versión electrónica en: <http://www.revistajuridicaonline.com>.

OBREGÓN QUESADA, Clotilde. *Las constituciones de Costa Rica*. Editorial U.C.R., San José, Volúmenes I a V, 1ª edición, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzadi, Navarra, 2002.

RESTREPO MOLINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición, Bogotá, 2007.

VERVALE, J.A.E. *Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?* En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf).

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000.

Legislación

ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Código Penal: adicionado con la exposición de motivos y el dictamen afirmativo*. Alcance N° 120 a La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970, Imprenta Nacional.

BIBLIOTECA DE DERECHO VIGENTE DE COSTA RICA. *Código Penal, 1914*. Tipografía Lehmann, San José.

Código General. República de Costa Rica. Imprenta de Wynkoop, Nueva York, 1858. Parte III.

Código Penal de 1918. Colección de leyes de Costa Rica, II Semestre, 1918.

Código Penal de la República de Costa Rica, 1924. Edición ordenada por Aquiles Acosta. Imprenta María V. de Lines, San José.

Código Penal y Código de Policía. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1965.

Ley contra la delincuencia organizada N° 8754.

Ley de armas y explosivos N° 7530.

Ley de conservación de la vida silvestre.

Ley de distribución de bienes confiscados o caídos en comiso, su reglamento y manual.

Ley de Juegos N° 3.

Ley de Pesca y Acuicultura N° 8436.

Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual N° 8039.

Ley de Rifas y Loterías N° 1387.

Ley forestal N° 7575.

Ley General de Salud N° 5395.

Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo N° 8204.

Jurisprudencia

Sala Constitucional, votos 2001-8565, 2009-6833 y 2010-8296.

Sala Tercera, votos 712-2006, 1273-2005, 24-2004, 512-2001, 1217-1999 y 505-99.

Tribunal de Casación Penal de Cartago, votos 2010-236 y 2010-265.

Tribunal de Casación Penal de San José, votos 2000-76, 2000-323, 2003-383 y 2004-101, 2006-787, 2010-637, 2010-1009 y 2010-1494.

Tribunal de Casación Penal de San Ramón, Sección Segunda, voto 2010-302.

VII. DERECHO PENITENCIARIO

PRISIONES Y HACINAMIENTO CRÍTICO EN COSTA RICA: INTERVENCIÓN NECESARIA DE LOS TRES PODERES DEL ESTADO

Prof. Dr. Roy Murillo Rodríguez

Juez de Ejecución Penal

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El presente artículo trata del problema del hacinamiento carcelario en Costa Rica. La Administración Penitenciaria recibe a privados de libertad sin consideración de la capacidad real de los centros penitenciarios, lo que lleva al hacinamiento. Esta situación vulnera derechos humanos protegidos en importantes instrumentos internacionales. Se presentan en este artículo el abordaje que se ha seguido sobre esta situación desde los tres poderes de la República, así como la necesidad de acciones que deben seguir para un mejoramiento del sistema.

PALABRAS CLAVE: Hacinamiento carcelario, sobrepoblación carcelaria, sistema penitenciario, derechos humanos, resocialización, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Ejecutivo.

ABSTRACT: This paper addresses the problem of prison overcrowding in Costa Rica. The Prison Administration receives prisoners regardless of the actual capacity of the prisons, which leads to overcrowding. This situation violates protected human rights in important international instruments. We present in this paper the approach that has been followed on the situation from the three powers of the government and the need for actions to be followed for improving the system.

KEYWORDS: Prison overcrowding, prison system, human rights, resocialization, Legislative, Judicial, Executive.

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 16 de septiembre de 2013.

El hacinamiento o la sobrepoblación carcelaria constituye hoy -agosto del 2013- el principal problema que afecta el Sistema Penitenciario Nacional en menoscabo de la dignidad humana de los privados de libertad; en riesgo de la seguridad y control de nuestras prisiones y en detrimento de la finalidad de resocialización pues las prisiones hacinadas no permiten la atención de su población y lejos de servir como mecanismo para la prevención del delito y la violencia se constituyen en medios reproductores de más violencia y escuelas de la criminalidad¹⁰¹³. La situación se agrava con el transcurso del tiempo y cada mes el acumulado desfavorable complica más el asunto. Hasta ahora las soluciones aplicadas han sido absolutamente ineficaces y la Administración Penitenciaria continúa recibiendo los presos sin límite alguno a su capacidad de alojamiento.

¹⁰¹³ Sobre este tema y las nefastas consecuencias en la calidad de vida de los prisioneros, su relación con múltiples muertes en diferentes países del área y el control de las prisiones: *“El hacinamiento de personas privadas de libertad genera fricciones constantes entre los reclusos e incrementa los niveles de violencia en las cárceles, dificulta que estos dispongan de un mínimo de privacidad; reduce los espacios de acceso a las duchas, los baños, el patio, etc.; facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en que las condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene son deplorables; constituye un factor de riesgo de incendios y otras situaciones de emergencia; e impide el acceso a las –generalmente escasas- oportunidades de estudio y trabajo, constituyendo una verdadera barrera para el cumplimiento de los fines de la pena privativa de libertad”*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, O.E.A., 2011, p. 174, apartado 455. Sobre el tema también se recomienda consultar: CARRANZA LUCERO, Elías (coordinador), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe. Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, México, Editorial Siglo XXI, 2009

Sin entrar a la cárcel es difícil comprender las dimensiones que este problema alcanza y las condiciones inhumanas en que viven nuestros presos. Un ejemplo que nos podría dar una mejor idea al respecto lo tenemos con las camas de tres niveles. Y es que la implementación de esa absurda idea no ha tenido éxito pues cuentan funcionarios penitenciarios que al ocupar el piso la cama del primer nivel se ubica entonces solamente a un privado de libertad mientras que con los camarotes, debajo de las camas logran acomodar al menos las piernas de unos tres privados de libertad, por lo que la cama adicional viene mas bien a disminuir la capacidad de alojamiento. Personas apiñadas durmiendo bajo las camas, en pasillo y hasta en los baños, es la regla en nuestras prisiones, y así la Administración Penitenciaria sigue recibiendo presos sin encontrar soluciones de espacio o asegurar el egreso suficiente de otra población para que la nueva pueda ingresar. Visitando en estos días rápidamente la cárcel de San Sebastián, le consultaba a su director que hasta cuántos más pensaban ingresar y cuál era el límite y me respondía que eso mismo preguntaba a sus superiores y nunca ha tenido respuesta.

Se recibe toda la población remitida al margen de la capacidad real y no existe voluntad para establecer mecanismos de descongestión automáticos.

Nuestra autoridad penitenciaria debe imponer un límite a su capacidad de alojamiento, mismo que podrá ampliarse con la asignación de presupuesto suficiente y la ampliación de la infraestructura carcelaria. Alcanzada la cuota o capacidad máxima se podría sugerir que, como en otros países, se asigne una fecha para ingreso -una vez que exista espacio- o se ordene el egreso de la población más próxima al cumplimiento de la sanción para que pueda ingresar la recién remitida.

Conforme resoluciones de la Sala Constitucional, la autoridad administrativa no puede negarse a recibir la población que le remite el Poder Judicial pues esa es su obligación constitucional¹⁰¹⁴ y por lo tanto, la única

¹⁰¹⁴ Voto N° 13569 del 07 de octubre del 2011

alternativa viable para el control de la densidad carcelaria, es diseñar un sistema del egreso de su población -automático o no, colectivo o individualizado- en una cantidad suficiente que le permita mantener el control de su capacidad de alojamiento.

Actualmente nuestra legislación no contiene una fórmula para enfrentar el fenómeno del hacinamiento, sin embargo recordemos que conforme los principios que regulan el Estado de Derecho, la laguna legal no nos exime de una directa intervención y solución efectiva, al menos no si se toma los derechos humanos en serio y si se respetan los principios básicos de un Estado que por definición fundacional se supone Constitucional y Democrático. En los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas encontramos disposiciones al respecto:

"XVII Medidas contra el hacinamiento: La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes. La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por

encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva". ¹⁰¹⁵

La información estadística del alojamiento en nuestras prisiones refleja que Costa Rica sufre el crecimiento más drástico de su población penal y el grado de hacinamiento se agrava cada día más. Del 2007 al 2012 la población institucionalizada ha pasado de 7793 a 13044 persona y después de no existir ocupación plena en el 2007 cinco años después se alcanza una sobreocupación del 31%. La situación afecta sin distinción pues la población femenina que siempre se había mantenido en niveles bastante reducidos presenta un aumento en ese período de 453 a 826 mujeres presas-¹⁰¹⁶.

Con una capacidad de 9796 personas tenemos en prisión a 13496, lo que en promedio alcanza una sobreocupación del 37.8%, lo que constituye hacinamiento crítico y por definición impone un trato cruel. La situación es más gravosa si vamos a la estadística en detalle y encontramos que por ejemplo en la cárcel de San José (San Sebastián) con espacio para 664 internos hay 1191 -un 79.6% de hacinamiento, el más alto por centros penitenciarios en este momento- y en San Carlos con espacio para 442 tenemos a 763 sujetos -72.6%- . Peor aún, en este último recinto carcelario, en la unidad de indiciados, con espacio para 104 hay 236 personas, sea un hacinamiento del 126.9%.¹⁰¹⁷ La situación es gravísima y reflejo de un país que por procurar controlar el orden social apunta fuertemente a la represión sin comprender los límites en el ejercicio del poder punitivo. Tenemos hoy una una tasa de encierro de las más altas del continente americano, la que ha pasado del 189 por cien mil habitantes en el

¹⁰¹⁵ Aprobadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 131° periodo ordinario de sesiones, del 3 al 14 de marzo del 2008.

¹⁰¹⁶ Información obtenida del II Informe Cuatrimestral de Solicitudes de Información, Departamento de Investigación y Estadística, Ministerio de Justicia y Paz, Agosto, 2012.

¹⁰¹⁷ Datos de Investigación y Estadística, Ministerio de Justicia y Paz, 6 de agosto del 2013.

2007 a 299.9 en el 2012-¹⁰¹⁸, una pena perpetua disfrazada -de hasta 50 años-, cientos de personas que estarán en prisión hasta el último día de sus vidas al tener penas pendientes de más de 40 y hasta 50 años, personas que van a prisión por robarse cinco latas de atún o dos paquetes de arroz y cárceles donde sistemáticamente se violan los derechos fundamentales¹⁰¹⁹.

En cinco años la población penal y el hacinamiento se han multiplicado, alcanzando dimensiones que dificultan hoy la administración de las prisiones. Esta grave situación se ha denunciado por diferentes actores como Jueces de Ejecución, la Defensora de los Habitantes y el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y ni siquiera así se ha exigido un control político a las autoridades responsables. El tema de prisiones y derechos de los privados de libertad no es un tema relevante en la agenda política pues electoralmente no genera empatía ni produce votos. La proyección de crecimiento de la población penal –realizadas por el ex Vice Ministro Eugenio Polanco en un artículo sin publicar, "*El Sistema Penitenciario... agoniza*"- señala que para mayo del 2014 la sobrepoblación alcanzará los 4669 presos sobre la capacidad real –un 45.6%- y que los espacios que supuestamente se habilitarán para esa fecha no resolverán ni la mitad del problema.

¹⁰¹⁸ II Informe Cuatrimestral de Solicitudes de Información, Departamento de Investigación y Estadística, Ministerio de Justicia y Paz, Agosto, 2012, p.15.

¹⁰¹⁹ El hacinamiento penitenciario caracteriza el estado de las prisiones en América Latina y sus causas parecen comunes en toda el área: "*La CIDH observa que el hacinamiento es la consecuencia previsible de los siguientes factores fundamentales: (a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; (b) la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana (llamada de "mano dura" o "tolerancia cero"; (c) el uso excesivo de la prisión preventiva y de la privación de libertad como sanción penal y (d) la falta de una respuesta rápida y efectiva de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena (por ejemplo en la tramitación de las peticiones de libertad condicional).*", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, O.E.A., 2011, p. 173, apartado 451.

En días anteriores, en una reunión con la señora Ana Isabel Garita Vílchez, Ministra de Justicia y su equipo de trabajo, manifesté que parecía que la Administración no comprende los límites dentro de los que debe cumplir sus funciones y que falta cultura jurídica en la Administración de las cárceles. Es inadmisibles que la autoridad penitenciaria no cumpla con las resoluciones judiciales que reiteradamente y desde hace muchos años le exigen una solución al problema de hacinamiento y condiciones dignas en el cumplimiento de las penas.

Contestaba el señor Manrique Sibaja Álvarez, Director General de Adaptación Social, que no es falta de cultura jurídica sino que lo que sucede es que la realidad les ha superado... Pareciera que pretende que el Derecho se tuerza y se ajuste a la realidad carcelaria cuando es esta última la que debe ajustarse al deber ser.

La custodia de la población penal, por disposición constitucional y legal es responsabilidad del Poder Ejecutivo (Constitución Política, artículo 140 inciso 9, Ley de Creación de la Dirección General de Adaptación Social, N° 4762-1971 y Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, N° 6739 del 28 de abril de 1982), concretamente del Ministerio de Justicia y Paz, sin embargo la problemática afecta todo el Sistema de Justicia y la sociedad, por lo que todos las sub agencias de ese Sistema y todos los Poderes de la República tienen la obligación de intervenir y contribuir a una solución efectiva

Veamos la forma como se ha procedido y lo que debería realizarse, desde cada una de los ámbitos de Poder.

1) DESDE EL PODER JUDICIAL

La intervención de la Sala Constitucional y de los Juzgados de Ejecución de la Pena es cuestionable. La autoridad judicial parece que no cumple con la obligación constitucional del artículo 153 que le ordena asegurar la ejecución o

el cumplimiento de sus resoluciones¹⁰²⁰, como parte esencial de la función jurisdiccional. Definitivamente es urgente en nuestro país reformas a la Justicia Constitucional y a lo mejor si se estableciera como causal de remoción el incumplimiento de sus funciones básicas, el problema no se presentaría.

La Sala Constitucional no muestra un verdadero interés frente a esta problemática y la no ejecución de sus resoluciones, a pesar del evidente incumplimiento, pone en tela de juicio su papel. Pareciera que en la práctica esta autoridad visualiza los derechos de los presos como ciudadanos de segunda categoría, solo eso explica casos como los de San Sebastián, Liberia o Cartago, donde después de votos que exigen soluciones al hacinamiento se reiteran votos en el mismo sentido, dando nuevos plazos y girando órdenes que no se aseguran, generándose un círculo vicioso que termina tolerando malas prácticas penitenciarias y la violación sistemática de derechos humanos.

INTERVENCIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL CENTRO DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL DE SAN JOSÉ

El caso del Centro de Atención Institucional de San José, comúnmente conocido como la cárcel de San Sebastián, es el mejor ejemplo de ineficacia de las resoluciones de la Sala Constitucional, arrastrando esa inoperancia por más de quince años.

En 1996 se pronuncia este Tribunal en relación con el tema de hacinamiento en esa cárcel, resolución referente en la mayoría de votos posteriores sobre la materia:

¹⁰²⁰ Constitución Política, ARTÍCULO 153.- “Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso - administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario”.

"Resulta evidente para esta Sala, no solo que la realidad carcelaria en el Centro de Atención Institucional de San José, está totalmente alejada de las pautas que al efecto deben seguir las instituciones carcelarias en lo referente al tratamiento de los reclusos, sino que, la función retributiva de la pena y el concepto de pena como castigo -que en teoría se encuentran del todo superados por las nuevas tendencias criminológicas- parecen cobrar absoluta validez en la realidad penitenciaria costarricense. Y eso es así, porque el tener a seres humanos en total hacinamiento, sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros, con poca ventilación, no puede ser otra cosa que un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana, que esta Sala no puede soslayar de ninguna forma. Por ello se impone declarar con lugar el recurso, concediendo al Poder Ejecutivo un término prudencia de un año para que ponga al Centro de Atención Institucional de San José, en condiciones de respeto a las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas." (Voto N° 1032, del 1° de marzo de 1996).

Cuatro años después se presenta un nuevo recurso por problemas de hacinamiento en el mismo centro penitenciario, otorgándose nuevamente un año para resolver la situación:

*"Se declara CON LUGAR el recurso. Se le otorga **A LA MINISTRA DE JUSTICIA**, un plazo de **UN AÑO** contado a partir de la notificación de esta sentencia, para que ponga el Centro de Atención Institucional de San José en condiciones de respeto a las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas. A partir del recibo de esta comunicación, no deberá permitir el ingreso de más privados de libertad en el Centro de Atención Institucional de San José, debiendo la Administración Penitenciaria en el mismo plazo disminuir paulatinamente la población penal hasta llegar a la capacidad real de ese centro carcelario. **EI JUZGADO DE EJECUCION DE LA PENA** recurrido deberá velar por el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia. Se ordena al **MINISTRO DE***

SALUD, que en el ejercicio de las competencias asignadas a esa Cartera, gire de inmediato las instrucciones pertinentes, a fin de que se realice una inspección sanitaria en el plazo de **OCHO DIAS HABILES** contado a partir del recibo de esta comunicación, con el fin de que se giren las órdenes pertinentes en resguardo de la salud de la población privada de libertad del Centro de Atención Institucional de San José; asimismo, deberá ordenar que se de seguimiento a la situación sanitaria que se presenta en ese centro penal, y utilizar sus potestades para que se cumplan sus órdenes en el plazo que así determine..." (Voto N° 7484 del 25 de agosto del 2000).

En esta resolución al menos cabe destacar como nuevos elementos en la solución, la prohibición expresa de más ingresos al Centro Penitenciario y la fijación de la capacidad real como límite para el centro, la intervención del Ministerio de Salud en la materia así como la intervención del Juez de Ejecución para asegurar el cumplimiento de la orden judicial. Hoy podemos concluir que ninguno de esos mecanismos fue efectivo.

Dentro de ese mismo asunto, la Ministra de Justicia y Paz presentó una solicitud de adición y aclaración para que la Sala autorizara la ocupación del centro penitenciario hasta un 20% de su capacidad real, indicando que la misma era de 490 personas y de esa manera se podría ampliar a 588 sujetos sin alcanzar un hacinamiento crítico y que se permita el ingreso de privados de libertad al centro.

IV.- En el pronunciamiento que ahora se pide aclarar la Sala no fijó cuál es la cabida de personas que tiene en Centro de Atención Institucional de San José, se limitó a aceptar la que la señora Ministra indicó, al respecto se dijo: "debe la Administración Penitenciaria en el mismo plazo disminuir paulatinamente la población penal en el mismo –se refiere al Centro- hasta llegar a la capacidad real de ese centro carcelario.... Aunque esa cantidad no coincide con la señalada por el Juez de Ejecución de la Pena en su informe, se inclina la Sala por aceptar la cifra determinada por la señora Ministra, quien por el cargo que ostenta es quien debe contar con datos exactos acerca de la capacidad real que tienen los

centros penales”, para luego en el por tanto del pronunciamiento disponer: “debiendo la Administración Penitenciaria en el mismo plazo –un año- disminuir paulatinamente la población penal hasta llegar a la capacidad real de ese centro carcelario”. La función de la Sala en relación con el tema tratado en este aparte es velar por que las condiciones de los privados de libertad sean las correspondientes al trato digno de una persona, lo que indudablemente se ve afectado por la desproporcionada cantidad de internos que al momento tiene el Centro, lo que no permite que se le pueda reconocer el espacio necesario para: dormir, descansar, comer, tener algún entretenimiento, deporte, realizar sus necesidades fisiológicas con alguna privacidad y contando con medidas razonables de higiene, en fin realizando las actividades propias de un ser humano, aunque sin libertad ambulatoria, con la dignidad que ello requiere. Es por ello que ahora se indica a la señora Ministra que su obligación, según los términos del fallo que se pide aclarar, es reducir paulatinamente el número de internos que se tienen en el Centro Institucional de San José, de manera que se reconozca, a las personas que en él se encuentren privadas de libertad, condiciones que permitan una convivencia digna de un ser humano. Como la señora Ministra goza de un plazo de un año, lo que debe hacer –también según los términos del señalado fallo- es reducir paulatinamente el número de internos, lo que no evita que pueda aceptar nuevos ingresos, cuando las circunstancias así lo requieran y con ello no se cause un grave deterioro de las condiciones en que de por si ya conviven los reclusos. De toda forma, independientemente del número de personas detenidas en el Centro, tanto la señora Ministra, como el Ministro de Salud –funcionario al que se le debe notificar esta resolución-, deben tomar con prontitud las medidas urgentes que permitan mejorar las condiciones higiénicas y de salud en que cumplen las medidas restrictivas de libertad las personas que en el Centro se encuentran, cumplimiento que debe ser constatado por el Juez de Ejecución de la Pena de San José –según se dispuso en el fallo que se pide aclarar” (Voto N° 8537 del 28 de septiembre del 2000).

Se rechazó la solicitud de aclaración pero se redimensiona los efectos, manteniéndose la orden de reducir en un año la población penal a la capacidad real del centro pero autorizando ingresos al centro penitenciario.

Vale señalar que en esta misma oportunidad, la misma Sala confiesa su conocimiento del incumplimiento de resoluciones anteriores en casos de similar naturaleza:

"...aunado a que se trata de exacta situación a la que ya se había referido la Sala en el año de mil novecientos noventa y seis, también en relación con el Centro de Atención Institucional San José, sin que en esa oportunidad el Poder Ejecutivo acatara las órdenes vinculantes emitidas en el fallo; así como que no se trata de un simple problema de "incomodidad" en que se encuentran los privados de libertad en ese centro penal, sino de una excesiva población penal que sobrepasa en mucho los parámetros establecidos como respetuosos de los derechos humanos de las personas sometidas a prisión -violación que además pone al país en situación de incumplimiento a convenios internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo y aprobados por la Asamblea Legislativa, que por disposición constitucional tienen rango superior a la ley. También se ponderó el hecho de que se trata de una situación ya señalada a las autoridades penitenciaria por parte del Juez de Ejecución de la pena, sin que se acataran sus recomendaciones, y que, como se dijo en la sentencia que nos ocupa, reiterando la número 1032-96 de las nueve horas y tres minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y seis: "Si el Estado, cumplimiento con una función pública como lo es el velar por la seguridad ciudadana, aísla y priva de su libertad a personas que han infringido la ley, debe hacerlo dentro del marco del respeto de los derechos humanos, como se ha comprometido". (Voto 8537 del 28 de septiembre del 2000).

En el año 2003 se establece por parte de un privado de libertad un nuevo recurso ante la Sala, alegándose el incumplimiento de las órdenes emitidas en los dos últimos votos citados (2000-7484 y 2000-8537) y de manera

sorprendente y con una argumentación nada convincente, la Sala Constitucional llega a concluir que no se ha dado el incumplimiento:

"III.- El caso concreto. La Ministra de Justicia alegó que no es cierto que la población del Centro de Atención Institucional de San José haya aumentado, luego de que dictó las sentencias antes transcritas. Que con ocasión a esas sentencias, las Dirección General de Adaptación Social, tomó las medidas pertinentes para reducir la población penal a estándares permitidos por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las personas privadas de libertad. Asimismo, que esa Dirección, a partir de que la Sala ordenó reducir paulatinamente el número de personas privadas de libertad en ese Centro Institucional, ha cumplido con dicho requerimiento. Para el año mil novecientos noventa y nueve e inicio de dos mil, la capacidad real del Centro era de 472 personas privadas de libertad y había una población penal de 1130 privados de libertad. A partir de las sentencias de reiterada cita, se efectuó una remodelación en el centro, lo que permitió incrementar el cupo real en 116 espacios, para una capacidad total de 588 personas. Asimismo, que no obstante que la población penal –al momento en que rindió el informe- es de aproximadamente 778, todas cuentan con un espacio adecuado para dormir con su correspondiente colchón y cobija, además de poder cubrir sus necesidades básicas de alimentación y aseo personal. IV.- Sobre el fondo. Con ocasión del recurso de amparo tramitado bajo expediente número 00-003509-0007-CO, esta Sala dispuso en las sentencias No.2000-078484, de las nueve horas veintidós minutos del veinticinco de agosto de dos mil y 2000-08537, de las dieciséis horas quince minutos del veintiocho de setiembre de ese mismo año, que en el plazo de un año el número de internos del Centro de Atención Institucional de San José debía adecuarse paulatinamente al que permitiera una convivencia digna a las personas que se encontraban recluidas en ese lugar. En atención a lo dispuesto, el veintidós de noviembre de dos mil uno, la Subdirectora General de Adaptación Social aportó copia del oficio D.C.A.I.S.J. No.0001603, de 13 de noviembre de 2001 (copia a folios 196 a 200 del recurso de amparo No.00-003509-0007). Como en la especie, ese oficio y el informe de la Ministra de Justicia permiten

acreditar que la Administración Penitenciaria ha venido cumpliendo con lo que se ordenó en las sentencias supra citadas, toda vez que según el dicho de Director del Centro de Atención Institucional de San José y la accionada los trabajos de remodelación que dieron inicio en febrero de dos mil uno, propiciaron en términos generales mejores condiciones para la atención personalizada de la población penal, subsanar casi por completo los problemas de higiene que se presentaban al proveerse de agua potable permanente a todas las secciones y el incremento de la capacidad real del Centro de Atención Institucional en 116 espacios, estima la Sala que el recurrente debe estarse a lo resuelto en las sentencias 2000-07484, de las nueve horas veintiún minutos del veinticinco de agosto de dos mil, y No.2000-08537, de las dieciséis horas quince minutos del veintiocho de setiembre de dos mil, como en efecto se dispone". (Voto N° 5293 del 20 de junio del 2003)

Incomprensibles las razones de la Sala Constitucional. Es cierto que desde el 2000 al 2003 la Administración Penitenciaria realizó esfuerzos para resolver la problemática de hacinamiento en la cárcel de San Sebastián ampliando su capacidad real en 116 espacios y reduciendo la población, pero de manera alguno la inteligencia permite comprender eso como un cumplimiento de lo ordenado judicialmente. La Sala dispuso en las resoluciones judiciales resolver el problema de sobrepoblación y limitar la población penal a la capacidad real del centro. Según los datos que expresamente brinda la Ministra de Justicia en el informe respectivo, se amplió la capacidad a 588 personas y se mantenía ahí a 778, sea que se sobrepasaba la capacidad real por 190 personas, número que representaba entonces una ocupación obviamente superior a la de su capacidad real pero peor aún, constitutiva de hacinamiento crítico -32.31% y como tal un trato cruel y denigrante. Gravísimas las conclusiones de la Sala Constituciones porque desconocen sus propias órdenes judiciales y tolera y legítima una situación abiertamente violatoria de derechos fundamentales.

