

**MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL DEL
ENEMIGO. DOS FENÓMENOS RECURRENTE EN LOS FLUJOS Y REFLUJOS
LEGISLATIVOS EN AMÉRICA LATINA**

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez

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

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

RESUMEN: La política criminal latinoamericana de la última década y, en especial, la costarricense, no puede pensarse separadamente del debate entre la “modernización” del derecho penal y las contradicciones de la búsqueda urgente de un derecho penal del enemigo. El mensaje que se envía a nivel político desde el populismo jurídico-penal resulta muy sugerente y atractivo: la impunidad sería el producto de excesivas garantías a favor del delincuente y de un olvido de los derechos de la víctima. El objetivo es el combate de la criminalidad a cualquier costo, aun de las garantías del derecho penal, construidas a lo largo de muchos siglos, con el objetivo de limitar el enorme poder del Estado en la persecución de los delitos. En este trabajo, pretendemos dar una mirada a estas tendencias populistas y acercarlas a sus contrapartes, teóricamente más complejas, provenientes de los discursos científicos continental europeos. El producto final de esta reflexión puede ayudar a alertar sobre las consecuencias teóricas de estos juegos ideológicos y develar el signo que se oculta en sus demandas de un “nuevo” derecho penal de seguridad. Al final, presentamos un conjunto de ideas con las que es posible reconstruir la política criminal democrática en nuestras sociedades asoladas por el miedo y la inseguridad, en la forma de tesis en contra de las operaciones irracionales de un legislador que, hace tiempo, perdió conexión

con los datos empíricos y con un derecho penal del Estado Democrático y Social de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Populismo Punitivo, Política criminal del enemigo, inseguridad ciudadana, Derecho Penal moderno, Política criminal democrática.

ABSTRACT: The Latin American criminal policy of the last decade and, in particular, the Costa Rican, cannot be thought separately from the debate between the "modernization" of criminal law and the contradictions of the urgent search for a criminal law of the enemy. The message sent from the political level under "criminal populism" is very suggestive and attractive: impunity would be the product of excessive guarantees in favor of the offender and a neglect of the rights of the victim. The aim is to combat crime at any cost, even at the expense of the safeguards of criminal law, constructed over many centuries, in order to limit the enormous power of the state in the prosecution of crimes. In this work we take a look at these populist tendencies and bring them closer to their counterparts, theoretically more complex, from European continental scientific discourses. The final product of this reflection can help alert about the theoretical implications of these ideological games and unveil the sign that is hidden in their demands for a "new" security criminal law. Finally, we present a set of ideas that can rebuild the democratic criminal policy in our societies ravaged by fear and insecurity, in the form of theses against irrational operations of a legislator who, long ago, lost connection with empirical data and with a Criminal Law of a Democratic and Social State of Law.

KEYWORDS: Punitive Populism, criminal policy of the enemy, insecurity, Modern Criminal Law, democratic criminal policy.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2012.

Fecha de aprobación: 26 de octubre de 2012

1. INTRODUCCIÓN

Pensar la política criminal latinoamericana de la última década y, en especial, la costarricense, no es una tarea que pueda separarse del debate entre la “modernización” del derecho penal y las contradicciones de la búsqueda urgente de un derecho penal del enemigo.

Ningún político aceptará, voluntariamente, al menos, el calificativo de ser un promotor de un “derecho penal del enemigo” pero aceptará, sin duda, el mote de “modernista” y mucho más el de propulsor de la políticas pro “víctima” y de reducción de la impunidad. Las orientaciones políticas ya no son diversas en el proyecto económico como tampoco lo son en lo criminal, donde aun parece haber algunas diferencias en cuanto al énfasis, pero políticos de izquierdas y de derechas coinciden en el foco y en las “emergencias” que han de ser atendidas.

De la misma manera, el debate en torno a los derechos de la víctima es casi imposible de ser estudiado sin su conexión con la polémica sobre la impunidad, tal es el grado de distorsión existente en el ambiente espiritual de la legislatura penal. La relación de problemas es, en todo caso, sencillo: tenemos víctimas porque hay impunidad, ergo, si existe impunidad hay un sin número de víctimas sin atención. Respuesta: reducir la impunidad para atender de manera más efectiva a las víctimas.