En el 2005 encontramos otro pronunciamiento de la Sala Constitucional ordenándose reducir la sobrepoblación en el plazo de un año hasta llegar a su

capacidad real (Voto N° 6336 del 6 de abril del 2005). Pocos meses después, mediante resolución N° 7980 del 22 de junio del 2005, se ordena no admitir más reclusos sobre el margen de hacinamiento crítico y reducir en el plazo de seis meses la población penal a la capacidad real

Mediante Voto N° 11762 del 11 de agosto 2006 se declara con lugar otro recurso y se ordena en un mes disminuir la sobrepoblación del ámbito A-4 hasta su capacidad real.

En el 2009 mediante Votos N° 1332 del 30 de enero y N° 6558 del 24 de abril se ordena de inmediato resolver el problema de los privados de libertad que se encuentran durmiendo en el suelo y facilitar una cama.

En el 2011 nuevamente se emite un pronunciamiento al respecto, declarándose con lugar el recurso y dando un año a la autoridad penitenciara para resolver la situación:

"... del informe rendido por el representante de la autoridad recurrida -que se tienen por dados bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción-, y la prueba aportada para la resolución del presente asunto, se comprueba la existencia del hacinamiento crítico, cuando se no se desvirtúa la acusación de los recurrentes en el sentido que la capacidad de alojamiento del Centro de Atención Institucional San José es para 540 privados de libertad y a la fecha están ubicados 930 privados de libertad. Es decir, la sobrepoblación general en dicho centro asciende a un 75%. Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha establecido que 20% es el porcentaje máximo admitido de sobrepoblación, constituyéndose en hacinamiento crítico la sobrepoblación que supere dicho porcentaje (véase la resolución N° 18627-2007 de las 10:44 horas del 21 de diciembre de 2007). Por lo tanto, al haberse comprobado en este caso que se excedió dicho porcentaje se constata la trasgresión a los derechos fundamentales de los amparados –y del resto de privados de libertad ubicados en el mismo centro-. El artículo 40 de la Constitución Política señala que "nadie puede ser sometido a tratamientos

crueles o degradantes" y como los malos tratos, crueles o degradantes, pueden revestir múltiples formas, desde luego que pueden ser el resultado de una voluntad deliberada, de deficiencias en la organización de los servicios penitenciarios o de insuficiencia de recursos. Pero en general, la comprobación de la existencia de condiciones infrahumanas en los establecimientos penitenciarios, cualesquiera que sean las causas, es una señal inequívoca de violación de los derechos humanos de los internos, que el Estado, encargado de sus custodias, está obligado a enmendar. Constituyéndose en una violación de tal norma constitucional el mantener hacinados a los privados de libertad en condiciones críticas que han sido establecidas, según se dijo, cuando la población sea superior a un 120% de la capacidad. Reconoce esta Sala la labor realizada por las autoridades recurridas para mitigar los efectos de dicha sobrepoblación, específicamente al incrementar las cantidades de alimentos, procurar más y mejores espacios, organizar por turnos la rutina de alimentación y visitas, entre otras, tal y como se desprende del elenco de hechos probados; pero al constatar el hacinamiento del centro recurrido, considera esta Sala que se está quebrantando la dignidad humana. En conclusión, dado que se comprueba la existencia de hacinamiento crítico en el Centro de Atención Institucional de San José (pues su capacidad es para 540 privados de libertad y a la fecha están ubicados 930 privados de libertad, es decir, la población asciende a un 175%), corresponde la estimatoria de este recurso..." (Voto N° 2011-3742 del 23 de marzo del 2011).

Se utiliza el concepto de hacinamiento crítico como el supuesto límite de la sobrepoblación carcelaria, concepto que valga señalar es cuestionable porque permite el uso de las prisiones sobre su capacidad real y además se trata de un parámetro europeo propio de su realidad y ajeno a los bodegones y galerones ya saturados que caracterizan nuestras prisiones.

Mediante Voto N° 4815 del 13 de abril del 2011 se acoge otro recurso y se ordena a la administración resolver el problema de hacinamiento dentro del plazo otorgado en la resolución N° 3742 del 23 de marzo del 2011.

En el 2012 encontramos varias resoluciones ordenándose la solución inmediata para eliminar la situación de hacinamiento:

"En el caso concreto, el recurrente acusa que el dormitorio B-1 del Centro de Atención de San José sufre problemas de sobre población, lo que le genera una serie de inconvenientes. En sus informes, los recurridos aceptan que dicho sitio alberga mayor cantidad de personas que para las que fue diseñado sin contradecir el dicho del recurrente según el cual pese a que el dormitorio B-1 tiene una capacidad para 20 personas, al momento de interponer el amparo alberga 36 privados de libertad lo que excede con creces el porcentaje para evitar el hacinamiento. Aducen las autoridades recurridas que se han realizado esfuerzos importantes para mantener en buen estado las pilas, baños y servicios sanitarios de ese dormitorio, así como además se están haciendo los trámites para conseguir los fondos necesarios para ampliar la capacidad de los módulos, con el fin de reducir dicha problemática. Con vista en lo anterior, y tomando en cuenta lo externado líneas atrás, esta Sala constata una violación a los derechos fundamentales del amparado pues actualmente se encuentran ubicados en un dormitorio que excede en más de 50% su capacidad, y si bien se han adoptado medidas para mantener en condiciones de higiene el lugar y con ello paliar dicha situación, lo cierto es que a la fecha el amparado se encuentra sufriendo los problemas generados por esa sobre población. En razón de lo expuesto anteriormente, lo procedente es acoger el recurso planteado. Por tanto: Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se ordena... de forme inmediata adopten las medidas pertinentes para que se elimine el hacinamiento crítico en el Centro de Atención Institucional de San José, hasta llegar a su capacidad real". (Voto N° 2053 del 17 de febrero)

De la misma forma se resuelve otro reclamo mediante Voto N° 5310 del veintisiete de abril. El 25 de mayo, mediante Voto N° 6925 se acoge otro recurso donde se ordena cumplir con lo dispuesto en la resolución N° 5310-2012. Seis meses después, el 07 de noviembre -Voto N° 15740- se declara con lugar otro recurso:

"... Se ordena... que de FORMA INMEDIATA a la notificación de esta sentencia tomen las medidas pertinentes para eliminar el hacinamiento en el Centro de Atención Institucional de San José, elaboren un plan de mitigación para eliminar la supracitada aglomeración y en el plazo de UN MES, deberán de informar la fecha exacta en que dispondrán de los recursos para ejecutar las tareas necesarias para dar contenido a dicho plan, así como la data de inicio, y el cumplimiento periódico del citado plan de mitigación"

En el 2013 la Sala acoge otro recurso al acreditarse que se tenía al recurrente durmiendo en el suelo (Voto N° 742 del 18 de enero).

INTERVENCIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL CENTRO DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL DE LIBERIA

Múltiples resoluciones encontramos en relación con este Centro Penitenciario, que en los últimos años ha sido uno de los que ha sufrido mayor carga de población penal. Mediante Voto N°1872 del 29 de enero del 2010 se acoge un recurso ordenándose adoptar inmediatamente las medidas necesarias para eliminar el hacinamiento crítico. Unos meses después, en resolución N° 10124 del 11 de junio del 2010 expresamente se reconoce que el Centro presenta una situación de hacinamiento y declara con lugar el recurso sin girar orden alguna frente a esta problemática. A los ocho meses, mediante resolución N° 2118 del 23 de febrero del 2011 se ordena proveer de camas a toda la población y coordinar acciones para la solución integral y definitiva del hacinamiento crítico. Ocho meses y cinco días después se emite un pronunciamiento exactamente en los mismos términos:

"Se declara con lugar el recurso por el hacinamiento crítico y la falta de camas en el Centro Programa Institucional Calle Real. En consecuencia, se ordena a Hernando París Rodríguez, en su condición de Ministro de Justicia y Paz, o a quien ocupe el cargo, que de forma inmediata coordinar lo necesario con la Dirección del Centro del Programa Institucional Calle Real en Liberia y la

Dirección General de Adaptación Social a fin que se adopten las medidas necesarias para proveer de camas a todos los privados de libertad, y se solucione, en forma integral y definitiva, el problema de hacinamiento crítico que enfrenta el módulo D el Centro Programa Institucional Calle Real en Liberia". (Voto N° 14650 del 28 de octubre del 2011).

En el 2012 N° 8928 del 29 de junio se acoge los recursos, ordenándose la reducción del hacinamiento crítico, sin establecer plazo alguno y respecto a los módulos D1-A y D1-B.

INTERVENCIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL CENTRO DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL DE CARTAGO

En el año 2011 tanto en la resolución N° 7110 del once de junio como en la N° 17752 del 23 de diciembre -emitida más de seis meses después- se ordena tomar medidas pertinentes y eliminar el hacinamiento crítico. Mediante Voto N° 13909 del 3 de octubre del 2012 nuevamente se ordena lo mismo.

Estas son solo algunos de los pronunciamientos de la Sala respecto a estos recintos carcelarios y la misma situación se presenta con el resto de cárceles del Sistema Penitenciario Nacional. En algunos casos se ordena una solución inmediata, en otras no se establece plazo o peor aún ni siquiera se pronuncian al respecto a pesar de acreditarse una situación de hacinamiento. Es común la orden de solución en el plazo de un año pero también hay casos donde el plazo ha sido de uno, seis y siete meses. Prohibición de ingresos sobre la capacidad del centro, intervención del Ministerio de Salud, seguimientos por parte de los Jueces de Ejecución y prohibición de reducción presupuestaria al Ministerio de Hacienda. Lo más grave no es la diversidad de plazos sino su reiteración a pesar del incumplimiento y los múltiples pronunciamientos. Muchos méritos debe reconocerse a nuestro Tribunal Constitucional pero sin duda es totalmente cuestionable el tratamiento que le ha dado a la población privada de libertad y la problemática del hacinamiento crítico. Con esta forma de abordar el

tema la Sala se desautoriza y desacredita. De poco sirve el reconocimiento por parte de la Sala Constitucional de la obligación del Estado de garantizar condiciones dignas en el cumplimiento de la pena y la prohibición de hacinamiento crítico si en la práctica las resoluciones no se cumplen y las condiciones empeoran.

La misma situación se presenta con el dictado de resoluciones judiciales y medidas correctivas por parte de los Juzgados de Ejecución.

Los Jueces de Ejecución deben cumplir con la responsabilidad legal que se les asigna. Jueces que realizan visitas carcelarias y no emiten medidas correctivas son jueces que no cumplen su función y se vuelven legitimadores de malas prácticas penitenciarias.

La Defensa Pública y la Fiscalía, deberían también tener una participación más directa frente a la problemática. Los recursos ante la Sala Constitucional a lo mejor deberían de dirigirse contra la misma Sala Constitucional por no asegurar el cumplimiento de sus resoluciones en contra de lo dispuesto por el artículo 153 de la Constitución Política que expresamente señala parte de la potestad jurisdiccional la obligación de todos los tribunales de ejecutar y hacer cumplir sus resoluciones. Necesaria ya la acción ante organismos internacionales.

2) DESDE EL PODER EJECUTIVO

Resulta inadmisibles la administración del Sistema Penitenciario al margen del principio de legalidad y el control jurisdiccional. La autoridad administrativa debe comprender su obligación de dar cumplimiento a las órdenes de los Tribunales y la Sala Constitucional así como a sus propias normas internas.

Las soluciones que hasta ahora ha aplicado la Administración Penitenciaria frente al problema del hacinamiento carcelario no han sido efectivas y resulta necesario ejecutar otras acciones. El porcentaje de egresos no incide efectivamente en el crecimiento de la población penal. Se requiere un proceso de desinstitucionalización muchísimo más agresivo que rebase sobradamente el promedio de ingresos y mientras los jueces continuemos egresando población ubicada en el nivel institucional resulta incuestionable que la cultura del encierro sigue imperando en la práctica penitenciaria. Es necesaria una política de egresos colectivos¹⁰²¹ y la autoridad administrativa tiene facultades suficientes¹⁰²² para proceder de esa manera, solución de emergencia ante el estado actual de nuestras prisiones que pone en grave riesgo la vida de los prisioneros y de los funcionarios penitenciarios así como el control del sistema.

La fijación de límites en cada centro penitenciario resulta una tarea fundamental. Las prisiones no son jaulas humanas y toda cárcel debe tener su límite. Objetivamente deben desarrollarse mecanismos automáticos de egreso cuando se rebase esa capacidad.

La ampliación de la capacidad y fortalecimiento de los Programa de Atención Semi Institucional y en Comunidad son medidas urgentes y necesarias.

¹⁰²¹ Así lo recomienda, como medida de emergencia y no solución a la problemática, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, O.E.A., 2011, p. 173 a 177, apartados 451 a 466.

¹⁰²² Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. “Artículo 26. *De las valoraciones extraordinarias. El Instituto Nacional de Criminología podrá solicitar al Consejo Técnico Interdisciplinario de los Centros Penitenciarios, valoraciones técnicas fuera de los plazos ordinarios cuando ello sea necesario, ya sea por necesidades institucionales debidamente fundamentadas o por situaciones sobrevenidas en la ejecución de la pena, en virtud del principio de humanidad en el cumplimiento de la pena. El Instituto Nacional de Criminología, establecerá mediante circular los procedimientos para las valoraciones extraordinarias*”. Obsérvese que se faculta a la Administración a egresos vía valoración extraordinaria por razones de necesidad institucional y la actual crisis del Sistema sin duda alguna constituye una razón suficiente para la aplicación de este procedimiento.

Durante años no se ha ampliado sus instalaciones ni el personal. Por ejemplo hace más de tres años esos programas no tienen instalaciones en la Provincia de Cartago y se obliga a la población a desplazarse hasta la capital. En la provincia de Alajuela, solo en San Ramón existe un centro Semi Institucional, con las dificultades de esa ubicación para las personas oriundas de la zona Norte. Instalaciones viejas y en malas condiciones, no aptas para personas con discapacidad física, son la regla.

El Sistema Penitenciario nunca ha sido capaz de cumplir con los objetivos del Plan de Desarrollo Institucional conforme el cual el encierro o institucionalización de la población debe ser la última medida para el cumplimiento de las penas. Por el contrario la mentalidad comprende como necesaria y justificada la inversión de ese objetivo y apuesta por el encierro como modalidad prioritaria para la atención de la población.

3) DESDE EL PODER LEGISLATIVO

Resulta esencial someter a las autoridades responsables a un control político y exigir soluciones y explicaciones. Una política de seguridad nacional que abandona el Sistema Penitenciario es una política no responsable y poco efectiva. La mera neutralización o inocuización de la población penal no es una fórmula responsable pues el egreso será inevitable.

El desarrollo de fórmulas legales de carácter imperativo para resolver la situación de hacinamiento resulta esencial, sobre todo cuando la intervención de la Sala Constitucional y los Juzgados de Ejecución de la Pena, no resultan efectivas. El legislador como diseñador o arquitecto de nuestra organización socio política está en la obligación de intervenir y crear soluciones En el proyecto de Ley del Servicio Penitenciario Nacional y de Acceso a la Justicia para la Ejecución de la Pena, N° 18876, expresamente se planea una propuesta en ese sentido:

"Artículo 219. Hacinamiento carcelario. *El cumplimiento de la pena privativa de libertad en condiciones de sobreocupación carcelaria es ilegítimo y se prohíbe el cumplimiento de las penas sobrepasando el veinte por ciento de hacinamiento al constituir esa situación un trato cruel e inhumano. Cuando en la visita carcelaria o por informe de las partes o de la misma Autoridad Penitenciaria, se acredite una situación de hacinamiento crítico el Juzgado requerirá un Informe en el plazo de tres días, a la Dirección General de Adaptación Social y a la Dirección del Instituto Nacional de Criminología a efecto de que den la explicación del caso y su solución. De no resolverse la situación en el plazo de seis meses, se ordenará el egreso colectivo necesario conforme un plan de desinstitucionalización definido de forma objetiva por la propia autoridad judicial, dando prioridad a personas más próximas proporcionalmente a cumplir la sanción. Igualmente frente a esta situación el Poder Ejecutivo podrá proceder a través de la figura del Indulto Colectivo por razones humanitarias y respeto a los Derechos Fundamentales como límites del ejercicio del poder punitivo."*

Como se observa no se trata de impunidad sino solamente de sujetar al Estado a las limitaciones propias de su organización. La prohibición de cárceles hacinadas y denigrantes resulta básica en un Estado que por principio fundacional respeta la dignidad humana. Obsérvese que el egreso colectivo se autoriza previo plazo a la autoridad administrativa para la solución de la problemática y es claro que si el Estado brinda atención y presupuesto al Sistema Penitenciario nunca será necesaria la aplicación de este procedimiento.

La incorporación de penas alternativas, la solución para la delincuencia general por problemas de drogodependencia y la recuperación de la posibilidad de no institucionalización son también soluciones necesarias e impostergables¹⁰²³. En el referido proyecto de ley se abordan también estas soluciones, facultando por ejemplo al Tribunal de Sentencia para autorizar la no

¹⁰²³ En el mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. O.E.A., 2011, p. 176, apartado 462.

institucionalización de personas que entre el hecho y la sentencia condenatoria hayan atendido sus vulnerabilidades:

"Artículo 208. Fijación de condiciones de cumplimiento de la pena. *El Tribunal sentenciador, al momento de determinar las condiciones de cumplimiento de la pena impuesta, podrá autorizar el cumplimiento de la pena en el Programa Semi Institucional, bajo las condiciones que considere necesarias y en Centro que en cada caso técnicamente defina la autoridad penitenciaria, tratándose de penas menores a seis años de privación de libertad, siempre que: a) La persona demuestre que entre la fecha del delito y de la condenatoria, ha logrado llegar a comprender, atender y resolver plenamente las causas generadoras del delito. b) Que no haya sido necesario el dictado de prisión preventiva para asegurar la realización del debate y el sujeto se someta voluntariamente al cumplimiento de la pena impuesta. c) Que se acredite la capacidad para cumplir la sanción sin peligro de la comisión de nuevos delitos y presente un plan reparador del daño ocasionado con la acción delictiva..."*

Esta propuesta procura rescatar las funciones de la antigua Oficina de Valoración Externa pero ahora por decisión jurisdiccional y no administrativa.

Sin duda es necesario además desde este ámbito un ejercicio de evaluación y análisis de reflexión sobre los resultados de todas las reformas legales y la política de "mano dura" -reducción de beneficios como el del descuento por trabajo, aumento de la pena hasta cincuenta años de prisión, incremento de penas, adición de supuestos para la aplicación de prisión preventiva, reducción del ámbito de aplicación de soluciones alternativas al proceso penal- y ajustar el ordenamiento a los principios de proporcionalidad y Derecho Penal Mínimo.

Como puede observarse son muchos los actores que finalmente pueden y deben intervenir frente a la problemática del hacinamiento carcelario y su proscripción como práctica penitenciaria, mas vale señalar que al margen de nuevas ley o esfuerzos, lo más importante al efecto es la voluntad firme de todos y el compromiso con los principios del Estado Constitucional y los Derechos Humanos. Tomarse los Derechos Humanos en serio es una obligación de todos los funcionarios públicos y con más razón de quienes tutelamos las condiciones de vida y derechos de poblaciones vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA LEGISLATIVA, Costa Rica, *Proyecto N° 18876, Ley del Sistema Nacional Penitenciario y de Acceso a la Justicia para la Ejecución de la Pena*, Expediente 18876.

CARRANZA LUCERO, Elías (coordinador), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe. Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, México, Editorial Siglo XXI, 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, O.E.A., 2011, p. 174, apartado 455.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (aprobadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 131° periodo ordinario de sesiones, del 3 al 14 de marzo del 2008).

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ, *II Informe Cuatrimestral de Solicitudes de Información*, Departamento de Investigación y Estadística, Ministerio de Justicia y Paz, Agosto, 2012.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ, Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, Decreto N° 36876-J, 2007.

POLANCO HERNÁNDEZ, Eugenio. "El Sistema Penitenciario... agoniza", 2013, sin publicar.

VIII. BIOÉTICA Y DERECHO PENAL

BIOÉTICA EN LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS. LA POLÉMICA DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS PARA EL BIODERECHO

Prof. Dra. Andrea Acosta
Gamboa

*Directora del Programa de Educación Continua de la Facultad de
Derecho UCR.*

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

RESUMEN: En este artículo se presenta la situación del Derecho respecto a algunas cuestiones Bioéticas. Lo anterior puede ser entendido como Biojurídica, y con ello se pretende garantizar que las leyes y normativas respecto a cuestiones bioéticas guarden fundamentación en la dignidad del hombre y el respeto y protección de la vida humana. En Costa Rica, existe un vacío legislativo respecto a la Biojurídica, únicamente existen proyectos de ley para regular la fecundación in vitro, el proyecto de investigaciones biomédicas, y el proyecto de ley para regular la donación y trasplante de órganos y tejidos. En este artículo trataremos el tema de la donación y trasplante de órganos y la polémica respecto al delito de tráfico de órganos en materia penal y en el campo del Bioderecho o Biojurídica.

PALABRAS CLAVE: Bioética, Bioderecho, Biojurídica, donación y trasplante de órganos y tejidos, tráfico de órganos, dignidad humana, vida humana, derecho a la vida, trata de personas.

ABSTRACT: This article presents the state of the Law about on some Bioethical issues. This may be treated as Biolegal and is intended to ensure that laws and regulations regarding bioethical issues keep foundation on human dignity and in respect and protection of human life. In Costa Rica, there is a legislative gap regarding Biolegal, only exist bills to regulate in vitro fertilization, biomedical research project, and the donation and transplantation of organs and tissues. This article will discuss the issue of organ donation and transplantation and the

controversy regarding the crime of organ trafficking in criminal matters and in the field of Biolaw.

KEYWORDS: Bioethics, Biolaw, Biolegal, donation and transplanted organs and tissues, organ trafficking, human dignity, human life, right to life, human trafficking.

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 18 de octubre de 2013.

Pensemos solamente si los científicos son considerados creadores, jueces y salvadores, los demás tendremos que estar ante ellos como suplicantes criaturas¹⁰²⁴.

¹⁰²⁴ “La variante más conocida de la idea de *homunculus* se halla en la segunda parte del Fausto de Goethe. Wagner, el fámulo fanático de la ciencia ayudante del gran doctor Fausto, ha logrado en su ausencia la obra perfecta. El padre de este nuevo arte no es el afán del espíritu por adentrarse en lo grandioso y preguntar por el todo, sino el positivista interesado en el aprendizaje y en el poder. Ésa sería efectivamente la correcta caracterización de Wagner. Con todo, desde su tubo de ensayo el hombrecillo-retorta percibe en Mefistófeles a su pariente. Goethe establece de ese modo un íntimo parentesco entre el mundo artificial, hecho a medida del positivismo y el espíritu de la negación. Eso significa para Wagner y su racionalidad, sin embargo, el momento del triunfo supremo: ¡Dios me preserve de ello! El antiguo modo de engendrar es reconocido por nosotros como una mera broma (...) si el animal encuentra aún en ello placer, el hombre, dotado de nobles cualidades, debe tener un origen mas noble y puro” y poco después: “con todo no tardamos en desafiar el acaso, obrando de este modo es imposible que el hombre pensador deje de formar en lo sucesivo un cerebro bien organizado (...) ¿que mas podemos desear? ¿Qué es lo que podrá ahora el mundo exigirnos?” Goethe presenta claramente en estos versos las dos fuerzas impulsoras que mueven a la producción artificial de hombres. “Tal es la propiedad de las cosas, para o natural apenas basta el universo, lo artificial, por el contrario exige un espacio reducido”. El símbolo de la estrechez, mezquindad y sus creaciones es el cristal: el homunculus vive in vitro. El vaticinio de Goethe es muy claro, el cristal-la pared de lo artificial-se estrellara finalmente contra la realidad. Como criatura artificial el homunculus se escapa de las manos de su autor, pues se halla en tensión entre el temor receloso al cristal protector y la impaciencia por romperlo provocada por el afán de hacerse real.” Ratzinger, J.K. *El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana*, en LÖW, R, y otros, *Bioética, consideraciones...* p.54-56.

Sin embargo, si ya no podemos mirar a nuestra naturaleza humana inicialmente inalterada para buscar un criterio o norma de lo bueno o lo mejor, ¿cómo se sabrá en qué consiste una mejora? No servirá extrapolar lo que nos gusta de nosotros mismos. Dado que tener memoria es bueno, ¿se puede decir qué cantidad de memoria sería mejor? Si el deseo sexual es bueno, ¿cuánto más sería mejor? La vida es buena, pero ¿hasta qué momento sería bueno para nosotros prolongarla?¹⁰²⁵

Solo tal meta justifica que se descarte cualquier oposición a la marcha inexorable de la ciencia médica. Solo tal objetivo da una fuerza moral arrolladora al principio "cura la enfermedad, mitiga el sufrimiento". La medicina actual cura, ofrece resultados y por tanto produce cosas, que pueden ser valoradas desde el punto de vista material o económico y exigidas como un bien de consumo por los demás miembros de la sociedad. Esto ha llevado a desviaciones en la ética médica.

La Bioética es más que ética médica, de acuerdo con la enciclopedia de Bioética editada por Warren Thomas REICH, de la Universidad de Georgetown, Bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales, incluyendo la visión moral, las decisiones, las conductas y las políticas de la ciencias de la vida y del cuidado de la salud, usando una variedad de metodologías éticas en un contexto interdisciplinario.¹⁰²⁶

En este contexto interdisciplinario la función del Derecho respecto a las cuestiones bioéticas es lo que se denomina biojurídica¹⁰²⁷, cuyo objeto es la preparación y estudio de las nuevas leyes y el seguimiento de las actualmente

¹⁰²⁵ Cfr. HERRANZ, G. *Eutanasia y dignidad del morir*, en GONZALEZ, A.M. y... *Vivir y morir con...*pp.173-191.

¹⁰²⁶ W.T. REICH (ed.) *Encyclopedia of Bioethics*, The Free Press, New York, 1978, Introduction, vol.1 I, p.xxi.1995

¹⁰²⁷ Cfr. VILA-CORO, M.D. *Introducción a la biojurídica*, Servicio de publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.22.

vigentes, para garantizar su debida fundamentación en la dignidad del hombre y en el respeto y protección de la vida humana¹⁰²⁸.

El término fue acuñado por el jurista italiano Francesco D'AGOSTINO¹⁰²⁹, “construir una biojurídica, esto es, dotar a los criterios que están llamados a elaborar con el fin de que la legislación bioética no resulte arbitraria, de una justificación *iuxta propria principia*, es decir, ni ética, ni política, sino estrictamente jurídica.”¹⁰³⁰, una rama del Derecho que tiene por objeto “llevar a cabo un esfuerzo cultural con objeto de descubrir si existen razones jurídicas fundamentales que autoricen al derecho a imponer a la praxis bioética límites bien definidos”¹⁰³¹. En España el término fue utilizado por primera vez por José María Martínez Val,¹⁰³² y cada vez es de mayor uso, sobre todo por las nuevas legislaciones, que responden a los nuevos temas bioéticos¹⁰³³.

¹⁰²⁸ PALAZZANI, L. *Introduzione a la biogiuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, p.54. Sobre el paso en Bioética del interés ético al interés jurídico: BYK, C. *From Bioethics to Biolaw: an international overview, 1984-1994*, in BANKOWSKY-J.H. BRYANT, Z. (eds) *Poverty, vulnerability, the value of human life and the emergence of bioethics*, Council for International Organizations of Medical Sciences, Genève, 1995, pp. 115-132; NEIRINCK, C. (ed.) *De la bioéthique au bio droit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994; VILA-CORO, M.T. *Introducción a la biojurídica*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

¹⁰²⁹ Cfr. D'AGOSTINO, F. *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, 1991, p. 155.

¹⁰³⁰ D'AGOSTINO, F. *Elementos...*p.155.

¹⁰³¹ D'AGOSTINO, F. *Elementos...*p.155.

¹⁰³² Cfr. VILA-CORO, M.D. *Introducción a la biojurídica*, Servicio de publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.22.

¹⁰³³ Comienza el proceso de la ética aplicada: la bioética trata de salvar la vida humana. ¿Cuál vida humana? sobre esa confrontación entre derechos, el derecho del embrión y el de la madre o de terceros, tiene protagonismo el nuevo bioderecho o biojurídica, términos que utilizaremos indistintamente. Nos encontramos en efecto ante una nueva rama jurídica caracterizada por la atención del respeto y protección de la vida humana. Se la ha calificado como “biojurídica”. El profesor Andrés Ollero Tasarra, la denomina Bioderecho, porque según él la bioética es una rama de la ética, entendido este término como sustantivo y no como adjetivo: “si llamamos “Derecho” al estudio de la regulación jurídica de diversos aspectos de la vida en sociedad, parece lógico acudir a tal sustantivo

“Ya en su «Testamento político» («Testament Politique») André-Jean du Plassis —quien fuera conocido por su doble condición de Cardenal y Duque de Richelieu (1585-1642)— concluía que no existe nada más necesario para cualquier gobierno que la previsión del futuro; sólo así se podrán prevenir males y daños que, de producirse, su arreglo supondría unos costes y ofrecería unas dificultades muy elevadas, siendo en cualquier caso más importante reflexionar sobre el futuro que hacerlo sobre el presente”¹⁰³⁴.

He aquí el peligro de considerar a la bioética como una ciencia utilitarista. PALAZZANI¹⁰³⁵ expone como “La bioética utilitarista considera que la utilidad social es el valor más importante, el objetivo ético y jurídico a realizar en toda sociedad. La perspectiva utilitarista se funda en la idea de que el individuo tiene el instinto hedonista de buscar el placer y evitar el sufrimiento, en este sentido, la utilidad social significa maximizar las preferencias (placer, alegría, felicidad) y minimizar el sufrimiento (tristeza, infelicidad) para el mayor número de individuos. Según este enfoque la vida es considerada digna de ser vivida sólo como resultado de un análisis coste/beneficio a nivel colectivo.

En esta perspectiva “justicia” es una “virtud artificial” para superar el inconveniente del egoísmo, se identifica con lo conveniente, la oportunidad, la eficacia, la eficiencia, la productividad. En este sentido negativo, justicia no quiere decir aumentar el sufrimiento, en sentido positivo quiere decir garantizar y promover un buen nivel en la calidad de vida para el mayor número de personas. Sólo se considera la distribución si ésta ofrece ventajas colectivas y

y no a un adjetivo para identificar a la naciente disciplina”. OLLERO TASSARA, A. Bioderecho, entre la vida y la muerte. Thomson-Aranzadi. Pamplona 2006.p.19.

¹⁰³⁴ ITURMENDI MORALES, J, *¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?*, en el Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 523-779.

¹⁰³⁵ Cfr. PALAZZANI, L. Criterios bioéticas para la selección de pacientes en la distribución de órganos, p. 31-32 en LOPEZ DE A VIEJA, M.T. y VELAYOS, C. (Eds.) Educación en Bioética, donación y trasplante de órganos, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

utilidad social. La obligación social está éticamente justificada sólo si es conveniente para la sociedad. En bioética, el utilitarismo es un modelo que excluye a los sujetos vulnerables, considerados como “casos marginales” (ancianos y personas con minusvalía) que son considerados inútiles.”¹⁰³⁶ Violentando así el principio de que todo ser humano tiene dignidad humana intrínseca.

El Derecho sería el instrumento por el que se impone una moral de construcción estatal.¹⁰³⁷ Una ley en vigor, es aprobada por el legislador y rige para una sociedad determinada, pero cuando hablamos de vida humana esa aprobación por parte del legislador debe de ir acompañada por una rigurosidad de conocimiento de los hechos objeto de la ley¹⁰³⁸, y por una rigurosidad en cuanto a que es lo más óptimo para el bien común, dado que el fin último de una ley es ordenar la vida social. Las leyes de modo directo permiten o prohíben ciertos comportamientos, pero a la vez expresan (contienen y transmiten a los ciudadanos) una concepción del ser humano y de la sociedad.¹⁰³⁹

¹⁰³⁶ PALAZZANI, L. *Criterios bioéticos para la selección de pacientes en la distribución de órganos*, p. 31-32 en LOPEZ DE A VIEJA, M.T. y VELAYOS, C. (Eds.) *Educación en Bioética, donación y trasplante de órganos*, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

¹⁰³⁷ Cfr. SERRANO RUIZ-CALDERON, M.A. *Bioética...*p. 31.

¹⁰³⁸ “El drama del mundo moderno consistiría en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua. Y esto ha producido con frecuencia una peligrosa e inevitable ruptura entre derecho formal y legal, por un lado y sociedad civil en continuo cambio por el otro, sin que exista posibilidad para el derecho de verificación y salvaguarda, inmovilizado ahora todo él en las rígidas tramas de una constelación legislativa. Y el derecho tejido ordenador de cuerpo social, que debe recubrirlo armónicamente en su imparable crecimiento, no podía sino sufrir una íntima crisis, entendiendo aquí por crisis la incapacidad de corresponder a su propia naturaleza y función” GROSSI, P, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

¹⁰³⁹ Cfr. ATIENZA, M, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 42, 53-71.

En palabras de GROSSI “Cuando el poder político se manifiesta en leyes que ya no son expresión del derecho, la sociedad está en peligro”¹⁰⁴⁰. Legislar es siempre de algún modo modificar la humanidad. Partir de la premisa de que existe una natural tendencia a reconocerse a sí mismo en el marco institucional y legal de la sociedad en la que se vive, que proporciona a los individuos buena parte de las categorías con que se interpreta la propia experiencia y se construye la propia identidad.¹⁰⁴¹ Es verdad que es posible vivir “contra corriente” pero esta no es una actitud mayoritaria en los albores del siglo XXI.

En Costa Rica, existe un vacío legislativo respecto a la Biojurídica, únicamente han llegado a ser meros proyectos de ley, los proyectos de ley para regular la fecundación in vitro, el proyecto de investigaciones biomédicas, y el proyecto de ley para regular la donación y trasplante de órganos y tejidos.

Es muy importante considerar en términos legislativos el de *iure condendo* (de la ley que se ha de promulgar). Es verdad que cada pueblo tiene las leyes que desea tener, pero la responsabilidad del legislativo es más inmediata, con lo cual la responsabilidad para con la sociedad de parte de los partidos políticos y de los medios de comunicación (que contribuyen a la formación de la opinión pública sobre los problemas acerca de los que se debe legislar) es muy relevante.

En materia de donación y trasplante de órganos, tal y como lo afirman D’Agostino y Palazzani, el principal problema bioético es el resguardo de la integridad física del donador y de la gratuidad del acto. La teoría de que el cuerpo sea objeto de disposición del sujeto que aparentemente justifica la donación de un órgano, en cuanto la autodeterminación del individuo, aunque ello implique una lesión permanente del estado de salud, y legitimar con esta teoría incluso la

¹⁰⁴⁰ Cfr. GROSSI, P, *Mitología jurídica de la modernidad...*p.37

¹⁰⁴¹ Cfr. GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994; BAÑO LEÓN, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.

venta de órganos, siendo parte del cuerpo propiedad del sujeto al que pertenecen, no es de recibo; en tanto la justificación racional de la donación de órganos es argumentable, en razón del principio de solidaridad del individuo frente a la comunidad a la cual pertenece y legitimada aún la exposición al riesgo también mortal, para ayudar a aquellos que están en un grave estado de necesidad, en este sentido, la donación de órganos de vivo es considerado admisible e incluso meritoria. La donación debe de ser gratuita, libre, sin condicionamiento, no puede ser un acto obligatorio. Por tanto resulta éticamente ilícito el comercio de órganos, donde media precio y pago por alguien.¹⁰⁴²

En Costa Rica, se ha aplicado un delito de orden público como es el del tráfico de órganos, con la detención histórica de varios médicos, y una oficial de policía, por el tráfico de órganos a nivel internacional. La ley 9095 aplicable para perseguir dicho delito ha sido de reciente aprobación, el pasado 8 de febrero de 2013: “LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT)”, la cual contempla dentro del concepto de trata de personas contenido en su artículo 5, la extracción ilícita de órganos.

Por extracción ilícita de órganos se entiende la sustracción de uno o más órganos humanos sin aplicar los procedimientos médicos y jurídicos legalmente establecidos¹⁰⁴³.

Se reformó el Código Penal y se introdujo dicha práctica como delito, adicionando el artículo siguiente que indica:

“ARTÍCULO 77.- Adición del artículo 377 bis al Código Penal

¹⁰⁴² Cfr. D’Agostino, F, Palazzani, L, Bioetica, Nozioni fondamentali, Editrice La Scuola, 2007, p.119-122.

¹⁰⁴³ Art. 7 de la LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), ley 9095, Gaceta N° 28 de 8 de febrero de 2013.

Se adiciona el artículo 377 bis al título XVII, sección única del Código Penal. El texto dirá:

“Artículo 377 bis.- Tráfico ilícito de órganos, tejidos y/o fluidos humanos.

Será sancionado con pena de prisión de ocho a dieciséis años, quien posea, transporte, venda o compre de forma ilícita órganos, tejidos y/o fluidos humanos.”¹⁰⁴⁴

La ley vigente en nuestro país en materia de donación y trasplante de órganos es la “Ley de Autorización para Trasplantar Órganos y Materiales Anatómicos Humanos, N.º 7409, de 12 de mayo de 1994” la cual derogó la Ley sobre Trasplante en Seres Humanos, N°5560 del 20 de agosto de 1974 y sus reformas y la Ley que autoriza a la Caja Costarricense de Seguro Social para donar órganos a cambio de medicinas, N°6412 del 5 de mayo de 1980.

Según la ley 7409, quienes comercialicen órganos, es decir reciban una compensación económica por la donación o recepción de ellos, recibirán penas de prisión de tres a diez años¹⁰⁴⁵, lo cual desde el punto de vista jurídico preocupa porque tal y como analizamos con la aprobación de la ley de trata, ley 9095, existen ahora dos tipos penales que punen el mismo delito.

¹⁰⁴⁴ Art. 77 de la LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), ley 9095, Gaceta N° 28 de 8 de febrero de 2013.

¹⁰⁴⁵ **Artículo 5.-** Prohíbese la comercialización de órganos y materiales anatómicos. Por tanto, no podrá producirse ni percibirse ninguna compensación económica por la donación ni por la recepción de ellos.

De acuerdo con esta ley 7409, en su **CAPITULO VII De las infracciones de esta ley y sus sanciones:**

Artículo 23.- Se impondrá prisión de tres a diez años a quienes violen las disposiciones contenidas en el artículo 5 de esta Ley.

Artículo 24.- Se impondrá prisión de tres a diez años a quien autorice, participe o realice una operación de trasplante de órganos o materiales anatómicos, en contravención con lo previsto en cualquiera de los artículos 7, 9, 11, 12, 13 y 16 de la presente Ley.

Además preocupa la vigencia de la ley 7409, por tratarse de una materia que tiene que ver con la bioética, y cuyos conceptos en cuanto a muerte encefálica y donación cadavérica, han avanzado en el plano científico y de tratamiento clínico.

En la agenda legislativa costarricense, se encuentra el expediente LEGISLATIVO N° 18 246 :LEY DE DONACIÓN, TRASPLANTE DE ORGANOS Y TEJIDOS HUMANOS, el cual como aportes importantes tiene: el texto sustitutivo planteado es una propuesta que viene a darle un giro total a la actual legislación de donación y trasplante de órganos y tejidos, que data de 1994, y que como se manifestó está obsoleta. Esta nueva propuesta aporta una ruta de regulación y normalización que permite que el Ministerio de Salud garantice las buenas prácticas en el proceso de donación y trasplantes, no solo de los establecimientos de salud de la seguridad social; sino también de los servicios de salud privados.

El proyecto propone la protección a la identidad del donante o receptor de esos órganos. Ni el donante ni el receptor serán de conocimiento público. Garantizando a las familias donantes o receptoras, que toda la información que se genere al respecto será recolectada, tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad. Además, se regula la prohibición a cualquier forma de gratificación o remuneración económica por la donación de órganos y tejidos humanos, con lo que se aborda el tema del mercado negro que existe en este tema. Otro aporte del proyecto de ley es la definición de los procedimientos médicos relacionados con la donación, la extracción y trasplante de órganos los cuales no tendrán costos económicos en ningún caso, ni para el donante vivo, ni para la familia del fallecido.

Asimismo, el proyecto plantea la prohibición de solicitar, públicamente o hacer cualquier tipo de publicidad, sobre la necesidad de un órgano o tejido. El proyecto estipula un protocolo a seguir en: requisitos para el donante vivo, procedimientos administrativos para la donación, la obtención de órganos y

tejidos provenientes de donador fallecido, requisitos del receptor para la realización del trasplante.

Con el fin de coordinar lo referente a la materia se crea la Secretaría Técnica de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos del Consejo Nacional de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos en el Ministerio de Salud, que tendrá como objetivo general coordinar las acciones con otras instancias del Ministerio de Salud y otros sectores relacionados, para garantizar la transparencia, la accesibilidad, la oportunidad, la efectividad, la calidad y la seguridad de los procesos de donación y trasplante de órganos y tejidos y sus subprocesos.

Como vemos los esfuerzos legislativos se dan, pero no existe consenso ni voluntad política para aprobar estas leyes tan relevantes para la vida de una sociedad sumamente cambiante.

LA POLÉMICA DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS, REFLEXIÓN BIOJURÍDICA

Detenerse a reflexionar sobre el delito de tráfico de órganos es relevante para el ordenamiento jurídico. El sistema de trasplante de órganos trabaja sobre una premisa real, que la dotación de órganos es limitada. Muchos son los que necesitan un riñón o una cornea, pero pocos son los donadores. Por tanto el sistema de trasplantes ha de garantizar que la distribución de órganos responda a criterios de transparencia, justicia, objetividad y en todo caso a criterios médicos.

Estos estándares pueden fomentar buenas prácticas en este campo y por ende impedir el tráfico ilegal de órganos y de tejidos para la donación.

Las normas jurídicas de los países consideran que el tráfico es una mala práctica y en consecuencia sólo se acepta la donación altruista y desinteresada.

Sin embargo hay países en los que esta práctica está legalmente consentida, como por ejemplo, en la India, al servicio de sobretodo ricos provenientes de otros países.¹⁰⁴⁶

Los principios básicos de un donador y del proceso de donación deben ser la transparencia, el altruismo y la objetividad.

Muchas veces se recurre al donante vivo, relacionado o no relacionado con el paciente, por un estado de necesidad, y que debería ser un caso aislado, pero lo cierto es que estos donantes no solo se exponen a distintos riesgos para su salud sino también a la circunstancia de que un sistema equitativo de distribución de órganos no puede asegurar por si solo un sistema equitativo para donación. Así, es como el tratamiento convencional de las actitudes generosas y desinteresadas de los donantes distorsiona bastante la precepción real de las necesidades de los demás – o de los reales beneficios para los pacientes- por estar mediatizadas por patrones culturales y sociales. En suma, factores externos como lo son el poder económico, el género, la etnia y las tradiciones, tienen influencia significativa en las decisiones individuales y autónomas sobre la donación. Por ejemplo en el año 2004 se hizo un estudio en Austria, Bélgica, Alemania y Holanda donde aumentaron los trasplantes de riñón, procedentes de donantes vivos, no obstante el 78.3% de aquellas donaciones eran las esposas de los enfermos.

El llamado "**Tráfico de Órganos**", es una acción criminal organizada, de carácter transnacional, destinada a proveer de órganos a los ricos, consiguiéndolos a partir de personas pobres, en situaciones desesperadas de hambre y miseria, donde media siempre un pago en moneda por la obtención de los órganos; y en el medio de ambos grupos, criminales capaces de todo,

¹⁰⁴⁶ CICCONE, L, Bioética, Historia, Principios, Cuestiones, Ediciones Palabra, 2005, p.325.

también de los delitos más despiadados y médicos, enfermeros, y otros sanitarios sin escrúpulos.

Esto va contra el principio de altruismo racional del donante que implica ser consciente de todo el proceso, de los posibles resultados y de las circunstancias concretas de la acción.

“Algo por nada”, representa la norma para el intercambio de agentes en posición desigual, esta norma define la preocupación moral por los demás, por lo general el lenguaje moral llama al auténtico interés por el bienestar de otros: beneficencia, altruismo, bondad, generosidad, solidaridad, actitud desinteresada.

El donante vivo ofrece algo sin pedir nada a cambio, para ayudar a alguien en situación vulnerable o situación de riesgo.

¿Cualquier persona común y corriente puede vender sus órganos? Nadie puede vender sus órganos, la razón es no sólo porque la ley lo prohíbe, sino por un tema de ética, y aquí se aprovecha la situación para hacer educación en Bioética. La extracción, donación y trasplante de órganos es una cuestión técnica, médica, jurídica y también una cuestión moral.

Pensemos por ejemplo en los peligros del utilitarismo moderno, a los cuales se hizo referencia supra, porque considera que la utilidad social es el valor más importante, el objetivo ético y jurídico a realizar en toda sociedad. Esta perspectiva lleva a pensar que el individuo tiene el instinto hedonista de *buscar el placer y evitar el sufrimiento*, la utilidad social significa maximizar la preferencias (placer, alegría, felicidad) y minimizar el sufrimiento (tristeza, infelicidad) para el mayor número de individuos, según este enfoque la vida es considerada digna de ser vivida sólo como resultado de una análisis coste/beneficio a nivel colectivo. De esto se sigue, que los criterios éticos y jurídicos para la distribución de órganos como dice la jurista Laura Palazzani, dependen de que haya estándares suficientes para la calidad de vida (algo deseable no sólo para el paciente sino también para su familia). “Los criterios de

calidad de vida son los más importantes por encima de la urgencia para sobrevivir. Un paciente ha de ser salvado gracias a un trasplante, pero si la calidad de vida no va a ser buena (calculada también respecto a otros, sea su familia), de darse esta probabilidad, entonces él o ella no será considerado candidato adecuado, tendrá preferencia aquel que esté en condiciones o pueda estarlo para optimizar el placer sobre el dolor. En este sentido un paciente con discapacidad mental o con enfermedad genética, un recién nacido con síndrome de down, no sería candidato a un trasplante o al menos estaría en un lugar secundario de la lista, asimismo los ancianos y personas con minusvalías serían considerados inútiles y una carga para los costes sociales, en este grupo también entran los desempleados por su aporte económico o quien esté en la cárcel. Este tipo de ética introduce discriminación entre los pacientes al elegir la distribución de órganos, basada en que éstos tengan un buen nivel de calidad de vida, estatus funcional y productividad social”¹⁰⁴⁷.

La sociedad por el contrario debe atender a toda persona, todo ser humano, al margen de sus capacidades o de su edad, porque todos poseemos una dignidad humana intrínseca.

Costa Rica, viene realizando esfuerzos institucionales, y de política pública, desde hace varios años, a través de sus normas jurídicas como es el caso del Código Penal por ejemplo. Nuestro país es un fiel defensor de los derechos humanos y con ello la atención de víctimas. Por eso se creó la Gestión de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes de la Dirección de General de Migración y Extranjería (DGME) en el mes de enero de 2011, como una unidad permanente en esa Dirección, también la Caja Costarricense de Seguro Social, está elaborando protocolos y políticas institucionales. Además en los últimos meses se aprobó la ley 9095, donde se contempla como una modalidad de trata la extracción ilícita de órganos y tejidos. Sin embargo la dimensión del tráfico de

¹⁰⁴⁷ PALAZZANI, L, Criterios Bioéticos para la selección de pacientes en la distribución de órganos, en LOPEZ DE LA VIEJA y otro, Educación en Bioética, Donación y Trasplante de órganos, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, p. 31-33.

personas, de órganos y tejidos es muy profunda, y necesita de educación colectiva, bien decía un autor que la trata de personas es la nueva esclavitud de los seres humanos. ***Utilizamos a los seres humanos para saciar el placer sin importar los medios, que muchas veces son los humanos mismos.***

El control lo ejercen las autoridades del Ministerio Público en Costa Rica y todas las instituciones que conforman el CONATT conforme la ley misma. No obstante se insiste es un tema de educación de la población en general y de los médicos, enfermeras, farmacéuticos, microbiólogos, psicólogos, trabajadores sociales y demás personal sanitario en los servicios de salud.

La conciencia de lo ilícito, de lo ilegal, de lo que no es correcto, está muy arraigada en el ser costarricense, en lo que hay que insistir es en visibilizar el esfuerzo por la mejora de la salud pública en Costa Rica, que esta conciencia sobre la extracción ilícita de órganos humanos no entorpezca las buenas y éticas prácticas de donación de órganos, sobre todo la donación cadavérica.

A nivel global, la conciencia se está revertiendo, y el ser humano, no sólo comenzó en los años 90, a remirar su entorno, con el ecologismo, sino últimamente, a respetar al propio ser humano, por ejemplo las sentencias europeas y de la Corte Suprema de EEUU, sobre la prohibición de patentar células humanas, es un avance, de re-entender el respeto por lo humano y su dignidad.

No obstante, existe una fractura de confianza respecto al personal médico, y en general sanitario, ¿Cuál es el juramento hipocrático a seguir?, el de hacer el bien y no hacer daño; Aristóteles en su libro *Ética a Nicómaco*, en sus primeras líneas dice: “todo arte y toda investigación e igualmente toda acción y libre elección parecen tender a algún bien, por esto se ha manifestado con razón

que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden....y más adelante agrega...el fin de la medicina es la salud".¹⁰⁴⁸

El médico debe de buscar la salud de su paciente y su bienestar pero como ya lo advierte, Jean FredericPoisson, filósofo que se hace presente en la política francesa desde 1993 como especialista en cuestiones de bioética, existe una alianza del *poder y de la ciencia* por una parte y el *pensamiento deontológico* de los médicos por otra¹⁰⁴⁹. La percepción de que lo que a los médicos parezca bien o mal, carece de importancia para muchos, la idea de que "nada se puede hacer", difunde en la profesión y tiene su coste en el desarrollo del acto médico. Consciente o no consciente, con reflexión o sin ella, *la decepción, el escepticismo y la fractura de la clase médica es una realidad.*

La *pérdida de credibilidad de la ética médica* nos lleva a la pregunta:

¿Qué se puede hacer para salvar las conciencias individuales, pero también las convicciones de los grupos sociales y profesionales ante los cambios de la sociedad, de la práctica médica en el caso de los médicos y otros profesionales de la salud?

Desde el punto de vista bioético, se hace necesario también reflexionar sobre ¿Cuáles son los riesgos que corre una persona cuando decide donar de manera ilegal?

Esta persona es una víctima, como bien lo afirma la propia legislación, el mayor riesgo es para su salud, la salud integral de su familia y la sociedad misma.

¹⁰⁴⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.

¹⁰⁴⁹ POISSON, J. F., *Bioética ¿El hombre contra el hombre?*, traducción al castellano de Miguel Martín, Rialp, 2009.

Son víctimas del poder y del dinero. Son personas dignas, no obstante ese no es el medio para remediar su desesperación y hambre. Deben de entender que contribuir a realizar un acto ilegal aún y cuando éste les traiga un beneficio económico inmediato, les traerá consecuencias a su salud y a la cultura de la donación de órganos.

Es un tema de educación en valores, de ver que la relación médico paciente, o la necesidad de trasplante, va más allá de un negocio donde se paga por algo, es un dar algo a cambio de nada, es la visión relacional del BIEN, en que la terapia no es adoptada solitariamente por el enfermo sino que es fruto del dialogo y de la interrelación entre dos sujetos: el médico y el paciente. Como bien lo ha recordado el recién fallecido bioeticista norteamericano Edmund Pellegrino.

Si es así, el paciente llega a tener un mejor conocimiento de su estado, evolución y alternativas terapéuticas y el médico a hacerse cargo de la realidad que rodea al enfermo, y que en ocasiones era olvidada al reducir al enfermo a la enfermedad.

En general, el único propósito de la donación, la extracción y el trasplante ha de ser el beneficio terapéutico de los receptores.

Insistir en la ética del médico, en la información clínica que debe dar al paciente, no obstante se corre el peligro de pensar (Administraciones o Instituciones sanitarias) que con hacer una norma jurídica se va a solucionar el problema de la información clínica. El problema de la información clínica no es tanto un problema legal como un problema de cambio de paradigma en las relaciones sanitarias: del paternalismo tradicional a la participación en la toma de decisiones sanitarias, y el aprendizaje de esta nueva relación exige cambios de mentalidad en los profesionales que no se consiguen solo a golpe de legislaciones, sino mediante la implantación de medidas educativas, formativas y de participación de los profesionales.

Félix Janer, uno de los médicos que más ha influido en la formación ético-deontológica escribía en 1831 que: LA VERACIDAD DEL MEDICO, ES LA CONDICION QUE LA RECOMIENDA Y ENNOBLECE ANTE SUS ENFERMOS.

El médico no debe mentir, ni hará falsas promesas cuidándose de prometer lo que sabe que no puede cumplir, el facultativo sincero nunca exagerara la gravedad de un mal que en realidad sea ligero, tampoco por el contrario disminuirá la gravedad del mal cuando conozca que este es peligroso, también nos lo recordaba el catalán Janer. Para Janer todo esto era más una obligación del médico que un derecho del paciente.¹⁰⁵⁰

La VERACIDAD y la SINCERIDAD son virtudes necesarias para el médico.

Así el médico debe recordar el principio ético positivizado en la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, que en su art. 2 sostiene: *“EL INTERES Y EL BIENESTAR DEL SER HUMANO PREVALECERÁN FRENTE AL EXCLUSIVO INTERES DE LA SOCIEDAD O DE LA CIENCIA”*.

Del principio de dignidad humana se deriva el deber más importante de la labor médica: respetar y cuidar la vida humana.

La solución, si es que puede hablarse así, o más bien el criterio aconsejable a seguir es potenciar esa relación médico-paciente basada en la CONFIANZA, en la que ambas partes partiendo de su mutua dignidad se reconozcan y respeten. Hoy para muchos toda innovación es, por definición, progreso, con independencia de lo que haya que sacrificar para lograrlo. Observamos ya un cierto grado de descontento público que es resultado paradójico del aumento de expectativas en el campo de la atención sanitaria¹⁰⁵¹:

¹⁰⁵⁰ JANER, F EN PILAR

¹⁰⁵¹ Resulta ilustrativo una encuesta de abril de 2010, hecha por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) de España, sobre problemas de fertilidad, “la experiencia de más de mil españolas sirve para concluir que las técnicas de fecundación asistida tienen un elevado coste psicológico, físico, económico y laboral, solo la mitad

si bien su salud real ha mejorado, la satisfacción de la gente con su actual nivel sanitario no ha cambiado o incluso ha descendido. Pero este no es el más alto coste del éxito médico.

Cuando el ser humano es reducido a productos biológicos o químicos, la verdad y el error mismos, al igual que la libertad y la dignidad, se convierten en conceptos vacíos¹⁰⁵².

Este materialismo y determinismo no son una novedad: son doctrinas que ya Platón¹⁰⁵³ y Aristóteles¹⁰⁵⁴ combatieron hace mucho tiempo. Lo nuevo es que el progreso científico parece confirmar esas filosofías. Aquí, por tanto, está el más inquietante resultado de nuestro progreso tecnológico, más deshumanizante quizás que cualquier manipulación técnica: la erosión, tal vez definitiva, de la idea del ser humano como ser noble, digno o valioso, y su sustitución por una visión del ser humano como un ente más de la naturaleza, simple materia susceptible de ser manipulada.

Es muy improbable que nuestros nuevos biólogos y tecnólogos lleguen a convencerse de esto. Pero no es demasiado tarde para que los demás lleguemos a ser conscientes de los peligros, no sólo para nuestra intimidad o seguridad, sino también para nuestra misma humanidad. Siendo conscientes, estaremos en mejores condiciones de defender los cada vez más asediados orígenes y

de las que emprendieron un tratamiento “consiguieron” (subrayado es nuestro) un bebé”. Se puede ver la encuesta en: <http://www.ocu.org/tecnicas-medicas/los-tratamientos-de-fertilidad-una-dura-experiencia-s492504.htm> (última visita el 7 de abril de 2010).

¹⁰⁵² CONTRERAS, F.J., Tres Versiones del Relativismo Ético-Cultural. Persona y Derecho. Vol. 38. 1998. Pag. 69-118.

¹⁰⁵³ INCIARTE, F. Hermenéutica y sistemas filosóficos, en Biblia y hermenéutica, Pamplona, EUNSA, 1985, p.97, cfr., p. 94-96.

¹⁰⁵⁴ ARISTÓTELES, Metafísica, 1990, IV, 4, 1006 b7; Metafísica IV, 4, 1006 b10; Metafísica IV, 4, 1007 a 10-15; Metafísica IV, 5, 1010, b8-9; Metafísica IV, 5, 1010, b21-26; Metafísica IV, 5, 1010, b30; Metafísica IV, 5, 1010, b30-1011 a1.

fundamentos de la dignidad humana¹⁰⁵⁵, aunque continuemos cosechando los considerables beneficios que la tecnología médica inevitablemente proporcionará.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, A. *Bioética y Derecho (Fecundación in vitro)*, Editorial Jurídica Continental, 2013.

ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1990, IV, 4, 1006 b7; *Metafísica IV*, 4, 1006 b10; *Metafísica IV*, 4, 1007 a 10-15; *Metafísica IV*, 5, 1010, b8-9; *Metafísica IV*, 5, 1010, b21-26; *Metafísica IV*, 5, 1010, b30; *Metafísica IV*, 5, 1010, b30-1011 a1.

ATIENZA, M, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

BYK, C. *From Bioethics to Biolaw: an international overview, 1984-1994*, in BANKOWSKY-J.H. BRYANT, Z. (eds) *Poverty, vulnerability, the value of human life and the emergence of bioethics*, Council for International Organizations of Medical Sciences, Genève, 1995, pp. 115-132.

CONTRERAS, F.J., *Tres Versiones del Relativismo Ético-Cultural*. *Persona y Derecho*. Vol. 38. 1998. Pag. 69-118.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione d'organo a fini di trapianto (7 ottobre 1991)*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1992.

D'AGOSTINO, F, PALAZZANI, L, *Bioetica, Nozioni fondamentali*, Editrice La Scuola, 2007.

¹⁰⁵⁵ Cfr. SPAEMANN, R, *Sobre el concepto de dignidad humana en, C.I.*, y SERNA, P, *El Derecho a la Vida*, EUNSA, Pamplona, 1998

D'AGOSTINO, F. *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, 1991, p. 155.

GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994; BAÑO LEÓN, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.

GROSSI, P, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003, p. 36.

HERRANZ, G. *Eutanasia y dignidad del morir*, en GONZALEZ, A.M. y... *Vivir y morir con...*pp.173-191.

INCIARTE, F. *Hermenéutica y sistemas filosóficos*, en *Biblia y hermenéutica*, Pamplona, EUNSA, 1985, p.97, cfr., p. 94-96.

ITURMENDI MORALES, J, *¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?*, en el Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, vol. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 523-779.

LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS y creación de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT), ley 9095, Gaceta N° 28 de 8 de febrero de 2013.

NEIRINCK, C. (ed.) *De la bioéthique au bio droit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994.

OLLERO TASSARA, A. *Bioderecho, entre la vida y la muerte*. Thomson-Aranzadi. Pamplona 2006.p.19.

PALAZZANI, L. *Criterios bioéticos para la selección de pacientes en la distribución de órganos*, p. 31-32 en LOPEZ DE A VIEJA, M.T. y VELAYOS, C. (Eds.) *Educación en Bioética, donación y trasplante de órganos*, Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

PALAZZANI, L. *Introduzione a la biogiuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino.

POISSON, J. F., *Bioética ¿El hombre contra el hombre?*, traducción al castellano de Miguel Martín, Rialp, 2009.

RATZINGER, J.K. *El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana*, LÖW, R., *Bioética, consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, traducción del alemán por José Luis del Barco, Rialp, Madrid, 1992.

SERRANO RUIZ-CALDERON, M.A. *Bioética, poder y derecho*, servicio publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 31.

SPAEMANN, R, *Sobre el concepto de dignidad humana* en, C.I., y SERNA, P, *El Derecho a la Vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

VILA-CORO, M.D. *Introducción a la biojurídica*, Servicio de publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.22.

W.T. REICH (ed.) *Encyclopedia of Bioethics*, The Free Press, New York, 1978, Introduction, vol.1 I, p.xxi.1995.

IX. MEDICINA FORENSE

**FUNDAMENTOS DE ANATOMÍA GENITAL Y ESTUDIO DEL DICTAMEN
MÉDICO LEGAL PARA LA CORRECTA COMPRENSIÓN DE PERICIAS
FORENSES EN DELITOS SEXUALES**

*Prof. Dr. Franz Vega Z.**

Médico forense del Departamento de Medicina Legal de Costa Rica.

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho UCR.

RESUMEN: El artículo hace una introducción a los fundamentos de la anatomía genital femenina y masculina con una orientación jurídica, de manera que abogados y abogadas que requieran en su práctica profesional comprender estos tecnicismos, cuenten con un apoyo que les permita identificar y comprender en mayor dimensión los resultados de las pericias médico legales en casos de delitos sexuales. Asociado a esto, se hace un breve análisis de las características anatómicas del himen así como de su clasificación según la forma de su orificio, y de su elasticidad. Por último se explican las partes que conforman el dictamen médico legal en casos de delitos sexuales, analizando de manera sucinta cada apartado del mismo.

PALABRAS CLAVE: Derecho científico, Anatomía, Genitales Femeninos, Anatomía genital femenina, Dictamen médico legal, ciencias forenses, Medicina Legal, Medicina Forense, Delitos Sexuales, Fundamentación médico legal.

ABSTRACT: This article introduces the fundamentals of female and male genital anatomy with a legal focus, in a way that lawyers who require understand these technicalities as part of their practice, can count with support material that will help to identify and understand the results of the forensic expertise in cases of

*Abogado y Médico Legista. Profesor del la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

sexual crimes. It includes a brief analysis of the anatomic characteristics of the hymen as well its classification according to the shape of its orifice and its elasticity. Finally, it explains the parts that form the medical analysis in cases of sexual crime, briefly analyzing each part of it.

KEYWORDS: Scientific law, anatomy, female genitalia, female genital anatomy, forensic opinion, forensics sciences, legal medicine, forensic medicine, sexual crimes, forensic groundwork.

Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2013.

INTRODUCCIÓN

La valoración forense de las personas víctimas de delitos sexuales es muy compleja y laboriosa, requiere de basta experiencia y claridad científica para interpretar correctamente lo que se observa, emitir un criterio objetivo y con ello ayudar a la administración de justicia en el esclarecimiento de un hecho delictivo.

Mientras que la valoración clínico-hospitalaria en un caso de agresión sexual, pretende determinar el estado de salud de la persona a fin de establecer un diagnóstico y tratamiento ajustado al estado físico y psíquico del *paciente*, la valoración forense tiene como objetivo recabar prueba, recolectar muestras y confirmar o descartar en la *víctima*, la presencia de signos que sugieran abuso sexual tanto reciente como antiguo, a fin de emitir un criterio pericial a solicitud del Ministerio Público.

Esta valoración pericial comporta un conocimiento profundo de la anatomía genital que es importante que los juristas conozcan a fin de que comprendan el lenguaje anatómico utilizado en las pericias médico legales realizadas a víctimas de delitos sexuales.

Complemento de lo anterior es también importante que conozcan los elementos básicos de los que se compone el dictamen médico legal, dos herramientas con las cuales podrán los operadores del derecho asistir a sus clientes de una manera más profesional durante la contienda en el foro.

Empezaremos por sentar las bases anatómicas del área genital masculina y femenina, identificando sus partes, nombres y funciones. Seguidamente, nos abocaremos a explicar los requisitos de forma y de fondo en los dictámenes médico legales, todo en un lenguaje lúcido y lo más llano posible a efecto de que el jurista tenga a mano una claridad meridiana en lo que atañe a los aspectos anatómicos, no siempre correctamente comprendidos por lo difícil de entender para quien por su formación académica no conoce la anatomía. La estructura que desarrollaremos será:

PARTE I. Fundamentos de anatomía genital

CAPÍTULO I. Área genital femenina

Sección 1. Genitales externos

- §1. *Monte de Venus*
- §2. *Clítoris*
- §3. *Labios menores*
- §4. *Labios mayores*
- §5. *Meato urinario*
- §6. *Introito vaginal*
- §7. *Vestíbulo vaginal*
- §8. *Orquilla vulvar*
- §9. *Vulva*
- §10. *Himen*
- §11. *Ano*
- §12. *Periné (rafé medio)*

Sección 2. Genitales internos

- §1. *La vagina*
- §2. *Ano y recto*

CAPÍTULO II. Área genital masculina

- §1. *Pene*
- §2. *Testículos*
- §3. *Periné o Rafé medio*
- §4. *Ano*

PARTE II. Valoración Clínica Forense

CAPÍTULO I. Dictamen médico legal de la víctima de delitos sexuales.

§1 Concepto

Sección 1. Requisitos de un dictamen médico legal

§1 Requisitos formales

- A. Escrito, firmado y fechado
- B. Posibilidad de dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre peritos.
- C. Fundamentación
- D. Relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados,
- E. Conclusiones

§2 Requisitos materiales

- A. Ficha de Identificación
- B. Historia Médico Legal
- C. Examen Físico
- D. Estudios de gabinete
- E. Interconsulta a especialistas
- F. Fundamentación Médico Legal (Comentario)
- G. Conclusión

PARTE I.

FUNDAMENTOS DE ANATOMÍA GENITAL¹⁰⁵⁶

Se hace necesario, antes de entrar en materia, aclarar algunos términos, que son de uso cotidiano en medicina forense:

Distal: se refiere a la zona que está más alejada del centro del cuerpo o de una estructura corporal: ejemplo: Los dedos de la mano están “distales” al hombro.

Proximal: es lo contrario de distal, por lo tanto, es lo que se aproxima más al centro del cuerpo o al punto de unión de una extremidad. “El codo está proximal al hombro, pero la muñeca está distal al hombro”.

Cefálico: es lo que está más cerca de la cabeza.

Caudal: es lo que está más alejado de la cabeza.

Decúbito dorsal: acostado “boca arriba”

Decúbito ventral: acostado “boca abajo”

Medial: Que se acerca a la línea media del cuerpo (línea vertical)

Lateral: Que se aleja de la línea media del cuerpo

Objeto Romo: Que no tiene filo. Por ejemplo: un dedo, un pene, un garrote.

Mucosa: es la capa de tejido que recubre estructuras como la cavidad oral, la vagina, el ano entre otras. La forma más fácil de identificar una mucosa es tocándose con la lengua la cara interna de las mejillas.

CAPÍTULO I.

¹⁰⁵⁶ Este estudio anatómico se basa principalmente en Netter, 1998 y en Gray, 2003.

ÁREA GENITAL FEMENINA¹⁰⁵⁷

El área genital femenina, para efectos forenses, es una zona anatómica de forma romboidal (**ver Fig. 1**), cuyos extremos se extienden desde la región púbica hasta el ano, limitada lateralmente en su extensión más ancha, por los bordes laterales de los labios mayores. Esta área contiene los genitales externos, así como los órganos genitales internos, estos últimos incluyen la vagina, el útero, las trompas de Falopio, los ovarios y el recto (parte distal del intestino grueso). Por su parte los genitales externos están conformados por todas las estructuras anatómicas que pueden visualizarse dentro de polígono que se encierra desde el Monte de Venus hasta el Ano.

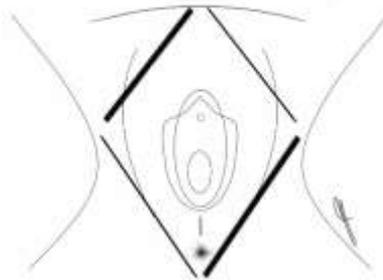


Fig. 1. Área genital femenina delimitada por una línea imaginaria de forma romboidal.

Dada la mayor importancia forense que revisten los genitales externos, empezaremos por explicar cada uno de las estructuras que los conforman.

¹⁰⁵⁷ Para una comprensión clínica acerca del abordaje forense de esta área consúltese: BEAUTHIER Jean – Pol. *Traité de médecine légale*. 2 édition. Éditions De Boeck. 2011. Bruxelles. Pag 405 a 437-

SECCIÓN 1.

Genitales externos: Para exponer los genitales externos femeninos es necesario que la persona se coloque en posición ginecológica, es decir en decúbito dorsal, con las rodillas semiflexionadas y en abducción (separadas) a efecto de poder visualizar las diferentes estructuras anatómicas, las cuales se muestran en la **Fig. 2.**

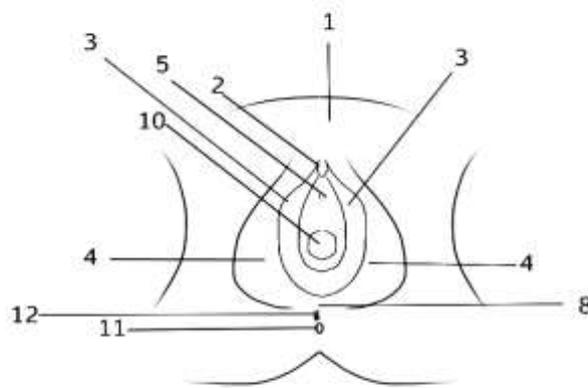


FIG. 2 Genitales externos femeninos. Vista desde la posición ginecológica.

Monte de Venus (1); Clítoris (2); Labios menores (3); Labios mayores (4); Meato urinario (5); Horquilla vulvar (8); Ano (11); Rafé medio (12). *(Dibujo propio de autor, derechos reservados)*

§1. Monte de Venus

Corresponde a una zona abultada de tejido graso recubierta de piel y vello (después de la pubertad) que se encuentra cubriendo el hueso del pubis. Tiene mucha importancia porque es un área que podría albergar indicios que pueden

ayudar a identificar tanto el sitio del suceso como al agresor: restos de maleza, tierra, elementos pilosos o semen. Rara vez presenta contusiones durante un asalto sexual.

§2. Clítoris

Es la zona más erógena, está conformada por tejido eréctil que responde a estímulos. Está localizado por arriba del meato urinario (sitio por donde se expele la orina) y desde ahí nacen los *labios menores*. Es una zona en la que se pueden encontrar rastros de saliva del agresor, así como excoriaciones de la mucosa que lo conforma.

§3. Labios menores

Son dos hojas de tejido dispuestas una a cada lado del *Vestíbulo vaginal*, que cuando son traccionadas en sentido lateral, (**ver Fig. 3**) dejan ver una forma cóncava que las opone. Nacen desde el clítoris, al que rodean y en la mujer adulta tienden a adosarse como protegiendo el orificio vaginal.

En las niñas pre púberes, sobre todo en las niñas preescolares, estos labios se disponen a manera de un techo de forma triangular que cubre el tercio superior del orificio vaginal y será hasta que alcancen una edad maduracional mayor (12 años en promedio) que los labios terminen de crecer y conformen a manera de dos pétalos que se adosan guardando el orificio de la vagina ayudando a delimitar el *vestíbulo vaginal*. Justo por debajo de su unión inferior, se ubica la *Comisura posterior*.

En estas hojas de tejido, dada su configuración anatómica y a la humedad que las caracteriza, generalmente guardan restos de maleza, elementos pilosos o partículas de tierra que pueden ayudar a identificar el sitio del suceso o al

agresor. También corresponden a una excelente zona para hacer un isopado (frotis) en busca de saliva o semen. En mujeres adultas, cuando se lesionan en un asalto sexual, es posible visualizar contusiones en su cara interna. En las niñas, rara vez se lesionan. Cuando lo están, es porque el objeto contundente, abarcó un área periférica importante.

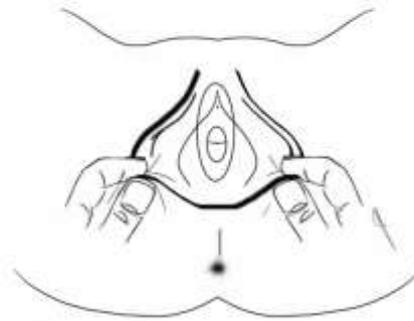


Fig. 3 *Tracción de los labios mayores permitiendo la separación de los labios menores con su forma cóncava que los opone con lo que se permite visualizar las estructuras que normalmente está cubiertas por ellos. Nótese la comisura anterior (por arriba) y la posterior (por abajo), al seguir el reborde negro y grueso (que representa a los labios mayores) que están siendo traccionados. (Dibujo propio de autor, derechos reservados)*

§4. *Labios mayores*

Son dos repliegues de tejido adiposo (grasa) cubiertos por piel, que discurren verticalmente y hacia atrás siguiendo una trayectoria elíptica, rodeando la hendidura vulvar. Su coalescencia en el Monte de Venus se denomina *Comisura anterior* y su unión posterior (cerca del ano) se llama *Comisura posterior*. (ver **Fig. 3**) En las mujeres post-púberes, están recubiertos de vellos. Conforman la parte más prominente de la *Vulva* y son susceptibles de sufrir equimosis y escoriaciones cuando son separados violentamente con los dedos del agresor. Están ubicados lateralmente a los labios menores, es decir, que

recubren a estos. En aquéllos se pueden albergar elementos pilosos externos que deben diferenciarse de los de la víctima, por lo que al igual que en el Monte de Venus, es necesario realizar un barrido en busca de ellos y enviarlos a su análisis forense. Dado su tamaño y exposición, es una zona fácilmente contundible, en caso de caídas a horcajadas, que al mismo tiempo sirve de protección a las estructuras que recubre, como el *himen* y los labios menores. De ahí que sea frecuente que en caso de traumatismos de ese tipo, no existan rupturas himeneales asociadas, pues estas se van a producir como consecuencia de la penetración, de un pene u objeto romo y no como consecuencia de un trauma vulvar a horcajadas.

§5. *Meato urinario:*

Es el sitio por donde se expele la orina y se ubica unos milímetros por debajo del clítoris. No tiene mayor trascendencia forense.

§6. *Introito vaginal:*

Es una zona desprovista de tejido que abre su paso comunicando los genitales externos con la vagina y con el resto de los órganos genitales internos. En palabras sencillas, corresponde a la entrada de la vagina. En mujeres núbiles (vírgenes), se puede encontrar un tejido membranoso que nace desde la paredes del introito y que se denomina *Himen*. En los casos de mujeres con vida sexual activa, el introito vaginal persiste, pues es simplemente la entrada o zona más externa del canal vaginal, pero desprovista total o parcialmente de la membrana himeneal. Es un área muy frecuentemente afectada durante una agresión sexual, pues está recubierta de mucosa fácilmente contundible. Tanto el introito como sus zonas aledañas, se pueden lesionar durante una penetración violenta aun en mujeres con vida sexual activa, aunque en estos casos lo más frecuente es observar un ligero eritema (enrojecimiento) de tipo inespecífico; con

“inespecífico” quiero decir que ante los ojos del experto forense valorador, es un enrojecimiento que puede tener variadas causas, no sólo la penetración.

En mujeres adultas sin vida sexual activa, se pueden evidenciar contusiones por la penetración de un objeto romo, y en el caso de niñas, la periferia y el introito mismo sufre mayores lesiones en una relación inversamente proporcional a la edad: a menor edad, mayor y más graves pueden ser las lesiones, sea por intento o por penetración de algún objeto o cuerpo romo. En el caso de las niñas debe hacerse un isopado en esta área en busca de semen que se deposita durante el coito vulvar, que es aquél en el que el agresor, generalmente, por no poder penetrar a la víctima, dado la resistencia anatómica que le imponen naturalmente los tejidos, opta por eyacular en plena excitación en la vulva de su víctima.

§7. *Vestíbulo vaginal*

Corresponde a una depresión de la vulva al fondo de la cual se encuentran las estructuras que lo limitan, en el tercio superior, el meato uretral, en el tercio medio, el orificio vaginal y en límite caudal del tercio inferior, la *Fosa Navicular*. **(Ver Fig. 4)**.

§8. *Fosa Navicular*

Es una zona provista de mucosa, localizada en el límite caudal del vestíbulo vaginal y que delimita un arco en forma de “U”, justo en el sitio donde se unirán los labios menores en la mujer adulta. **(ver Fig. 4)**. No debe confundirse con la comisura posterior, que es el punto más agudo en donde se juntan los labios menores en su extremo caudal.

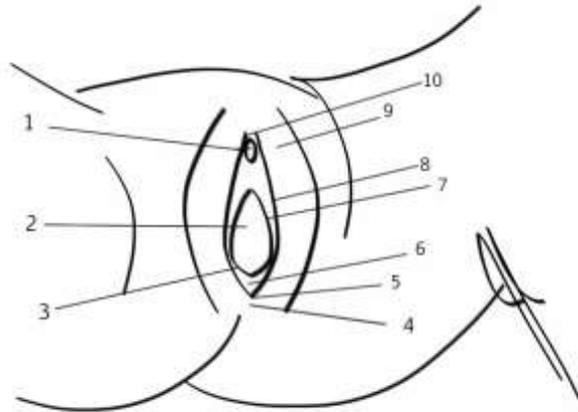


Fig. 4. Vista de la vulva que permite apreciar el vestíbulo vaginal por medio de las estructuras que lo delimitan. Clítoris (1). Inmediatamente por debajo del clítoris esta el meato uretral (“caño de la orina”) que no se aprecia en esta gráfica; Orificio vaginal (2); Himen (3, 7); Horquilla vulvar. (4); Comisura posterior (5); Fosa Navicular; Labio menor (8); Labio mayor (9); Comisura anterior (10). (Dibujo propio de autor, derechos reservados)

La fosa navicular no corresponde a un punto sino más bien a la zona que forma justamente a manera de una depresión, o fosa, la conjunción de los labios menores. Su mucosa es muy friable, razón por la que generalmente se encuentra evidencia del roce o de la presión que hace un cuerpo u objeto como en su intento por penetrar. Incluso en mujeres con vida sexual activa y adecuadamente lubricadas, normalmente dejará, al menos, un eritema (enrojecimiento) que tenderá a desaparecer en pocos minutos. En el caso de las niñas, esta zona es aun más frágil que en la mujer adulta por lo que las contusiones, laceraciones, abrasiones y fisuras superficiales de mucosa son muy frecuentes de encontrar en casos de abuso sexual. El forense experimentado sabe que debe guardar cuidado con las maniobras exploratorias, pues la simple separación de los labios mayores en una niña, puede producir grietas superficiales que incluso pueden generar un sangrado escaso. La forma de disminuir esta afectación iatrogénica es tomando los labios mayores con el índice

y pulgar, por su tercio inferior, y halar hacia arriba y a los lados al unísono y luego, y solo luego, hacia abajo para exponer el vestíbulo y el orificio himeneal. (**ver Fig. 3**) Una vez que se expone esta zona, se pueden separar los bordes laterales de la horquilla vulvar, colocando el dedo índice y pulgar, medial al mismo sitio donde anteriormente se halaron los labios mayores con el fin de tomar muestras con la mano libre. No debe pensarse que en caso que el explorador produzca iatrogénicamente grietas en la mucosa sea motivo de una lesión a la víctima, dado que es una afectación tan superficial y banal que se le produce a la mucosa, que en cuestión de minutos el cuerpo la repara y no deja huella alguna. La importancia es más que todo para que el explorador inexperto no vaya a confundir las grietas producidas por él mismo durante la valoración, con lesiones post abuso sexual. La horquilla vulvar y la fosa navicular es el área genital que con mayor frecuencia se lesiona en el abuso sexual. Se aclara que la horquilla vulvar es justo la zona de unión de los labios menores con los mayores en la porción caudal de la vulva.

§9. *Vulva*

Es un área de forma ovalada, de disposición vertical, que esta limitada arriba por la comisura anterior, a ambos lados por los labios mayores, abajo por la comisura posterior y en su zona medial por los labios menores, el clítoris, el vestíbulo vaginal, el introito vaginal, el himen y la fosa navicular posterior. Nótese que la vulva no incluye la vagina. (**Ver Fig. 5**)

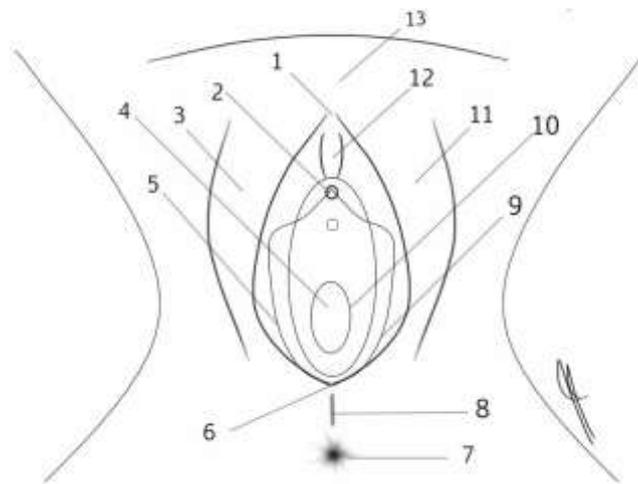


Fig. 5. *La vulva y sus partes. Nótese la forma ovalada que le imprimen los labios mayores. Comisura anterior (1); Clítoris (2); Labio mayor derecho (3); Introito vaginal (4); Labio menor derecho (5); Comisura posterior (6); Ano (7); Rafé medio o periné (8); Labio menor izquierdo (9); Himen (10); Labio mayor izquierdo (11); Capuchón del clítoris (12); Monte de Venus (13). (Dibujo propio de autor, derechos reservados)*

§10. Himen¹⁰⁵⁸

Es una membrana que nace de las paredes del introito y se extiende hacia el centro del mismo, dejando un defecto de llenado que conforma el *orificio himeneal*. Este tejido es muy vascularizado, razón por la que sangra fácilmente cuando se rompe.

Se clasifica desde el punto de vista anatómico según la forma que tenga el orificio del himen (ver **Figuras 6 y 7**). Así los hay redundantes cuando sus bordes se repliegan sobre sí; anulares cuando su forma es redondeada,

¹⁰⁵⁸ Para un estudio detallado cf. Kvitko, Luis A. El himen. Estudio Médico Legal. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2005.

semilunares o en forma de semiluna; bilabiados cuando su orificio es alargado; imperforados si una membrana los recubre totalmente, siendo esto una prueba indubitable de que no han sido penetrados; septados, cuando los divide un *septum* que puede ser transversal o vertical.

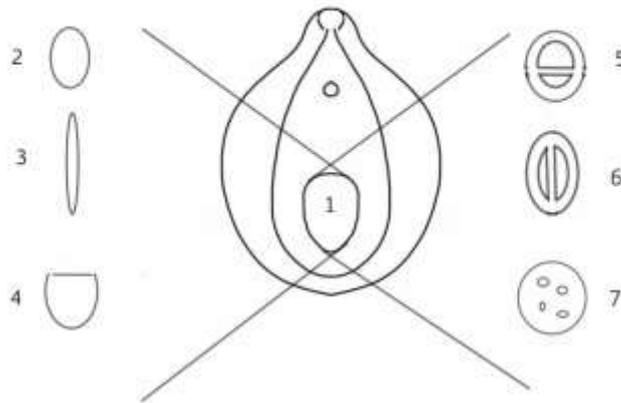


Fig. 6 Formas de orificios himeneales I. (Dibujo propio de autor, derechos reservados)

El número 1 identifica el orificio himeneal dentro de la zona vulvar. El número 2 corresponde a un himen de tipo anular; el número 3 es un bilabiado; el número 4 a uno semilunar; el 5 a un himen tabicado o septado transversal; el 6 a uno tabicado o septado vertical y el 7 al cribiforme o fenestrado.

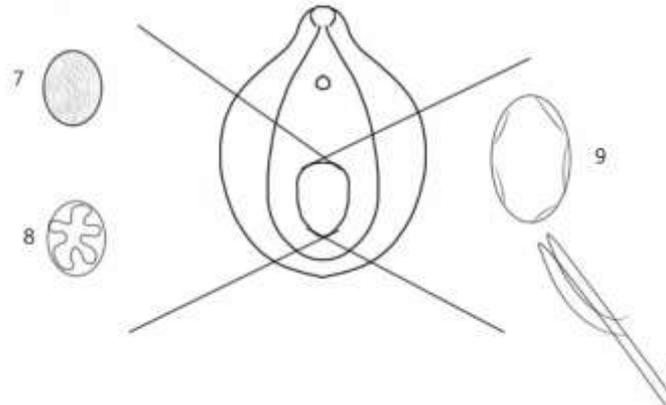


Fig. 7 Formas de orificios himeneales II (*Dibujo propio de autor, derechos reservados*)

El número 7 corresponde a un himen imperforado, rareza anatómica que en caso de encontrarse intacto es prueba indubitable que no ha sido penetrado. El número 8 representa a un himen redundante, que es un tipo de himen cuyas bordes se repliegan y que tiende a producir mucha dificultad diagnóstica para poder establecer la diferencia entre escotaduras profundas y rupturas. El numerado como 9 representa al himen reducido a carúnculas mirtiformes.

Otra clasificación se hace con base en la elasticidad del himen. Será *dilatado* cuando permita el paso de dos dedos del médico explorador sin oponer resistencia tal que pueda romperse y sin reducir su diámetro al retirarlos. Será *dilatado* cuando su diámetro transversal y vertical, permita el paso de dos dedos del explorador, y al retirarlos, vuelva a su diámetro original. En ambos casos el himen no se romperá durante una penetración con el miembro viril.

La valoración adecuada del himen es de las cosas más difíciles de la medicina legal clínica, pues la anatomía del mismo no siempre es clara y se puede prestar a confusiones sino se cuenta con la debida experiencia, sobre todo que cuando la víctima se presenta al forense, está muy aprehensiva, nerviosa y la manipulación de esa zona es precisamente lo que menos desea. Normalmente los médicos que no son especialistas en Medicina Legal, no tienen

motivos para valorar el himen, salvo casos que se presenten al servicio de emergencias por un abuso sexual. El caso del Pediatra, es quien más podría valorar hímenes en niñas, sin embargo, no es el grueso de sus motivos de consulta. Por otro lado, el Ginecólogo, que es quien sí tiene que valorar el área genital como parte de su labor diaria, normalmente no tiene mucha experiencia con hímenes precisamente porque el grueso de sus pacientes son mujeres con vida sexual activa.

Así las cosas, es el especialista en Medicina Forense, sobre quien mayoritariamente recae la función de valoración del himen en personas víctimas de abuso sexual, tanto niños como adultos.

Otro aspecto que debe quedar claro cuando de himen se habla es el concepto de *penetración total y parcial*. Existe una tendencia jurisprudencial que considera que la penetración del pene puede ser total o parcial. Le llaman parcial cuando no ha atravesado el portal himeneal y total si lo atraviesa. De aquí que se ha prestado a una confusión entre los juristas, quienes quizá para darle una mayor protección al bien jurídico tutelado en este tipo de delitos, consideran que el solo roce del pene en la vulva es una penetración parcial y si de la valoración forense se deduce que rompió el himen y por lo tanto penetró hacia la vagina, entonces se trataría de una penetración total. Este concepto, es anatómicamente incorrecto, pues la vulva no se puede penetrar dado que no es una cavidad anatómica. La vagina sí que lo es y la puerta de entrada de la misma es el himen, de donde que si el forense encuentra rupturas himeneales, eso es un dato fidedigno de que el himen fue atravesado y por lo tanto de acceso carnal en la vagina.

Por su puesto que estamos hablando de casos de mujeres núbiles o niñas cuyo himen muestra hallazgos típicos de haber sido accedido. Ahora, en el caso de las mujeres con vida sexual activa, el himen no siempre ayuda en la determinación médico legal del acceso dado que se trata de mujeres con vida

sexual activa y por lo tanto no quedan mayores lesiones luego de una penetración no violenta. En estos casos, el hallazgo de semen en la cavidad vaginal bastará para suponer la penetración del pene en la cavidad vaginal.

Un caso particular es el de la niña de corta edad pero con capacidad de quedar embarazada (generalmente a partir de los 9 años) cuya desarrollo genital externo aún no permite el paso de un pene sin causar importantes lesiones, motivo por el cual su victimario al notar el impedimento anatómico para accederla carnalmente, opta un coito vulvar cuyo eyaculado, debido a la fuerza eyectiva que lo proyecta, penetra a la cavidad vaginal y embaraza a la menor, cuyo himen está íntegro.

En este caso no se puede hablar técnicamente de acceso carnal ni de penetración parcial, pues no se dio ninguna de las dos cosas, lo que ha habido es una penetración del semen, que no es lo mismo que un acceso carnal y que para el código penal costarricense, cabría según nuestro criterio, en el concepto de penetración de objetos, entendiendo a objeto como la sexta acepción que le da el DRAE, es decir, como *cosa*: “*todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta.*”¹⁰⁵⁹ De donde que al demostrarse la presencia de semen en la vagina o sin demostrarse esta pero teniendo la evidencia de un embarazo y una prueba de ADN que demuestre la paternidad del victimario, se podría demostrar, desde el punto de vista científico forense, la penetración a la cavidad vaginal.

Debe comprenderse que el concepto de coito vulvar no implica penetración vaginal. La penetración debe ser necesariamente en una cavidad, y la vulva, como ya se dijo, no lo es; la vagina sí. Así entonces hablar de penetración parcial porque el pene o los dedos o la lengua haya tocado la vulva no es anatómicamente correcto. Para que se acceda (se penetre) debe atravesarse la puerta de entrada de la cavidad, que en el caso de la vagina es el

¹⁰⁵⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Versión on line accesible desde www.rae.es

himen y en el caso del recto es el ano. Así como nadie piensa que exista una penetración anal parcial cuando lo que se produce es un coito interglúteo, igualmente tampoco debe pensarse que exista una penetración parcial vaginal, cuando lo que ha ocurrido es un coito interfemora (roce del pene entre los muslos) o un coito vulvar (roce del pene entre los labios mayores de la vulva).

Otro distingo anatómico que debe conocerse a nivel del himen, son las *escotaduras*. Estas corresponden a hallazgos anatómicos de nacimiento y no son de origen traumático (consecuencia de la penetración o intento de penetración). Una escotadura himeneal es un hendidura en la pared del himen que podría similar una ruptura, no obstante, se diferencia de ella en que la ruptura cuando se da, inicia en el borde del orificio himeneal y se extiende hasta el borde de inserción del mismo, no así la escotadura que si bien es cierto inicia en el borde del orificio himeneal no se continúa hasta el borde de inserción del mismo.

Por otra parte, el concepto de ruptura himeneal debe entenderse como una disrupción de la mucosa del himen desde su borde interno hasta su borde de inserción, como consecuencia únicamente de la dilatación de su diámetro por penetración de algún objeto romo. Por su puesto que un objeto filoso podría generar una herida en la mucosa himeneal que se apreciará en términos generales igual a una ruptura, pero por definición hablamos de ruptura sólo en casos de penetración por el mecanismo descrito pues otros mecanismos como caída en horcajadas o cabalgar no producen rupturas himeneales.

§11. *Ano*

Para la valoración de esta estructura anatómica el experto forense debe solicitar a la persona a evaluar que se coloque en posición genopectoral o de plegaria mahometana de tal suerte que se expongan los glúteos a fin de poder visualizar el área y tomar las muestras necesarias sin lesionar física ni moralmente a la víctima. (**Ver Fig. 8**).



Fig. 8 Posición anatómica para valorar la región anal. En estos casos la víctima se cubre con una sábana para protegerle su pudor. (*Dibujo propio de autor, derechos reservados*)

El ano es un canal de 2 a 4 cm de longitud que se continúa con el recto, porción más distal del intestino grueso. Este canal termina en un orificio que se denomina, *orificio anal*. El ano, es un conducto que se mantiene cerrado por efecto de un músculo que lo rodea llamado esfínter anal interno. Hay dos esfínteres, el externo y el interno. El primero se puede abrir y cerrar a voluntad, el segundo es involuntario y se abre o cierra según las necesidades de evacuación del recto. El orificio anal está recubierto de piel que por el efecto de cierre del esfínter, y de un músculo denominado *Músculo corrugador de la piel del ano*, le producen pliegues a la piel, llamados *pliegues anales*. Estos pliegues son importantes porque se ha descrito el efecto denominado *borramiento de pliegues*, que consiste en la ausencia de los mismos como consecuencia del efecto traumático que produce la penetración anal crónica, quizá como consecuencia de la ruptura de las fibras musculares que lo corrugan. Por otra parte, cuando durante la valoración médica se traccionan lateralmente sus bordes, estos se “des-pliegan” exponiéndose la piel y en caso de existir fisuras se evidencian. Entendemos por fisura, la ruptura de las capas superficiales de la piel anal que cede ante la presión que se produce por la penetración de un objeto o cuerpo romo. Estas fisuras pueden producirse también en la mucosa del canal

anal que al igual que la piel, al sobredistenderse, cede y revienta. La fisura de la piel anal es de forma triangular y alargada con su vértice en dirección concéntrica y su base en dirección excéntrica. La del canal anal también es de forma triangular y alargada, siendo que para poder visualizarlas se requiere de la introducción de un espéculo anal, que es un dispositivo con dos hojas plásticas y desechables que se abren luego de introducidas en el ano y que permite distenderlo para visualizar su estructura interna. En casos de mayor violencia o de penetración de objetos de mayor diámetro, lo que se producirán serán desgarros, que corresponden a rupturas profundas que incluso pueden llegar a comunicar estructuras vecinas como en el caso de los desgarros ano perineales (unión de ano con periné) o ano-vaginales.

§12. *Periné (rafé medio)*

Esta es una zona de piel que está entre el la *Comisura posterior* y el Ano. Su importancia forense es para descartar posibles desgarros que abarquen hasta esa zona. En esos casos se trataría de un desgarró muy grave y generalmente se ve en niñas o en personas adultas a las que se les introducen objetos cilíndricos desproporcionados al diámetro vaginal o anal. En Costa Rica al periné se le conoce popularmente como el “nies” (ni es ano, ni es vagina)

SECCIÓN II.

GENITALES INTERNOS

Son los órganos que no son visibles directamente y corresponden a: la Vagina, el Útero, las Trompas de Falopio, los Ovarios y el Recto. De ellos revisten importancia forense el primero y el último.

§1. *La vagina*

Es un conducto alargado en forma cilíndrica, de tamaño variable, en adultos en promedio mide unos 10 cm. de longitud. Las mujeres de raza negra tienen una mayor longitud respecto de las caucásicas. Las paredes vaginales anterior y posterior, en estado de reposo, normalmente se encuentran en contacto, excepto por su extremo superior, donde se inserta el cuello uterino y en el extremo inferior, donde se encuentra el orificio vaginal. La vagina se inserta en las paredes laterales del tercio inferior del cuello del útero formando cuatro recesos denominados *fondos de saco* o *fornix*, dos laterales, uno anterior y otro posterior. Estos fondos de saco revisten importancia forense porque son el sitio anatómico donde se aloja la mayor cantidad de semen y por lo tanto, deberá tomarse muestras de cada uno de ellos, pero sobre todo del posterior. Para ello lo ideal es introducir un espéculo vaginal que es un dispositivo similar al que se describió anteriormente para la valoración del ano, con el objetivo de poder acceder a una zona profunda en la anatomía y con una adecuada guía visual poder tomar la muestra del sitio correcto a fin de captarla que no se pierda, no obstante en valoraciones forenses esto no siempre es posible llevarlo a cabo, dado el estado psíquico en que se encuentran las víctimas quienes no siempre aceptan que se les practiquen exámenes invasivos.

Las paredes vaginales también pueden evidenciar lesiones, que generalmente corresponden a laceraciones o abrasiones producidas por las uñas del agresor o por algún objeto con punta. En el caso de las niñas pequeñas, la sola penetración vaginal de un objeto romo puede producir serias laceraciones y contusiones.

§2. *El recto*

Es la parte más distal del intestino grueso, mide unos 12 cm de largo y en su trayecto se continúa con el canal anal. Cuando presenta lesiones, generalmente se deben a la penetración de objetos con salientes cortantes,

como una rama de árbol, o de longitud importante como para romperlo en su trayecto.

CAPÍTULO II.

ÁREA GENITAL MASCULINA

El área genital masculina es de mucho menor complejidad que su contraparte femenina, en cuanto a valoración forense se refiere. Está conformada por el pene, los testículos, el periné y el ano.

§1. *El pene*

Es una estructura cilíndrica, de tejido eréctil que está atravesado longitudinalmente por la uretra. El tejido eréctil se dispone en tres columnas, dos lateralmente (cuerpos cavernosos) y una en el plano medial (cuerpo esponjoso), conformando entre todas, la cabeza, el cuerpo y la raíz del pene. Los cuerpos cavernosos discurren distalmente y terminan unidos formando el *Glande del pene* (cabeza del pene). Éste tiene una punta, un cuerpo, y una base o cuello. De la punta surge el *Meato uretral*, que es la porción final de la uretra y es una abertura en medio de los dos cuerpos cavernosos por donde sale la orina. En la base del glande, se encuentra la *Corona*, que es un reborde prominente que lo circunda y delimita al *cuello del pene* o *surco balanoprepucial*. De la cara posterior del glande, emerge un pequeño pliegue llamado *frenillo* que sostiene la piel que cubre al glande (cabeza del pene). Esta redundancia de piel que cubre al glande se denomina *prepucio* y debe retraerse durante la exploración forense a efectos de valorar si hay lesiones tanto en el glande como en el frenillo y además para tomar muestras del *surco balanoprepucial*, que es la zona donde se acumulan células epiteliales de la vagina, que se desprenden durante el coito; restos de heces que quedan adheridas después de la penetración anal; así como sangre de la víctima o saliva del agresor.

§2. *Testículos*

Normalmente son dos, están envueltos en una bolsa llamada escroto, y en el niño pueden estar ascendidos en el canal inguinal, es lo que se conoce como “testículos en ascensor”, pues descienden y de repente pueden de nuevo ascender. En el adulto, deben estar descendidos ambos. Normalmente no sufren mayor tipo de lesiones durante el abuso sexual y en el caso del agresor, tampoco deja evidencia de lesiones.

§3. *Periné o Rafé medio*

Es la zona que se encuentra entre la raíz del pene y el ano. En el niño abusado puede notarse evidencia del mismo cuando ha existido desgarros importantes, que comprometen esa zona. En los adultos (hombres y mujeres) agredidos sexualmente, también podría verse comprometida esta zona, en casos de penetraciones con objetos muy grandes. Cuando la víctima a estado acostada sobre maleza en esta zona podría encontrarse restos de hierbas o tierra, aunque lo más frecuente es encontrarla en los glúteos y en el ano. Al igual que en la mujer, es conocido como “nies”

§4. *Ano*

La misma explicación que se dio para la anatomía genital femenina se puede aplicar para el varón.

PARTE II.

VALORACIÓN CLÍNICO FORENSE

En el caso de las valoraciones clínicas hospitalarias, el examen médico se hace a solicitud del paciente o de sus familiares (si se tratara de un menor de edad). El médico tendrá como objetivo la determinación del estado de salud del

paciente, el diagnóstico de las afecciones físicas y psíquicas, y la instauración de los tratamientos que amerite, según el daño que presente. El médico que conozca un caso de esta naturaleza, lo hará porque el paciente llega en busca de atención al centro clínico, o porque la policía lo traslada para su respectiva valoración médica. En ambos casos sólo se requiere el consentimiento del paciente, y no será necesaria una orden del Fiscal para su evaluación. El objetivo del médico clínico será hacer diagnósticos y dar tratamiento curativos y preventivos. La recolección de prueba, deberá dejarla en manos del médico forense, por lo que tendrá que referir a su paciente, sabiendo que priva, ante todo, la integridad de la salud antes que la recolección de muestras, que quedará en un segundo o tercer plano. Por su puesto, la sola referencia al médico legista, no basta para que se realice el dictamen médico legal, será necesaria la solicitud expresa del Ministerio Público.

A diferencia de la valoración clínico hospitalaria, la valoración médico legal de una supuesta víctima de abuso sexual, solo puede hacerse a solicitud de autoridad competente y aunque priva también la salud de la víctima, deberá intentarse, si las circunstancias lo permiten, la recolección de prueba, (cuidando la cadena de custodia), en aras de satisfacer el objetivo de la intervención: emitir un Dictamen Médico Legal.

La valoración forense puede hacerse en un centro médico (adonde la víctima acudió) o en el Instituto de Medicina Legal (en Costa Rica: Departamento de Medicina Legal). La solicitud de dictamen que envía la autoridad competente, también puede incluir la valoración genital y extra genital del imputado, en cuyo caso el actuar del Médico debe ajustarse a lo requerido por nuestra legislación y jurisprudencia, para los casos de valoraciones corporales de imputados.

El resultado de la valoración médico legal se plasma en un documento formal denominado Dictamen Médico Legal.

CAPÍTULO I.

DICTAMEN MÉDICO LEGAL DE LA VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES

§1 CONCEPTO¹⁰⁶⁰

El Dictamen Médico Legal es el resultado de un acto pericial¹⁰⁶¹, realizado necesariamente por uno o varios médicos para valorar el cuerpo de la víctima (elemento de prueba) y obtener de él previo consentimiento¹⁰⁶² datos objetivos que permitan ayudar en la determinación de la verdad científica de los hechos: circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como de identificación de victimario y de ser necesario de la víctima también.

SECCIÓN 1.

REQUISITOS DE UN DICTAMEN MÉDICO LEGAL¹⁰⁶³

Son exigencias mínimas que debe cumplir el dictamen para ser un elemento probatorio que revista características científicas y jurídicas.

¹⁰⁶⁰ Cf. HERNÁNDEZ CUETO, Claudio. Valoración médica del daño corporal. 2 edición. Editorial Masson. Barcelona- España. 2001. Pag 471 – 488.

¹⁰⁶¹ Cf. AMAT, Jean Paul & ROSSEAU Claude. Guide pratique de l'expertise du dommage corporel. DCCD. France. 1988. Pag. 5-6.

¹⁰⁶² Cf. CHARIOT Patrick & DEBOUT Michel. Traité de Médecine Légale et de Droit de la Santé. À l'usage des professionnels de la santé et de la justice. 2012. Paris- France, pag.638 a 654.

¹⁰⁶³ Cf. ARBUS, Louis & ROUGÉ, Daniel. Le rôle du médecin traitant dans les expertises. Editions ESKA. Paris- France. 1995. Pag. 136 a 139 y 142 a 145.

§1. Requisitos formales

El Dictamen médico legal de una supuesta víctima de abuso sexual, deberá cumplir una serie de requisitos de forma establecidos en la norma. En el caso de Costa Rica, especialmente los artículos, 213¹⁰⁶⁴ y 218¹⁰⁶⁵ del Código Procesal Penal. De existir protocolos estos deben de seguirse.¹⁰⁶⁶

A. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado

Aunque el código menciona este orden, no significa que el dictamen tenga que seguirlo, de hecho, la fecha es lo primero y la firma lo último. La rúbrica podrá ser digital y nada obsta para que sea ampliado en forma oral en la audiencia.

B. Se podrá dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre peritos.

En las experticias que realiza el Consejo Médico Forense, interviene un tribunal médico conformado por tres médicos, pudiéndose dictaminarse con criterio de minoría.

C. El dictamen pericial será fundado:

Esto significa que las conclusiones que el perito extraiga no podrán carecer de fundamentación, es decir, para emitir un criterio conclusivo, el fundamento del mismo tiene que estar distribuido a todo lo largo del dictamen, si

¹⁰⁶⁴ **Art. 213:** “Podrá ordenarse un peritaje cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”.

¹⁰⁶⁵ **Art. 218:** “El dictamen pericial será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiando. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias.”

¹⁰⁶⁶ Cf. DURIGON, M. Pratique médico-légale. 2 édition actualisée. Masson. Paris-France. 2007, pag. 145.

el dictamen no es fundamentado, su conclusión podrá ser recurrida¹⁰⁶⁷ por carecer de un requisito de forma.

D. Contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados,

El código prevé la descripción del apartado del examen físico, de los resultados de los estudios de laboratorio, radiológicos o interconsultas a otros expertos, así como la explicación de los resultados de los mismos.

E. Contendrá, de manera clara y precisa las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado.

Esto es el equivalente al “por tanto” de la sentencia judicial, de tal manera que será la consumación de la pericia, que viene a plasmar el criterio final, que está debidamente fundamentado en todos los apartados previos, es la esencia misma del dictamen.

Existe una divergencia de opiniones entre si el dictamen debe concluir únicamente lo que se pregunta, o si por el contrario debe extenderse más allá según el criterio pericial. Creo que en tesis de principio el dictamen debe ser claro en todo sentido, la pericia no se solicita para reforzar una parte de la verdad y ocultar otra, el dictamen es imparcial y no debe premeditadamente favorecer a ninguna de las partes. De ahí que la virtud científica del perito se mide en las conclusiones que emita, las cuales deberán ser amplias, claras, precisas y concordantes desde el punto de vista de la lógica pericial¹⁰⁶⁸. Puede existir en la descripción del apartado examen físico, una serie de tecnicismos propios del arte

¹⁰⁶⁷ DE SANTO, Víctor. La prueba pericial. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1997. Pag. 337 a 342.

¹⁰⁶⁸ Cf. VEGA ZUNIGA, Franz. Enunciados lógico - periciales en los dictámenes médico legales. *Med. leg. Costa Rica*. 2011, vol.28, n.2, pp. 23-33 .

de la medicina, pero las conclusiones y el comentario, siempre deben ser claros. No se debe omitir nada.

§2. Requisitos materiales

Respecto de los requisitos de materiales¹⁰⁶⁹, contendrá al menos los siguientes: Ficha de identificación, Historia Médico Legal, Examen Físico, Fundamentación Médico Legal (Comentario) y Conclusión.

Como apartados opcionales, podrá contener: Documentos médicos, Antecedentes Patológicos, Estado Anterior, Estudios radiológicos y de gabinete e Interconsultas.

Analizaremos los requisitos básicos:

A. Ficha de Identificación:

Es un apartado en el que se indican las calidades que permiten identificar y ubicar a la persona, incluyen su nombre completo, estado civil, sexo, edad, lugar donde vive, lateralidad (zurda o diestra), escolaridad y número de identificación, si se tiene. En caso que venga acompañado, sobre todo, tratándose de menores de edad, se indica, el nombre, el número de identificación y la relación de parentesco o amistad que los une.

B. Historia Médico Legal:

Su objetivo es enterar al forense de los aspectos esenciales de la agresión, a efecto de dirigir el examen físico, razón por la que se pregunta sobre el *Cómo, Cuándo y Adonde* ocurrieron los hechos. No pretende informar al Juez

¹⁰⁶⁹ Cf. AMAT Jean Paul & ROUSSEAU Claude. Guide pratique de l'expertise du dommage corporel. CDCD, 1988. Francia.

o al Fiscal, sobre estos detalles, pues, fueron previamente investigados por el Ministerio Público, que es el órgano competente para ello. Lo que procura es tan sólo orientar al médico en la búsqueda y recolección de indicios, para la siguiente parte de su valoración, el examen físico.

En la práctica hemos visto que algunas veces en debate, se ha usado esta información a favor o incluso en contra de la misma víctima, aduciéndose que al médico forense le indicó una cosa y en la denuncia dijo otra. Al respecto debe insistirse en que la historia que el forense recaba no pretende ser una “toma de declaración”, ni un “interrogatorio”, en el sentido jurídico de los términos, pues no es, ni será nunca, competencia del médico forense interrogar, ni tomar declaraciones. Incluso algunos, habiendo tergiversado el sentido de la *Historia Médico Legal*, han pretendido que el perito realice las *prevenciones de ley*, antes de la “*declaración*”, confundiendo una simple recopilación de datos de interés médico legal, con una declaración jurídica.

Debe aclararse aquí, que el Forense, hace preguntas y anota en su dictamen lo que crea conveniente para la elaboración de su pericia, por lo que sin ánimo de faltar a la verdad, puede omitir, en su proceso epistemológico, información que a la larga, puede interpretarse como que la víctima entró en contradicción entre su declaración y el relato que le dio al médico, lo cual aunque sí podría suceder, nunca debe concluirse por la simple lectura de la Historia Médico Legal. Insisto, el perito anota lo que le interesa para su pericia, él no es el Fiscal.

Con el advenimiento del código procesal penal de 1998 se ha pretendido instaurar en Costa Rica, una sana corriente que busca disminuir la revictimización de las personas que han interpuesto denuncias por abuso sexual, sobre todo en menores de edad. Para ello se pretende, en concordancia con el artículo 221 del CPP y con las *Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales*, reducir al máximo posible el número de veces que se entreviste a la víctima. Aunque esto es un *ideal*, la realidad es que se torna un poco difícil en la práctica diaria, pues es tal el número

de casos diarios que se valoran, que no se ha logrado llevar a la práctica en un mismo acto, la entrevista del Fiscal y la valoración de todos los demás intervinientes en el proceso, incluyendo peritos médicos.

C. Examen Físico

El examen físico de una víctima de abuso sexual debe realizarse con la mayor circunspección, pudor y delicadeza que el arte médico enseña. El ambiente físico debe ser el más adecuado, limpio, libre de interrupciones y ruidos, con adecuada ventilación y preferiblemente con luz natural. El consultorio médico por sí mismo, debe “invitar a quedarse” y debe ser un ambiente adecuado y discreto.¹⁰⁷⁰

El examen físico tradicionalmente se ha dividido en tres zonas anatómicas: el área extra genital, el área para genital y el área genital. El área genital es la zona correspondiente a los genitales externos, periné y ano. El área para genital que corresponde a los glúteos, la cara interna del tercio proximal de los muslos y Monte de Venus. El área extra genital es el resto del cuerpo, incluyendo los senos.

D. Estudios de Gabinete:

Se refiere a estudios radiológicos, de laboratorio, u otros que el perito requiera para complementar su experticia.

E. Interconsulta a especialistas:

Cuando sea necesario el auxilio de otra especialidad médica o de otra ciencia, para la adecuada resolución del caso, el perito médico forense puede solicitar la opinión de otro experto.

¹⁰⁷⁰SOUTOUL, Jean-Henri & CHEVRANT-BRETON, Olivier. Les agressions sexuelles de l'adulte et du mineur. Editions Ellipses. 1994. Paris- France. Pag. 36-37.

F. Fundamentación médico legal o Comentario médico legal.¹⁰⁷¹

Este es el apartado más importante desde el punto de vista del jurista, pues el experto forense explica en términos comprensibles al abogado (o al menos así debería de hacerlo) los motivos sobre los cuales va a fundamentar el siguiente apartado, la conclusión médico legal.

El perito debe en este momento arrojar luz sobre los aspectos médicos legales que ha venido describiendo a lo largo de todo el cuerpo del dictamen médico y que ahora, a manera de cierre comprensible, se despoja de su tecnicismo y con verdadera intención aclaratoria, plasma en un lenguaje más llano las razones que justifican sus conclusiones.

El perito “amarra” en este apartado su visión general acerca de los hallazgos por él percibidos desde que la persona ofendida ingresó en su consultorio médico legal, su forma de comportarse, su vestimenta, el lenguaje utilizado, los gestos expresados, pasando revista por el tipo de lesiones, o la ausencia de las mismas según las distintas áreas anatómicas descritas, la antigüedad de las lesiones, el patrón que guardan entre ellas, así como la correspondencia del cuadro lesionológico con la versión dada y los elementos externos que se hayan podido percibir: elementos pilosos, sangre, fibras etc, todo lo cual servirá de hilo conductor para fundamentar las razones por las cuales arribará a las conclusiones que correspondan.

G. Conclusión médico legal

Es la parte final del dictamen en el cual se vierten las conclusiones a las cuales llegó el experto forense a la luz de los hallazgos encontrados y necesariamente descritos en los otros apartados del dictamen médico legal y fundamentados en el apartado de Comentario Médico Legal al que nosotros preferimos llamarle Fundamentación médico legal.

¹⁰⁷¹ Cf. JOUVENCEL, M.R. Manual del perito médico. Fundamentos técnicos y jurídicos. Editorial Diaz de Santos. Madrid, España. 2002. Pag. 343 a 351.

BIBLIOGRAFÍA

AMAT Jean Paul & ROUSSEAU Claude. Guide pratique de l'expertise du dommage corporel. CDCD, 1988. Francia.

ARBUS, Louis & ROUGÉ, Daniel. Le rôle du médecin traitant dans les expertises. Editions ESKA. Paris- France. 1995.

BEAUTHIER Jean – Pol. Traité de médecine légale. 2 édition. Éditions De Boeck. 2011. Bruxelles.

CHARIOT Patrick & DEBOUT Michel. Traité de Médecine Légale et de Droit de la Santé. À l'usage des professionnels de la santé et de la justice. 2012. Paris-France

DE SANTO, Víctor. La prueba pericial. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1997.

DURIGON, M. Pratique médico-légale. 2 édition actualisée. Masson. Paris-France. 2007.

JOUVENCEL, M.R. Manual del perito médico. Fundamentos técnicos y jurídicos. Editorial Diaz de Santos. Madrid, España. 2002.

GIRARDÍN, FAUGNO, SENESKI, SLAUGHTER and WHELAN. Color Atlas of Sexual Assault. USA, Editoriao Mosby, 1997.

GRAY F., The Complete Gray's anatomy, USA, Editorial Senate, 2003.

HERNÁNDEZ CUETO, Claudio. Valoración médica del daño corporal. 2 edición. Editorial Masson. Barcelona- España. 2001.

KVITKO, Luis A. El himen. Estudio Médico Legal. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2005.

NETTER, Frank, Atlas de Anatomía Humana, Barcelona, España, Editorial Masson, 2da edición, 2002.

NETTER, Frank, Colección Ciba de Ilustraciones Médicas. Sistema Reproductor. Tomo 2. Barcelona, España. Editorial Masson.1998.

ROMANES, G.J. Cunningham Tratado de Anatomía, Madrid. Editorial Interamericana-McGraw-Hill, 1987.

SOUTOUL, Jean-Henri & CHEVRANT-BRETON, Olivier. Les agressions sexuelles de l'adulte et du mineur. Editions Ellipses. 1994. Paris- France.

VEGA ZUNIGA, Franz. Enunciados lógico - periciales en los dictámenes médico legales. *Med. leg. Costa Rica*. 2011, vol.28, n.2, pp. 23-33 .

X. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

**EL INTERÉS PERSONAL COMO REGLA DE PARTICIPACIÓN DE LAS
VÍCTIMAS EN EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL.**

UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

Prof. Msc. Christian Wolffhügel Gutiérrez*

Profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)

Prof. Lic. Juan Pablo Sierra Piñeros**

Profesor ad honorem de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Noción de víctima; 3. Requisitos generales para su participación; 4. El concepto de *interés personal* como regla de participación; 5. Conclusión; 6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN: La participación de las víctimas en el proceso penal internacional adquiere, cada vez más, mayor relevancia. A este propósito, la jurisprudencia de la CPI ha trazado, en las etapas pre-procesales y de juicio, la regla del *interés personal* como condición previa de cara a justificar su intervención en las diversas actuaciones judiciales.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional, interés personal, jurisprudencia internacional y participación de las víctimas.

* Abogado, Especialista en Derecho Penal, Magíster en Derecho, Doctorando en Derecho Penal de la Università degli studi Roma Tre. Profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia).

**Abogado. Auxiliar de investigación y profesor *ad honorem* de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia).

ABSTRACT: The participation of victims in international criminal proceedings becomes increasingly more relevant. In this regard, the jurisprudence of the ICC has set in pre-trial stages and in the trial itself, the rule of *personal interest* as a prerequisite to justify its intervention in the various judicial proceedings.

KEYWORDS: International Criminal Court, personal interest, international jurisprudence and victim participation.

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

La investigación, juzgamiento y condena de los autores de los crímenes nucleares, en el ámbito de instancias internacionales es, sin duda, un escenario de especial desarrollo¹⁰⁷² —y, además, de importantes controversias¹⁰⁷³— en el actual derecho penal contemporáneo; desde luego, la aparición de los tribunales

¹⁰⁷² Cfr. Entre otros, AMBOS, KAI, *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional*. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios n. 42, Bogotá, Colombia, 2013. En el mismo sentido, SCHABAS, WILLIAM, *The UN International Criminal Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; WOLFFHÜGEL, CHRISTIAN, *El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*, Universidad Sergio Arboleda, Colección Estudios de Derecho Penal n. 2, Bogotá, 2011.

¹⁰⁷³ En tal sentido: VELÁSQUEZ, FERNANDO *¿Hacia dónde va la justicia internacional penal*. En: presente y futuro de la justicia penal internacional, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2011, pág. 9-21. También, PASTOR, DANIEL R., *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional No. 13, Bogotá, 2009. De forma especial, puede citarse el siguiente aparte (pág. 203): “el camino recorrido aquí a través de algunas dificultades del poder penal internacional creado por la ECPI muestra que, lamentablemente, es dudoso considerarlo a la altura de las exigencias de la cultura penalística actual. A favor sólo parece quedar el fin que, como ilusión, el sistema persigue: tratar de evitar o retribuir por medio del castigo penal que ciertos hechos atroces sucedan en el mundo o queden sin sanción”.

penales internacionales *ad hoc* de la antigua ex-Yugoslavia¹⁰⁷⁴ (en adelante, TPIY) y de Ruanda¹⁰⁷⁵ (en adelante, TPIR) son, entre otros, prueba de ello.

Ahora bien, en lo que atañe a la participación de las víctimas en dichos escenarios procesales, su desarrollo ha sido mínimo. De hecho, ni los estatutos, así como tampoco las Reglas de Procedimiento y Prueba de los TPIY y TPIR, contemplan dicha intervención procesal.

Sin embargo, con la entrada en escena del Estatuto de Roma de la CORTE PENAL INTERNACIONAL (en adelante CPI) las víctimas, a través de sus representantes, empiezan a ganar cierto protagonismo, inexistente otrora como ya se advirtió. En esta línea de argumentación, la jurisprudencia de la CPI¹⁰⁷⁶ — con asidero en pronunciamientos de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante, CIDH)— ha reconocido que las víctimas tienen derecho a la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible¹⁰⁷⁷, al

¹⁰⁷⁴ Tribunal *ad hoc* creado a partir del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia.

¹⁰⁷⁵ Tribunal *ad hoc* creado a partir del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 977 de 22 de febrero de 1995 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

¹⁰⁷⁶ Cfr. CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYLO, *Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I titulada “Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008”*, (ICC-01/04-01/06 OA 13), 21 de octubre de 2008, párr. 46, 76 y 77; CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYLO, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, (ICC-01/04-01/06-1401), 13 de junio de 2009, párr. 57 y 58; CPI, SCP I (Magistrada Única), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYLO, *Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable*, (ICC-01/04-01/06-102), 15 de mayo de 2006, párr. 10 y 11.

¹⁰⁷⁷ Cfr. CIHD CASO VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 102, CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA, sentencia del

recurso judicial efectivo en términos materiales¹⁰⁷⁸, así como a la reparación integral¹⁰⁷⁹, de la mano de la garantía de no repetición de los hechos¹⁰⁸⁰.

Por ello, el *quid* no consiste, exclusivamente, en determinar si éstas tienen derechos, sino en cómo permitir la participación de las víctimas en el proceso penal, escenario en el que, históricamente, no se han erigido en actores. En este sentido, una problemática, de especial interés, consiste en establecer a través de qué mecanismos se puede garantizar su intervención.

De esta manera, el presente escrito elucidará esta problemática a partir de una triada argumentativa:

En primer lugar, se ocupa del concepto de víctima; además, en segundo lugar, se analizan los requisitos generales para su participación en instancias pre-procesales y de juicio¹⁰⁸¹; y, finalmente, en tercer lugar, se examina la regla del *interés personal*.

25 de noviembre de 2000, párr. 197; CIDH, CASO LA CANTUTA VS. PERÚ, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 222; CIDH, CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 150.

¹⁰⁷⁸ A propósito del *derecho a la justicia*: Cfr. CIDH, CASO MARITZA URRUTIA VS. GUATEMALA, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párr. 121; CIDH, CASO JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ VS. HONDURAS, sentencia del siete de junio de 2003.

¹⁰⁷⁹ Cfr. CIDH, CASO BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ, sentencia del dos de febrero de 2001, párr. 64; CIDH, CASO GARRIDO Y BAIGORRIA VS. ARGENTINA, sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 41 y 44.

¹⁰⁸⁰ Cfr. CIDH, CASO CANTORAL BENAVIDEZ VS. PERÚ, sentencia del tres de diciembre de 2001, párr. 79; CIDH, BLANCO ROMERO Y OTROS VS. VENEZUELA, sentencia del 28 de noviembre de 2005, párr. 93.

¹⁰⁸¹ En términos generales, este estadio, incluye: (i) *Etapa de investigación*, por parte de la Fiscalía de la CPI; (ii) *Solicitud de una orden de arresto o comparecencia*; y, (iii) *La etapa de confirmación de cargos*. Como instancias procesales están: (i) *Etapa de juicio oral*; y, (ii) *Etapa de apelación*. Cfr. OLÁSULO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?: especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

2. CONCEPTO DE VÍCTIMA

La noción de víctima no se encuentra vertida al interior del Estatuto de Roma (en adelante, ER). Sin embargo, la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante, RPP) se ocupa de este concepto, de la siguiente manera:

“a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; (Subrayado fuera del texto original).

“ b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”. (Subrayado fuera del texto original).

El literal a) alude a las víctimas como “*personas naturales*”¹⁰⁸² que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la

¹⁰⁸² La jurisprudencia de la CPI entiende el concepto de persona natural como “seres humanos”. Cfr. CPI, SCP I, Situation on the Democratic Republic of Congo, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 80. En el mismo sentido, CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, (ICC-02/04-101), 10 de agosto de 2007, párr. 105; CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision on Victim’s Participation, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 87. No obstante, se ha discutido en la jurisprudencia de la CPI, si una persona fallecida podría participar a través de sus representantes en las actuaciones de la CPI; ello, por supuesto, ha generado problemas de interpretación, a tal punto que las distintas Salas de Cuestiones Preliminares y Salas de Primera Instancia no han encontrado una respuesta unánime sobre el tema. Frente a las soluciones divergentes, véase, CPI, SCP I, SITUATION IN DARFUR, SUDAN, Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07, (ICC-02/05-111-Corr), 14 de diciembre de 2007, párr. 36; CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, Public Redacted Version of the “Decision on the 97 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case”, (ICC-01/04-01/07-579), 10 de junio de 2008, párr. 68; CPI, SCP III, THE PROSECUTOR V. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, Fourth Decision on Victims’ Participation, (ICC-01/05-01/08-320), 12 de diciembre de 2008, párr. 39-52.

competencia de la Corte —sigue así, parcialmente, la definición establecida por la “Declaración de las víctimas”¹⁰⁸³—. Ahora bien, a partir de dicha noción, la jurisprudencia de la CPI¹⁰⁸⁴, ha decantado cuatro criterios para obtener tal condición procesal: (i) La víctima debe ser una persona natural; (ii) Él o ella debe haber sufrido algún daño¹⁰⁸⁵; (iii) El crimen que produjo el daño debe ser de

¹⁰⁸³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (en adelante, “Declaración de las Víctimas”) adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Artículo A.1. “se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

¹⁰⁸⁴ Cfr. CPI, SCP I, SITUATION IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, Public Redacted Version “Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 y VPRS 6, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 79. En el mismo sentido, véase, CPI, SCP I, SITUATION IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, (ICC-01/04-177), 31 de julio de 2006, pág. 7; CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, (ICC-01/04-01/06-228), pág. 7; CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision on Victim’s Participation, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 8-12.

¹⁰⁸⁵ Sobre el concepto de daño, véase: CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 81-82.

competencia de la Corte¹⁰⁸⁶; y, (iv) Debe existir un nexo causal entre el crimen y el daño sufrido¹⁰⁸⁷.

Además, de cara al literal b), la Regla 85 se refiere a las víctimas como “organizaciones o instituciones”, y entiende por tal a toda persona jurídica, ello desde una perspectiva amplia¹⁰⁸⁸. Ahora bien, los criterios para ostentar dicha

¹⁰⁸⁶ Cfr. CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 85. En el mismo sentido, CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*, (ICC-01/04-01/06-228), pág. 14; CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”*, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 26.

¹⁰⁸⁷ En relación con el análisis jurídico y naturalístico en torno al nexo causal entre el daño y el crimen de competencia de la CPI, véase: CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the Case the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, (ICC-01/04-01/06-172), 29 de junio de 2006, pág. 6; CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”*, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 38.

¹⁰⁸⁸ Vid. CPI, SCP I (Magistrada Única), Situation on the Democratic Republic of Congo, *Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”*, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 137; CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim’s Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 87.

condición son los siguientes: (i) La víctima debe ser una organización o institución, cuyos bienes están dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios¹⁰⁸⁹; (ii) La organización o institución debe haber sufrido un daño¹⁰⁹⁰; (iii) El crimen que produjo el daño

Así, por ejemplo, una escuela obtuvo la calidad de víctima como persona jurídica a través de la decisión de la Sala de Primera Instancia I del 16 de diciembre de 2008. Cfr. CPI, SPI II, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision on the applications by victims to participate in the proceedings, (ICC-01/04-01/06-1556-Corr-Anx1), 15 de diciembre de 2008, párr. 105, 110 y 111.

¹⁰⁸⁹ Vid. CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 140-143.

¹⁰⁹⁰ En relación con el daño recibido, no existen diferencias substanciales en tratándose del literal a) y b) de la Regla 85 RPP. Vid. CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 141.

deberá ser de competencia de la Corte¹⁰⁹¹; y, (iv) Debe haber un nexo causal entre el crimen y el daño sufrido¹⁰⁹².

De esta manera, en el escenario pre-procesal o procesal, en los términos ya indicados, la evaluación sobre las solicitudes de admisión de las víctimas — sean “*personas naturales*” u “*organizaciones e instituciones*”—, le corresponde al juez, quien se encarga de constatar: (i) Si la identidad del solicitante está debidamente establecida; (ii) Si los hechos descritos por cada solicitante constituyen, presuntamente, un crimen de competencia de la CPI; (iii) Si el solicitante alega haber sufrido un daño y, si ese daño, es “consecuencia” de un

1091 Cfr. CPI, SCP I, Situation on the Democratic Republic of Congo, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 85; CPI, SCP I, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo, (ICC-01/04-01/06-228), pág. 14; CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 140-143.

¹⁰⁹² En relación con el nexo causal entre el daño y el crimen de competencia de la Corte, no existen diferencias substanciales en tratándose del literal a) y b) de la Regla 85 RPP. Vid. CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 140-143; CPI, véase: CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the Case the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, (ICC-01/04-01/06-172), 29 de junio de 2006, pág. 6.

crimen de competencia de la Corte¹⁰⁹³. Por ello, sólo con un análisis afirmativo sobre la existencia de cada uno de dichos requisitos, puede la Corte reconocer la calidad de víctima a una persona en los términos expuestos.

3. REQUISITOS GENERALES PARA SU PARTICIPACIÓN

Ahora bien, no basta el cumplimiento de los anteriores referentes para que las víctimas puedan participar en las diversas fases. En efecto, dichos elementos conducen a configurar la condición procesal de víctima, mas no llevan a legitimar su participación.

Por supuesto, el análisis que debe realizarse de cara a demostrar la condición de víctima, es diferente del examen que debe llevarse a cabo para demostrar la necesidad de participación de éstas¹⁰⁹⁴. En este sentido, la jurisprudencia ha depurado los requisitos tanto para determinar la condición de

¹⁰⁹³ Cfr. CPI, SCP II (Magistrado Único), Situation in Uganda, Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, (ICC-02/04-101), 10 de agosto de 2007, párr. 12.

¹⁰⁹⁴ Cfr. CPI, SA, The PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against SPI I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, (ICC-01/04-01/06-1432), 11 de julio de 2008, párr. 58-61.

víctima, así como también, los presupuestos para su participación, acorde con el Artículo 68.3 ER¹⁰⁹⁵, que contiene la *clausula general de participación*¹⁰⁹⁶.

Además de lo anterior, se encuentran las Reglas 91 y 92 RPP¹⁰⁹⁷, que aluden a la participación de las víctimas, cuyo objetivo es, en palabras de la jurisprudencia, el de proveer a éstas de un rol significativo en los procedimientos penales ante la Corte, para que, de esta manera, puedan tener un impacto sustancial en los procedimientos¹⁰⁹⁸. En este sentido, el ER otorga a las víctimas una voz y un rol independientes en los procedimientos de cara a hacer valer sus intereses¹⁰⁹⁹.

Ahora bien, acorde con la *clausula general de participación*, las víctimas podrán participar a condición de que acrediten un *interés personal*¹¹⁰⁰ en el

¹⁰⁹⁵ “En relación con el objeto y fin de la regla 85, la Sala de Apelaciones considera que la regla no tiene el efecto de disponer la participación de las víctimas, sino que el objeto y fin de la regla 85 consiste en definir quiénes son víctima”. Cfr. CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against SPI I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*, (ICC-01/04-01/06-1432), 11 de julio de 2008, párr. 58. En el mismo sentido, de manera implícita, CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Application by Applicants a/0001/06 to a/0003/06 for Leave to Respond to the Observations of the Prosecutor and Ad Hoc Counsel for the Defence*, (ICC-01/04-164), siete de julio de 2006, pág. 3.

¹⁰⁹⁶ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 115.

¹⁰⁹⁷ Véase también el artículo 69.3 del ER, las Reglas 85, 86, 87, 88.1, 89.1, 90 y 131.2 RPP y las Regulaciones 56 y 79.2 del Reglamento Interno de la CPI.

¹⁰⁹⁸ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párr. 157.

¹⁰⁹⁹ Cfr. CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 51.

¹¹⁰⁰ De hecho, la jurisprudencia de la CPI ha establecido que, según las versiones originales del ER (principalmente, en su versión francesa) el artículo 68.3 ER clarifica que el derecho garantizado de las víctimas de acceso a la Corte implica una obligación positiva de la Corte de permitirles ejercer ese derecho de manera concreta y efectiva. Véase, al respecto, CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2,*

proceso, siempre que ésta sea acorde con los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial.

De tal disposición —y de la jurisprudencia pertinente¹¹⁰¹— se infieren tres presupuestos para la participación de las víctimas en cualquier instancia preprocesal, así como en el juicio:

- a) Las víctimas deben acreditar un *interés personal*;
- b) La participación de las víctimas en el procedimiento debe ser *conveniente*; y, finalmente;
- c) La participación de las víctimas debe perfilarse *acorde a los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial*.

Estos presupuestos¹¹⁰², desde luego, son de ineluctable cumplimiento por cuanto la facultad de participación de las víctimas no es, ni automática, ni incondicional¹¹⁰³. Por el contrario, es una prerrogativa que se rige por las

VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 71.

¹¹⁰¹ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision on Victim's Participation, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 95-100; CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007, párr. 28; CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against SPI I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, (ICC-01/04-01/06-1432), 11 de julio de 2008, párr. 61 y 62.

¹¹⁰² Cfr. CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, (ICC-02/04-112), 19 de diciembre de 2007, párr. 35.

¹¹⁰³ Cfr. CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, (ICC-02/04-112), 19 de diciembre de 2007, párr. 31-42. En el mismo sentido, la SCP ha determinado que cuando a un solicitante le ha sido otorgado el estatus procesal de víctima en una situación o en una causa, el solicitante automáticamente tiene el derecho a participar en dichas actuaciones. Sin embargo, el alcance de su participación debe ser determinado posteriormente por la Sala toda vez que el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto de Roma no preestablece una serie de derechos procesales (las modalidades

disposiciones del ER y de las RPP. Por lo tanto, el proceso de participación está sujeto a un riguroso escrutinio judicial encaminado a garantizar una participación conveniente y efectiva.

Lo anterior, habida cuenta de las amplias facultades discrecionales que tienen las distintas Salas de la CPI para determinar las modalidades de participación ligadas a dicho estatus procesal¹¹⁰⁴. Además, dentro de este examen, se ha erigido como criterio fundamental, para conceder dicha participación, el deber de comprobar el *interés personal* de las víctimas en la actuación judicial concreta.

4. EL CONCEPTO DE INTERÉS PERSONAL COMO REGLA PARA LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

De acuerdo con la jurisprudencia, el criterio esencial para la autorizar la participación de las víctimas, es que el *interés personal* de las mismas resulte

de participación) que aquellos a los que se les ha otorgado el estatus procesal de víctima puedan ejercer, sino que más bien deja su determinación a la discreción de la Sala (Cfr. CPI, SCP I, SITUATION IN DARFUR, SUDAN, Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application for Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, (ICC-02/05-121), siete de febrero de 2008, pág. 9; CPI, SCP I, SITUATION IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, Decision on the Prosecution, OPCD and OPCV Requests for Leave to Appeal the Decision on the Applications for Participation of Victims in the Proceedings in the Situation, (ICC-01/04-444), seis de febrero de 2008, pág. 11.

¹¹⁰⁴ Cfr. CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, Corrigendum to the “Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06”, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008, párr. 5.

afectado¹¹⁰⁵. Esta regla, que condiciona la participación de la víctima, está en consonancia con la naturaleza de la CPI como institución judicial¹¹⁰⁶.

En esta perspectiva, el concepto de *interés personal* —y, por consiguiente, las solicitudes que realicen las víctimas— depende, de manera inevitable, de los hechos que gobiernen cada actuación pre-procesal o de juicio¹¹⁰⁷, por lo que su análisis debe realizarse *caso por caso*¹¹⁰⁸, ello de cara a determinar el específico conjunto de derechos procesales vinculados a este estatus¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ Cfr. CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, (ICC-02/04-101), 10 de agosto de 2007, párr. 9 y 10.

¹¹⁰⁶ Cfr. CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, (ICC-02/04-101), 10 de agosto de 2007, párr. 9 y 10.

¹¹⁰⁷ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 102. En el mismo sentido, CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the defence observations regarding the right of the legal representatives of victims to question defence witnesses and on the notion of personal interest -and- Decision on the defence application to exclude certain representatives of victims from the Chamber during the non-public evidence of various defence witnesses*, (ICC-01/04-01/06-2340), 11 de marzo de 2010, párr. 34-35; CPI, SPI III, THE PROSECUTOR V. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, *Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings*, (ICC-01/05-01/08-807), 30 de junio de 2010, párr. 25.

¹¹⁰⁸ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 96. Véase, además, CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007*, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007, párr. 28; CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo"*, (ICC-01/04-01/06-824), trece de febrero de 2007, párr. 39; CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision, in limine, on Victim Participation in the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision entitled "Decision on Victims' Participation"*, (ICC-01/04-01/06-1335), 16 de mayo de 2008, párr. 34-36.

¹¹⁰⁹ Cfr. CPI, SCP I, SITUATION IN DARFUR, SUDAN, *Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06*,

Ahora bien, en torno a la problemática de qué se entiende por *interés personal*, la jurisprudencia ha optado por un enfoque individual, sin entrar a dar definiciones generales del asunto. Así, por ejemplo, la SPI II —en decisión del 22 de enero de 2010¹¹¹⁰— reconoció la existencia de diversos *intereses personales* afectados en el juicio: afirmó, pues, que las víctimas no sólo pueden buscar la reparación, sino que también pueden buscar otros intereses plenamente legítimos¹¹¹¹.

En todo caso, si bien la jurisprudencia ha dejado la determinación del *interés personal* a un análisis particular, debe quedar claro que la determinación de éste, en la actuación judicial, no puede confundirse con el requisito —dirigido a obtener el estatus de víctima— del daño sufrido por éstas como consecuencia de un crimen de competencia de la Corte¹¹¹².

Por ello, la condición de víctima, no implica, por sí misma, la existencia de un interés personal afectado¹¹¹³. Así mismo, este interés debe ser diferente, en todo caso, de las funciones que le son asignadas a la Fiscalía de la CPI¹¹¹⁴, ello con la pretensión de que las víctimas no se conviertan en una segunda “fiscalía”.

a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07, (ICC-02/05-111-Corr), 14 de diciembre de 2007, párr. 13.

¹¹¹⁰ Cfr. CPI, SPI II, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, (ICC-01/04-01/07-1788), 22 de enero de 2010.

¹¹¹¹ Cfr. CPI, SPI II, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, (ICC-01/04-01/07-1788), 22 de enero de 2010, párr. 58-60.

¹¹¹² Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 95-97.

¹¹¹³ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 95.

¹¹¹⁴ En tal sentido, la SA ha afirmado que se deberá valorar, en cada caso, si los intereses reivindicados por las víctimas son ciertamente intereses personales o si, por el contrario, corresponden a la función asignada al Fiscal. Cfr. CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions*

En este estadio de la discusión bien vale la pena preguntarse: ¿Cuáles son, los intereses personales que permiten la participación de las víctimas en las distintas actuaciones judiciales?

A este propósito, a continuación se enuncian, a partir de la jurisprudencia, situaciones que pueden ser compatibles con la regla en cuestión:

1. El interés en la reparación integral¹¹¹⁵. Al respecto, esta se puede erigir en un interés personal que legitima la participación de las víctimas en el procedimiento.
2. El interés en verificar hechos particulares y establecer la verdad. Sobre ello, la jurisprudencia entiende que cuando el derecho a la verdad debe ser satisfecho a través de un procedimiento penal, las víctimas tienen un interés central en el resultado de dicho procedimiento en dos ámbitos: de una parte, en provocar claridad acerca de lo que realmente ocurrió; y, de otra, en cercar posibles brechas entre los hechos investigados, resultados del procedimiento penal, y la verdad real¹¹¹⁶. De esta forma, el interés

and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007, párr. 28. Cfr. Por igual, CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision, in limine, on Victim Participation in the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision entitled "Decision on Victims' Participation, (ICC-01/04-01/06-1335), 16 de mayo de 2008, párr. 34-36; CPI, SA, THE PROSECUTOR V. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, Reasons for the "Decision on the Participation of Victims in the Appeal against the 'Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, (ICC-01/05-01/08-566), 20 de octubre de 2009, párr. 15-17.

¹¹¹⁵ A propósito del *interés personal de las víctimas* atinente a la reparación integral, constituye un hito sin precedentes la decisión sobre los principios y procedimientos para aplicar la reparación en el caso de Thomas Lubanga Dyilo, del siete de agosto de 2012, donde se establecen los principios rectores, a propósito de la reparación integral al interior de la CPI así como las modalidades de reparación. Véase: CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, ICC-01/04-01/06-2904, siete de agosto de 2012.

¹¹¹⁶ En tal sentido: CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párr. 34.*

fundamental de las víctimas en la determinación de los hechos, la identificación de los responsables y la declaración de su responsabilidad, constituye la raíz del derecho a la verdad¹¹¹⁷.

3. El interés en proteger su dignidad durante el procedimiento, así como garantizar su seguridad¹¹¹⁸.
4. El interés en ser reconocida como víctima en la actuación judicial particular¹¹¹⁹.
5. El interés en buscar la condena efectiva de aquellos responsables de los crímenes cometidos. Así, los intereses de las víctimas van más allá de la determinación de lo que ocurrió y la identificación de los responsables¹¹²⁰. Por ello, determinar los hechos, identificar a aquellos responsables, así como garantizar la declaración de su responsabilidad, tienen relación con el derecho a la verdad¹¹²¹.

¹¹¹⁷ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párr. 32.

¹¹¹⁸ Cfr. CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 98.

¹¹¹⁹ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008, párr. 97.

¹¹²⁰ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párr. 34-36. En el mismo sentido, CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006, párr. 63.

¹¹²¹ Cfr. CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párr. 32.

Sin embargo, quedan muchos desafíos por enfrentar en tratándose de la determinación del *interés personal* en cada actuación judicial. Al respecto, vale la pena traer a colación la discusión, en sede de apelación, de la decisión del trece de junio del 2007 a propósito de la comprobación de la afectación del *interés personal* de las víctimas¹¹²². En efecto, se presentaron dos votos disidentes sobre el tema en estudio¹¹²³.

Así, pues, mientras la mayoría de la Sala de Apelaciones (en adelante, SA) desestimó la solicitud de las víctimas para participar en la determinación en asuntos preliminares referidos a la admisibilidad del caso de THOMAS LUBANGA DYILO, toda vez que no se evidenciaba ningún interés personal afectado, dos los jueces llegaron a una conclusión diferente.

La SA, en su mayoría, concluyó que los *intereses personales* de las víctimas solicitantes no se afectaban en la actuación judicial particular¹¹²⁴.

A la inversa, el primer voto disidente consideró que, *contrario sensu*, las víctimas sí tenían un *interés personal* para participar en el procedimiento; concluyó, en ese sentido, que cualquier víctima que haya sufrido un daño por la comisión de un crimen de competencia de la CPI tiene un *interés personal* en

¹¹²² Cfr. CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007.

¹¹²³ Cfr. CPI, SA (Voto Disidente), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, SEPARATE OPINION OF JUDGE GEORGHIOS M. PIKIS, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007; CPI, SA (Voto Disidente), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, SEPARATE OPINION OF JUDGE SANG-HYUN SONG, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007.

¹¹²⁴ Cfr. CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007, párr. 26.

participar en cualquier instancia o actuación judicial que pueda tener efectos directos o indirectos sobre el procedimiento penal, y por ende, sobre la determinación de responsabilidad penal del presunto responsable¹¹²⁵.

De igual forma, el otro voto disidente consideró que las víctimas tienen interés en participar, tanto en asuntos sustanciales dentro del proceso, como en asuntos procesales (como es el caso de una cuestión previa de admisibilidad), toda vez que los dos escenarios tienen la misma importancia para las éstas¹¹²⁶.

5. CONCLUSIÓN

La apuesta por la participación de las víctimas en el procedimiento ante la CPI, no sólo es novedosa sino que, en mayor medida, lo es la regla del interés personal, como parámetro de participación, que se erige en un referente que puede contribuir a evitar que se superpongan las funciones de la Fiscalía con las pretensiones de las víctimas.

¹¹²⁵ Cfr. CPI, SA (Voto Disidente), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, SEPARATE OPINION OF JUDGE GEORGHIOS M. PIKIS, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007, párr. 13 y 22.

¹¹²⁶ Cfr. CPI, SA (Voto Disidente), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, SEPARATE OPINION OF JUDGE SANG-HYUN SONG, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007, párr. 19.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA:

AMBOS, Kai: *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios n. 42, Bogotá, Colombia, 2013.

OLÁSOLO, Héctor: *Corte penal internacional ¿dónde investigar?: especial referencia a la fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

PASTOR, Daniel R.: *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Internacional No. 13, Bogotá, 2009.

SCHABAS, William: *The UN International Criminal Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

VELÁSQUEZ V. Fernando: *¿Hacia dónde va la justicia internacional penal*. En: presente y futuro de la justicia penal internacional, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2011

WOLFFHÜGEL G. Christian: *El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*, Universidad Sergio Arboleda, Colección Estudios de Derecho Penal n. 2, Bogotá, 2011.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

Normativa dentro de la Corte Penal Internacional:

REGULATIONS OF THE COURT, International Criminal Court, Amendment 2, ICC-BD/01-02-07, (18 de diciembre de 2007).

REGULATIONS OF THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, ICC-OTP, ICC-BD/05-01-09, (23 de abril de 2009).

ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (UN Doc. A/CONF.183/9, 1998).

RULES OF PROCEDURE AND EVIDENCE, ASSEMBLY OF STATES PARTIES, ICC-ASP/1/3 (Part.II-A), (Septiembre 9 de 2002).

UN Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft, *Statute & Draft Final Act*, articles 12, 13(1) and 54(1), (A/Conf.183/2/Add.I, 1998).

Normativa Internacional:

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (RES/60/147, 2005).

RESOLUCIÓN 40/34 DE 1958, por medio de la cual establece la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

RESOLUCIÓN 827 DE 25 DE MAYO DE 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia.

RESOLUCIÓN 977 DE 22 DE FEBRERO DE 1995 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

CIDH, CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

CIDH, CASO BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ, sentencia del dos de febrero de 2001.

CIDH, CASO BLANCO ROMERO Y OTROS VS. VENEZUELA, sentencia del 28 de noviembre de 2005.

CIDH, CASO CANTORAL BENAVIDEZ VS. PERÚ, sentencia del tres de diciembre de 2001.

CIDH, CASO GARRIDO Y BAIGORRIA VS. ARGENTINA, sentencia del 27 de agosto de 1998.

CIDH, CASO JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ VS. HONDURAS, sentencia del siete de junio de 2003.

CIDH, CASO LA CANTUTA VS. PERÚ, sentencia del 29 de noviembre de 2006.

CIDH, CASO MARITZA URRUTIA VS. GUATEMALA, sentencia del 27 de noviembre de 2003.

CIDH, CASO VALLE JARAMILLO Y OTROS VS. COLOMBIA, sentencia del 27 de noviembre de 2008.

CIHD, CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA, sentencia del 25 de noviembre de 2000.

Corte Penal Internacional:

CPI, SA (Voto Disidente), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, SEPARATE OPINION OF JUDGE GEORGHIOS M. PIKIS, *Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007*, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007.

CPI, SA (Voto Disidente), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, SEPARATE OPINION OF JUDGE SANG-HYUN SONG, *Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007*, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007.

CPI, SA, THE PROSECUTOR V. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, *Reasons for the "Decision on the Participation of Victims in the Appeal against the 'Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France,* (ICC-01/05-01/08-566), 20 de octubre de 2009.

CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the "Directions and Decisions of the Appeals Chamber" of 2 February 2007*, (ICC-01/04-01/06-925), trece de junio de 2007.

CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision, in limine, on Victim Participation in the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision entitled "Decision on Victims' Participation,* (ICC-01/04-01/06-1335), 16 de mayo de 2008.

CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on*

Victims' Participation of 18 January 2008, (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10), 11 de Julio de 2008.

CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo"*, (ICC-01/04-01/06-824), trece de febrero de 2007.

CPI, SA, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I titulada "Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008"*, (ICC-01/04-01/06 OA 13), 21 de octubre de 2008.

CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION IN DARFUR, SUDAN, *Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application for Participation of Victims in the Proceedings in the Situation*, (ICC-02/05-121), siete de febrero de 2008.

CPI, SCP I (Magistrada Única), SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Corrigendum to the "Decision on the Applications for Participation Filed in Connection with the Investigation in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06"*, (ICC-01/04-423-Corr-tENG), 31 de enero de 2008.

CPI, SCP I (Magistrada Única), THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable*, (ICC-01/04-01/06-102), 15 de mayo de 2006.

CPI, SCP I, SITUATION IN DARFUR, SUDAN, *Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07*, (ICC-02/05-111-Corr), 14 de diciembre de 2007.

CPI, SCP I, SITUATION IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*, (ICC-01/04-177), 31 de julio de 2006.

CPI, SCP I, SITUATION IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, *Decision on the Prosecution, OPCD and OPCV Requests for Leave to Appeal the Decision on the Applications for Participation of Victims in the Proceedings in the Situation*, (ICC-01/04-444), seis de febrero de 2008.

CPI, SCP I, SITUATION IN DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO, *Public Redacted Version "Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 y VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006.

CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6*, (ICC-01/04-101-tEN-Corr), 17 de enero de 2006.

CPI, SCP I, SITUATION ON THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO, *Decision on the Application by Applicants a/0001/06 to a/0003/06 for Leave to Respond to the Observations of the Prosecutor and Ad Hoc Counsel for the Defence*, (ICC-01/04-164), siete de julio de 2006.

CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Public Redacted Version of the "Decision on the 97 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case"*, (ICC-01/04-01/07-579), 10 de junio de 2008.

CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo*, (ICC-01/04-01/06-228).

CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the Case the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, (ICC-01/04-01/06-172), 29 de junio de 2006.

CPI, SCP I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the prosecutor's application for warrant of arrest*, (ICC-01/04-01/06-8-US-Corr), nueve de marzo de 2006.

CPI, SCP II (Magistrado Único), SITUATION IN UGANDA, *Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*, (ICC-02/04-101), 10 de agosto de 2007.

CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, *Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*, (ICC-02/04-112), 19 de diciembre de 2007.

CPI, SCP II, SITUATION IN UGANDA, *Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*, (ICC-02/04-101), 10 de agosto de 2007.

CPI, SCP II, THE PROSECUTOR V. WILLIAM SAMOEI RUTO AND JOSHUA ARAP SANG, *Decision on the "Request by the Victims' Representative for authorisation to make a further written submission on the views and concerns of the victims"*, (ICC-01/09-01/11-371), nueve de diciembre de 2012.

CPI, SCP III, THE PROSECUTOR V. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, *Fourth Decision on Victims' Participation*, (ICC-01/05-01/08-320), 12 de diciembre de 2008.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08*, (ICC-01/04-01/07-357), dos de abril de 2008.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, ICC-01/04-01/06-2904, siete de agosto de 2012.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the applications by victims to participate in the proceedings*, (ICC-01/04-01/06-1556-Corr-Anx1), 16 de diciembre de 2008.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the defence observations regarding the right of the legal representatives of victims to question defence witnesses and on the notion of personal interest -and- Decision on the defence application to exclude certain representatives of victims from the Chamber during the non-public evidence of various defence witnesses*, (ICC-01/04-01/06-2340), 11 de marzo de 2010.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on Victim's Participation*, (ICC-01/04-01/06-1119), 18 de enero de 2008.

CPI, SPI I, THE PROSECUTOR V. THOMAS LUBANGA DYILO, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, (ICC-01/04-01/06-1401), 13 de junio de 2009.

CPI, SPI II, THE PROSECUTOR V. GERMAIN KATANGA AND MATHIEU NGUDJOLO CHUI, *Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial*, (ICC-01/04-01/07-1788), 22 de enero de 2010.

CPI, SPI II, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Decision on the applications by victims to participate in the proceedings*, (ICC-01/04-01/06-1556-Corr-Anx1), 15 de diciembre de 2008, párr. 105, 110 y 111.

CPI, SPI III, THE PROSECUTOR V. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, *Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings*, (ICC-01/05-01/08-807), 30 de junio de 2010.

**XI. ENTREVISTA AL PROF. DR.
FRANCISCO CASTILLO
GONZÁLEZ**

ENTREVISTA AL PROFESOR DR. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ

Entrevistado: Prof. Dr. Francisco Castillo González

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la UCR

Entrevistador: Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez

Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la UCR

Resumen: El día 7 de agosto de 2013 se tuvo el honor de entrevistar al Dr. Francisco Castillo González, profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con motivo de la celebración de sus setenta años de edad. La entrevista fue realizada por el profesor catedrático y Director de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Dr. Javier Llobet Rodríguez. En la entrevista se recoge la trayectoria del profesor Castillo como jurista, así como su pensamiento sobre diferentes temas del Derecho Penal. El profesor Castillo es el principal jurista en Derecho Penal en Costa Rica y uno de los principales en Latinoamérica, y para la Maestría en Ciencias Penales de la UCR es un verdadero honor rendirle homenaje a tan distinguido académico. El legado del profesor Castillo no se agota en estos setenta años, siempre tendrá impacto en la posteridad mientras se estudie y se enseñe sobre el Derecho Penal en Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal costarricense, Francisco Castillo González, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, dogmática penal, derecho penal económico, imputación objetiva, derecho penal del enemigo.

ABSTRACT: On August 7, 2013 it was honored to interview Dr. Francisco Castillo González, Professor Emeritus of the Law Faculty of the University of

Costa Rica on occasion of his seventieth birthday. The interview was conducted by professor and Director of Graduate Studies of the Law Faculty of the University of Costa Rica, Dr. Javier Llobet Rodríguez. The interview includes the path of Professor Castillo as a jurist, and his thoughts on various topics of Criminal Law. Professor Castillo is the main jurist in Criminal Law in Costa Rica and a major in Latin America. For the Master's degree in Criminal Sciences at UCR is an honor to pay tribute to such a distinguished academic. The legacy of Professor Castillo does not end with these seventy years; it will remain as the study and teaching of Criminal Law continue in Costa Rica.

KEYWORDS: Costa Rican Criminal Law, Francisco Castillo González, Faculty of Law University of Costa Rica, criminal dogmatic, economic criminal law, causation, enemy criminal law.

Fecha de realización de la entrevista: 7 de agosto de 2013.

Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2013.

Javier Llobet: Don Francisco: ¿En qué año ingresó usted a estudiar Derecho en la Universidad de Costa Rica?

Francisco Castillo: En 1961.

Javier Llobet: ¿Qué fue lo que lo hizo estudiar Derecho?

Francisco Castillo: Bueno, recordemos que cuando yo salí de bachillerato no había muchas opciones. Sí era claro que yo tenía una vocación por las letras - en el sentido clásico- y respecto a eso, había muy pocas posibilidades. De modo que dentro de esas posibilidades, yo escogí la que más me pareció, que era

Derecho; sabiendo en general de qué se trataba el asunto, pero sin un conocimiento muy específico de las particularidades de esa disciplina.

Javier Llobet: ¿Cómo era la Facultad en ese entonces, cuando usted entró?

Francisco Castillo: Eran unos cuantos estudiantes. Cuando yo entré a Derecho se estaba celebrando la pasada. La pasada era de la Corte a Ciencias y Letras, y lo que hicieron cuando se pasaron los estudiantes, fue montar todos los chunches en un camión, y ellos se vinieron detrás, de modo que éramos unos cuantos estudiantes. Por ejemplo el grupo mío era de aproximadamente unos veinte estudiantes.

Javier Llobet: ¿Usted estuvo en esa pasada?

Francisco Castillo: No, en ese traslado no; eso fue el año anterior. Ya después empezó a celebrarse cada año.

Javier Llobet: ¿Quiénes eran los profesores de la Facultad en ese entonces?

Francisco Castillo: En Penal estaban el Dr. Padilla y el Lic. Ulises Valverde, uno en Penal General y el otro en Penal Especial. Después teníamos algunos profesores como don Ulises Odio, don Antonio Rojas, el señor Daniel Quirós que daba Obligaciones y Contratos, y don Pablo Casafont.

Javier Llobet: ¿Quiénes fueron sus profesores de Derecho Penal en licenciatura?

Francisco Castillo: El Dr. Padilla y el Lic. Ulises Valverde.

Javier Llobet: ¿En ese entonces se usaba algún libro de texto en la clase de Derecho Penal?

Francisco Castillo: En Penal General utilizábamos el texto del Dr. Padilla, en Penal Especial no había texto. Una vez tuve yo una discusión con Enrique Benavides, después de que volví de Alemania, porque Enrique Benavides dijo en una columna que tenía, que la enseñanza del Derecho en la Universidad de

Costa Rica, donde yo enseñaba, era libresca; yo le dije que ojalá fuera “libresca”, que era “cuadernesca”. En realidad lo que uno hacía era tomar apuntes, y sí había libros de referencia, por ejemplo ya en ese momento estaban en boga dos autores que influyeron mucho el pensamiento de la época en Penal: por un lado Sebastián Soler, que dicho sea de paso creo yo que es el mejor jurista que ha tenido Latinoamérica, porque él logró conjuntar un sistema, como era el de su país, y presentarlo como un sistema relativamente armónico. Estaba también Cuello Calón, muy desprestigiado por Jiménez de Asúa, que lo acusaba de ser franquista etc. Pero aún así, creo que no hay que quitarle méritos a Cuello Calón; él hace una enseñanza bastante acertada de las diferentes normas que regían el código español de la época, que en gran parte coincidían con el código nuestro.

Javier Llobet: En estos años sesenta, se estaba discutiendo en Latinoamérica el Código Penal Tipo, y don Guillermo Padilla tuvo alguna participación asistiendo a estas reuniones. ¿Se discutía algo sobre el Código Penal Tipo en la Facultad?

Francisco Castillo: No, eso fue con posterioridad en el año sesenta y nueve.

El Código Penal Tipo se empezó a hacer en el sesenta y seis, y es hasta el sesenta y nueve que se aprueba la parte general. Esa parte general aquí en Costa Rica nadie la conocía, excepto el Dr. Padilla, que era redactor nuestro. Resulta ser que cuando el Dr. Padilla tuvo la oportunidad de hacer el Código Penal, tomó partes aprobadas del Código Penal Tipo, de la parte general, y tomó un proyecto de parte especial hecho por Sebastián Soler para Guatemala en 1960, y formó el código nuestro.

Javier Llobet: ¿Cuando se aprobó el Código hubo algún seminario o congreso, o algunas actividades en relación con el Código una vez aprobado?

Francisco Castillo: Sí, ahí sí hubo bastante discusión. Yo por ejemplo, empecé a discutir algunos problemas con el Dr. Padilla por soluciones que a mí no me parecieron, pero en definitiva, el Dr. Padilla era el que mandaba.

Javier Llobet: ¿En qué año se graduó usted de la Universidad de Costa Rica?

Francisco Castillo: En 1967. Una vez que me gradué me fui para Francia, en ese mismo año.

Javier Llobet: En Francia usted fue a Bordeaux. Don Luis Paulino creo que también fue a Bordeaux y don Enrique Castillo. ¿Coincidió con alguno de ellos?

Francisco Castillo: No, ellos fueron con posterioridad. Cuando yo vine más bien le di clases a Enrique Castillo en Ejercicios Jurídicos. En mi tiempo estaban en Bordeaux Juan Luis Arias y Alejandro Rodríguez.

Javier Llobet: ¿En qué año regresó de Bordeaux?

Francisco Castillo: Al puro final del año 1969.

Javier Llobet: ¿Por qué ir Francia, o qué circunstancias fueron las que se dieron?

Francisco Castillo: Bueno, en primer lugar porque Francia fue la que abrió las puertas de las becas; no solamente en Derecho Penal, sino también en Civil, Administrativo, Constitucional, etc. Y en segundo lugar, porque en aquel momento no se conocía en Latinoamérica la dogmática alemana; además de que irse a Alemania le parece a uno desde el punto de vista de la distancia cultural mucho más grave que irse a Francia.

Javier Llobet: En esa época parece que hubo una serie de profesores de la Universidad de Costa Rica que fueron a Europa.

Francisco Castillo: Precisamente la AID financió un programa para formar gente en el exterior. Ese programa fueron dos personas quienes lo llevaron adelante: por un lado, don Carlos José Gutiérrez y, por otro lado, don Eduardo Ortiz.

Javier Llobet: Usted después partió a realizar estudios a Alemania. ¿En qué año fue que partió hacia Alemania?

Francisco Castillo: En 1974.

Javier Llobet: ¿Y por qué ir a hacer otro doctorado, un segundo doctorado?

Francisco Castillo: Básicamente porque yo considero que los dos polos del pensamiento europeo son Francia y Alemania, y quería tener la visión alemana de todo el problema. Creo yo que la idea que yo llevaba al ir a Alemania, era de alguna manera formarme penal y procesalmente, tanto que por ejemplo la tesis mía que es “El Tratamiento Procesal del Delito Continuado” tiene las dos características, y la primer obra que yo hago es el “Recurso de Revisión”, la primer obra importante.

Javier Llobet: Por esa época fue que se aprobó el Código Procesal Penal de 1973.

Francisco Castillo: Exactamente. El Código Procesal Penal se aprobó en 1973, y con posterioridad hubo una serie de aplazamientos hasta que entró a regir.

Javier Llobet: El tutor de su tesis allá fue Hans-Heinrich Jescheck. ¿Cómo entró en contacto usted con él?

Francisco Castillo: Bueno, en realidad yo entré en contacto con él a través del Dr. Kurt Madlener. Una vez vino aquí y yo le dije que si podía ayudarme para ir a estudiar. No sé si recuerda usted cuando vino una vez el Dr. Madlener y que nos reunimos con usted y el señor Rivero.

Javier Llobet: Sí, en la Sala Tercera tuvimos una reunión junto con los magistrados de la Corte.

Francisco Castillo. Sí. Él era el que daba las becas, y cuando Jescheck se jubiló ya no pudo seguir con esa función.

Javier Llobet: Usted estuvo allá y aparte de estudiar en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, estuvo en el Instituto Max Planck de Derecho Penal. Claro, el Max Planck en ese entonces era muy diferente a como es ahora. ¿Cómo era el Max Planck en ese entonces?

Francisco Castillo: Bueno, estaba en una casa grande, antigua de tres pisos, cercana de donde está el moderno edificio actual del Max Planck para Derecho Penal. Cuando eso era un instituto muy restringido, muy pequeño. De vez en cuando llegaban españoles. Había gente de Italia, como el Dr. Musco y la Dra. Francesca Molinari, gente de Polonia, de Hungría, de Turquía, etc.

Me acuerdo que había una época donde botaban los “Dubletten”... ¿sabe lo que es un “Dublette”? Le voy a traer uno para que lo vea.

Son libros repetidos. Vea a quién perteneció este que tengo aquí.

Javier Llobet: A la Biblioteca de Schönke.

Francisco Castillo: Eso lo iban a botar. El “Hausmeister” hacía eso, y él no podía regalarlos dentro de la institución; entonces, había que ponerse de acuerdo con él para ver dónde lo iba a botar, y uno llegaba y lo juntaba.

Javier Llobet: ¿Ya en ese entonces en el Max Planck se encontraban libros, por ejemplo, de toda Latinoamérica, de España y de otros lados del mundo, o apenas se estaba formando?

Francisco Castillo: Apenas se estaba empezando. Pero había suficiente porque una de las funciones que realizaba el Dr. Madlener era comprar libros. Él fue el que empezó a comprar libros en Latinoamérica.

Yo últimamente me he dado cuenta que de Latinoamérica no hay muchas publicaciones ahí en el Max Planck.

Javier Llobet: En algún momento se descuidaron y discontinuaron algunas. Hay que ver los cambios de políticas, porque con la Unión Europea cambian también mucho los centros de interés de esas políticas.

Francisco Castillo: Yo creo que el cambio básico ahora es China. Yo no sé si le contaba que, ahí cuando fui la última vez, había cualquier cantidad de personas de China, y tenían monopolizadas las máquinas de escanear. Me hice amigo de uno de ellos y me dieron una máquina.

Javier Llobet: Inicialmente hubo una gran influencia de la dogmática alemana en Corea del Sur y en Japón, entonces muchísimo japonés y coreano del sur iban allá; pero esto de los investigadores chinos es un fenómeno más reciente.

Francisco Castillo: Incluso yo comenté en broma con Sieber (Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal) que se estaban llevando la biblioteca copiada, poquito a poquito se la estaban llevando y sistemáticamente.

Javier Llobet: ¿En ese tiempo, con qué penalistas españoles, latinoamericanos y alemanes coincidió usted?

Francisco Castillo: Bueno, los profesores míos fueron: Jescheck, Kaiser, Tiedemann, después Hollerbach en Filosofía del Derecho, y Schmitt que era un procesalista. También recibía clases con Huenerfeld ¿Lo conoció?

Javier Llobet: Sí, encargado de Brasil y Portugal.

Francisco Castillo: En realidad, penalistas españoles prácticamente yo no conocí, porque en ese momento no iban. Es después que los penalistas españoles empiezan a ir a Alemania.

Javier Llobet: ¿Y a don José Hurtado Pozo?

Francisco Castillo: Claro, porque fue compañero mío. También Edgardo Rotman actualmente profesor en la Universidad de Miami. También estuvieron por algún tiempo durante esa época Bacigalupo y Zaffaroni.

Javier Llobet: ¿Esto ocurrió mientras estaba estudiando usted o en alguna otra visita suya?

Francisco Castillo: Mientras yo estaba estudiando.

Javier Llobet: Jescheck en 1980 vino a Costa Rica y dio una conferencia. ¿Qué acogida tuvo en la Facultad de Derecho esa conferencia que dio en ese año?

Francisco Castillo: Bueno, en primer lugar, hay que entender a Jescheck. Primero iba a dar una conferencia únicamente. Él venía de paseo. Venía de

Colombia, por lo que estuvo aquí unos días. Entonces, yo lo dije a Sonia Picado (Decana de la Facultad de Derecho en ese entonces) que Jescheck diera una conferencia en la biblioteca de la Facultad.

Javier Llobet: ¿Cómo cuántas personas asistieron?

Francisco Castillo: Si acaso veinticinco o treinta. Esa conferencia está en una de las Revistas de Ciencias Jurídicas.

Javier Llobet: Sí, en uno de los números sobre el desarrollo del Derecho Penal...

Francisco Castillo: Sí y la comparación entre la evolución del Derecho Penal de Alemania y de Costa Rica.

Después de la conferencia, yo llevé a Jescheck y su señora para el volcán Irazú. Luego los lleve a Atenas y a Tamarindo.

Javier Llobet: Cuando yo conversé con el profesor Jescheck en Alemania, diferentes veces entre 1990 y 1995, se refería muy bien a usted como su discípulo y siempre mencionaba también los paseos que había hecho acá en Costa Rica. Poco antes de morir en el año 2007, a mí me mandó una nota recordándolo a usted y reiterando los paseos que había hecho con usted y su familia y lo que se había divertido.

¿Después de que regresó del Max Planck siguió manteniendo contacto con el Instituto?

Francisco Castillo: Sí claro, yo iba prácticamente todos los años, y me traía mis materiales. Yo eso lo hacía cuando había vacaciones judiciales. Iba más o menos un mes y fotocopiaba lo que podía y lo mandaba por correo. Ahí fui bastante riguroso en el sentido de ir abarcando las diferentes instituciones del Derecho Penal General.

Javier Llobet: ¿A qué países ha viajado usted a impartir conferencias o cursos?

Francisco Castillo: Una vez fui a Panamá, otra vez a Guatemala, a El Salvador, a Honduras, a Ecuador, a Perú, y a Colombia, también di una conferencia en la Universidad de Génova, Italia. Sin embargo, le soy sincero, a mí eso no me ha quitado el sueño. Yo siempre he creído que la labor mía era sentar las bases del Derecho Penal nacional. Esa es una labor que quita mucho tiempo. Pero el Derecho Penal nuestro fue objeto de discusión hasta hace muy poco. Usted ha tenido el problema de los cambios legislativos.

Javier Llobet: ¿Cómo valora su experiencia como profesor en la Universidad de Costa Rica?

Francisco Castillo: Bueno, es una experiencia bonita. Yo cuando llegué de Alemania quería dedicarme únicamente a ser profesor. Lo cierto es que el sueldo de profesor no alcanza y uno no tiene derecho a sacrificar a la familia.

Javier Llobet: ¿En qué año se jubiló usted en la Facultad de Derecho?

Francisco Castillo: No recuerdo. En ese momento tenía mucho caso y además estaba muy activo académicamente, y de un momento a otro me dio un subonazo de azúcar. En determinado momento me dice Patricia: -“Mirá, estoy haciendo las vueltas para pensionarme”. Entonces yo le digo: -“Por qué no haces las mías también”. Sacó las mías y ya yo tenía el tiempo, y ella no; entonces yo me pensioné inmediatamente porque desde luego es mucho más sencillo trabajar sin horario.

Javier Llobet: Bueno, siempre ha continuado también como profesor de la Maestría y la Especialidad. ¿Usted fue director de posgrados en Derecho?

Francisco Castillo: Yo fui director de Posgrados en Derecho, fui director de la Biblioteca de Derecho, y fui vicedecano.

Javier Llobet: ¿En el Posgrado en Derecho en qué años? Porque de primero estuvo don Enrique Castillo, ¿Fue sucediendo a don Enrique?

Francisco Castillo: Creo que así fue.

Javier Llobet: Estuvo también como coordinador de la Especialidad en Ciencias Penales durante algunos años. ¿Cómo fue la experiencia suya en esos puestos, cuando empezaba en esos momentos la especialidad?

Francisco Castillo: Bueno, usted fue testigo de eso, que prácticamente no había gente. Por ejemplo, había un posgrado que tenía tres estudiantes: uno era Juan Diego Castro, otro era Jaime Garro y otro señor.

Javier Llobet: Magda Pereira y Marielos Londoño.

Francisco Castillo: En realidad, en ese momento, no se había desatado una cosa que ahora existe, que es la “titulitis” aguda. La gente que llegaba ahí era porque le interesaba, no por tener un título porque lo requiere para el trabajo.

Javier Llobet: Hace unos años hubo una discusión acá, entre varios, sobre la teoría de la Imputación Objetiva, en la que participaron: Dall’Anese, Chirino, Juan Marcos Rivero... En retrospectiva, cómo valora usted toda esta discusión en relación con esa temática

Francisco Castillo: Yo sinceramente era causalista, porque yo leí varias críticas bien fundadas al finalismo, y hay que entender que el finalismo y el causalismo eran las tesis antagónicas. La Imputación Objetiva ya existía como idea, pero es Roxin el que la pone en vigencia en 1970. Yo pienso que soluciona algunos de los problemas que tiene la aplicación de la teoría de la igualdad de condiciones a la relación de causalidad, tanto que hay sistemas y pienso ahora en tres sistemas donde no se ha requerido la teoría de la imputación objetiva porque siguen la teoría de la causalidad adecuada: Suiza, Francia y Austria. De modo entonces que la teoría de la imputación objetiva es la consecuencia de la aplicación de la igualdad de condiciones al Derecho Penal alemán. En el Derecho Penal Costarricense la jurisprudencia sigue a teoría de la igualdad de condiciones, por lo que requerimos la teoría de la Imputación Objetiva.

Javier Llobet: Usted menciona que inicialmente seguía la estructura de la teoría del delito del causalismo.

Francisco Castillo: Ustedes tienen una discusión sobre la imputación objetiva, ahí no sé en qué año, pero yo ya estaba estudiando el problema, porque definitivamente yo me encontré con que la jurisprudencia nuestra establecía la teoría de la igualdad de condiciones, entonces cómo solucionar el problema de excluir del Derecho Penal un montón de resultados que sería muy injusto que se le aplique a una persona.

Dicho sea de paso. ¿Qué pasa con el Dr. Chirino y la Imputación Objetiva?

Javier Llobet: La última vez que conozco que se refirió en público, fue en la presentación de los tres tomos suyos, en un Congreso Internacional de Derecho Penal con ocasión de la obra suya. Ahí él dio una conferencia sobre la teoría de la imputación objetiva reiterando una vez más, su rechazo. Es una polémica que hemos tenido pendiente. La discusión fue en el año 2002 y yo creía que la discusión iba a continuar posteriormente, porque se esperaba que él fuera a escribir una respuesta al texto que había escrito yo.

Francisco Castillo: ¿Y Francisco Dall'Anese?

Javier Llobet: Pues creo que Francisco también mantiene su rechazo. Él volvió a reiterar sus posiciones precisamente en el homenaje que se le hizo a usted en el año 2007, en el libro de homenaje, él escribió un artículo y ahí reiteró las posiciones que había sostenido con anterioridad.

Francisco Castillo: Yo creo que mientras se siga la teoría de igualdad de condiciones, tiene que haber esa válvula de escape.

Javier Llobet: Usted ahora ha estado dirigiendo una investigación o una obra colectiva en relación con el Derecho Penal del Enemigo, que es una temática que a usted le ha interesado. ¿Cuál es su criterio respecto al Derecho Penal del Enemigo?

Francisco Castillo: Jakobs no tiene razón. Digamos que todo el Derecho Penal reposa sobre la causación de resultados, porque la causación del resultado es una consecuencia casi natural del pensamiento popular: normalmente lo que se

castigan son resultados y eso es lo que quiere la gente que se castigue, de modo entonces que el Derecho Penal se ha moldeado como un Derecho Penal de resultados. La propuesta de Jakobs es hacer un Derecho Penal preventivo, en consecuencia, que no se castigue por el resultado sino por el peligro que hace correr la acción. Me parece que son dos extremos: en principio tiene que ser el Derecho Penal de resultados y excepcionalmente tiene que sancionarse un Derecho Penal preventivo.

Javier Llobet: Usted habla de la protección del bien jurídico como un aspecto fundamental de Derecho Penal.

Francisco Castillo: El problema es este: yo pienso que una posición como la que sostiene la Sala Constitucional, diciendo que el Derecho Penal solamente se configura cuando hay lesión a un bien jurídico tutelado, es un absurdo, porque el 80% de los casos donde hay puniciones no se lesiona el bien jurídico tutelado.

Javier Llobet: Bueno, también se contemplan casos de peligro al bien jurídico tutelado.

Francisco Castillo: El problema es que dentro de la definición de la Sala Constitucional no cabe el peligro. Cómo se hace para meter un delito como la estafa de seguro, que es un adelantamiento de la tutela al bien jurídico, o bien por ejemplo, para meter las disposiciones que nosotros tenemos sobre la actio libera in causa, en donde hay un adelantamiento claro de la punición. Pareciera que en determinados casos es necesario tomar preventivamente el peligro.

Javier Llobet: Lo que sucede es que la misma Sala, ha declarado conforme a la Constitución una serie de delitos que son de peligro.

Francisco Castillo: Me parece que no son lógicos, que no son consecuentes con su teoría.

Con relación a ese problema, creo que el Derecho Penal del Enemigo de Jakobs tiene otros problemas, aparte de ese. Tiene el problema de hasta qué punto puede llegar la intervención estatal en la punición de actos intencionales, sin

manifestación, y aparte ya de las posiciones con relación al terrorismo. Yo creo que ahí hay que andar con mucho cuidado. Todas las posiciones del Derecho Penal hasta 1960 tendieron a construir una teoría en contra del delincuente, hoy día hay la tendencia contraria: muchos autores quieren hacer una interpretación del Derecho Penal “pro delincuente”. Esta tendencia ideológica conlleva a la desprotección de las víctimas. En un libro reciente sobre la estafa me planteo el caso de la víctima dogmática, que quiere excluir de la punición de la estafa los casos donde hay culpa de la víctima, sin importar el grado de culpa ¿A quién favorece eso? ¡A los delincuentes! ¿Cuál es la ganancia que hay en dejar escapar a esos tipos y no proteger a la víctima? ¿Eso no es aplicación de una especie de darwinismo social?

Javier Llobet: Bueno es parte de algunas de las concepciones elaboradas por la propia dogmática alemana en relación con el tema de la imputación objetiva como parte de la victimodogmática, en relación con el tema del comportamiento de la víctima.

Francisco Castillo: Pero le voy a decir por qué la doctrina alemana elabora eso: eso lo elabora en la estafa porque en la doctrina alemana basta la simple mentira para constituir el ardid. Hay países como Suiza, Francia, Italia, la misma España, donde la simple mentira no basta, sino que tiene que haber un ardid, o sea, una mentira reforzada. Yo sinceramente creo que la simple mentira basta cuando esta simple mentira es causal para un error-

Javier Llobet: Bueno, son varios de los fenómenos que se vienen dando, también se viene dando desde los años setenta la aprobación de una serie de instituciones tendientes a proteger a la víctima.

Francisco Castillo: El problema de la protección de la víctima es que es muy relativa. Usted conoce la intervención de la víctima en el proceso penal, y la desprotección a la víctima se hace porque mucha gente considera que protegiendo a la víctima se desprotege al delincuente. Se puede proteger a la

víctima sin afectar los derechos del delincuente, o sin echar más para adelante los límites de la punición.

Javier Llobet: Bueno, esas son discusiones en relación con la interpretación de la ley. Siempre hay que buscar un equilibrio, buscar una solución razonable, que si bien atiende la protección de los derechos de la víctima, lo haga sin desatender los derechos de los imputados.

¿Cómo ve usted la evolución del Derecho Penal y Procesal Penal costarricense de los últimos tiempos, hacia dónde va, qué cambios cree usted que deben darse? Usted ha estado ocupado por ejemplo en Derecho penal económico...

Francisco Castillo: Sí, básicamente estoy trabajando en lo que podríamos llamar Derecho Penal Económico. Creo que ahí hay que meter la cuchilla duro, porque en primer lugar hay normas que son contradictorias entre sí, y esto es consecuencia de las diferentes fuentes de donde proviene. Por ejemplo yo pienso que es increíble que nosotros hasta 1970 no tuviéramos una definición de estafa, porque lo que había eran defraudaciones. Una definición de estafa como una acción engañosa que produce error y un acto dispositivo y produce un perjuicio, eso no había, lo que había era por ejemplo fraudes particulares, como el de simulación. De modo entonces, que al incorporarse el texto alemán, esto tiene influencia sobre las pequeñas estafas y tiene influencia también sobre el problema de las relaciones entre ellas; el asunto es que ahí hay que empezar a ensamblar las cosas. Después hay otras normas, por ejemplo, que se meten como el tal estelionato. Del estelionato hay una norma que proviene del derecho alemán. Otra norma del estelionato proviene del derecho penal argentino y hay otra norma que proviene del derecho penal español anterior a la reforma de 1980.

Javier Llobet: Sí el estelionato y la otra figura que llaman los argentinos desbaratamiento de derechos son dos tipos muy complicados.

Francisco Castillo: El estelionato tiene cuatro tipos penales, cada inciso es un tipo penal.

Javier Llobet: Sí, uno de esos es el desbaratamiento de derechos.

Francisco Castillo: El desbaratamiento de derechos acordados es un tipo penal que se crea en Argentina porque había gente que vendía propiedades y no daba título, y desde luego que la gente no podía inscribir. Yo pienso que el desbaratamiento de derechos acordados podría caber dentro del texto general de la estafa, porque de otra forma prácticamente es un texto que no tiene aplicación. Hay otros tipos penales por ejemplo la violación de derechos de un embargante, que proviene del derecho alemán; en fin... El tal estelionato se formó de un montón de normas que vienen de diferentes países, y hay otras estafas que sí se justifican porque son complementarias a la estafa general, por ejemplo la estafa de seguro, que es un tipo preventivo, o por ejemplo la estafa de computadora.