El mensaje que se envía a lo político desde las trincheras de batalla del populismo jurídico-penal resulta muy sugerente y atractivo: la impunidad sería el producto de excesivas garantías a favor del delincuente y de un olvido de los derechos de la víctima. Los datos estadísticos, según ellos, confirman que de cien

casos, cincuenta son la mitad, por lo que hay que promover que los jueces cumplan cuotas más amplias de sentencia, con el fin de llegar a un ansiado 100% de condenas. De esa manera, habrá ocasión de llegar, entonces, a un 0% de impunidad y con ello a una seguridad ciudadana más consistente.

Luego de los cambios recientes, tanto en la legislación procesal como sustantiva, se observa que los comentarios de los populistas punitivos no son generosos con el legislador. Por ejemplo, la entrada en vigencia de los Tribunales de Flagrancia en Costa Rica, anunciados con bombos y platillos como la respuesta a la impunidad generada en los delitos que asolan el tejido social, fue recibida por los populistas con el austero mensaje: “es un paso, pero no es suficiente...” Lo mismo dijeron con la aprobación de la Ley de Crimen Organizado, la ley de protección de víctimas y testigos, y, estamos seguros, será lo que dirán en sus encendidas columnas, pletóricas de gritos estentóreos, si se alcanzan algunos proyectos de seguridad ciudadana que algunas fracciones legislativas propugnan en el campo de delitos violentos, contra las mujeres y otras áreas conflictivas.

La discusión tiene tal condición, que ya no es posible distinguir entre propuestas progresistas o democráticas de aquellas que son conservadoras o autoritarias, pues la solidificación de las cuestiones debatidas ha llevado a progresistas y a conservadores a mimetizarse en un solo bloque, cuyo objetivo es el combate de la criminalidad a cualquier costo, aun de las garantías del derecho penal, construidas a lo largo de muchos siglos, con el objetivo de limitar el enorme poder del Estado en la persecución de los delitos.

La mesa está servida, entonces, para que los cambios sean aun más profundos y las consecuencias en el marco de la represivización material más contundentes, sin obtenerse la ansiada seguridad que juran se conquistará apenas el legislador comprenda que hay que hacer un nuevo pacto con un derecho penal de seguridad.

La finalización de estos discursos de alarma y angustia no parece avizorarse a corto plazo, y su extraña combinación de aromas modernistas y peticiones de principio, ahora tiende hacia el camino sinuoso del derecho penal del enemigo.

Junto a lo anterior, hay una creciente tendencia de la opinión pública a justificar y exigir cambios draconianos en la ley penal, junto a más reducciones de garantías, todo con el objetivo de alcanzar más seguridad frente al delito. Estas exigencias se dan por igual en países donde hay un evidente problema de seguridad ciudadana (por ejemplo, en el así denominado “Triángulo Norte” de América Central, constituido por Guatemala, El Salvador y Honduras), como en países donde la inseguridad ciudadana es mucho menos pronunciada como es el caso de Costa Rica. No parece importar que las tasas de criminalidad suban o bajen, la percepción de inseguridad ciudadana es alimentada por los medios de comunicación colectiva y por los empresarios morales, provocando un caldo de cultivo social totalmente proclive a los cambios antidemocráticos ya descritos, y todo ello bajo la impronta de una exigencia pública de justicia pronta y de seguridad. Los ciudadanos de las sociedades centroamericanas están dispuestos a poner los problemas de seguridad muy por encima de otras preocupaciones como las provenientes de las decisiones económicas neoliberales del último decenio, incluso por encima de la escasez de empleo y la disminución de prestaciones sociales a los más carenciados. Tal “*emergencia*” se atiende con medidas draconianas y extremas: involucramiento de los ejércitos en la investigación y persecución de los delitos, así como en la vigilancia de las comunidades, aumentos de penas drásticos para los delitos comunes, represión a ultranza de la criminalidad juvenil, ampliación del listado de delitos calificados como “organizados”, para los cuales existen herramientas de investigación que utilizan toda una gama de intromisiones en derechos fundamentales de los ciudadanos y que no resultan limitadas, por lo menos en la propuesta legislativa, por razones de proporcionalidad. En el mismo elenco de medidas, se anticipa el

control penal a las contravenciones penales, y se introducen medidas cada vez más represivas en este campo de la conflictividad. Las herramientas utilizadas, evidentemente, son inútiles para responder a los fenómenos que se pretende atender con el derecho penal y postergan la toma de decisiones en el ámbito de las políticas sociales de inclusión, las que, de todos modos, ya han sido reducidas al máximo en los presupuestos estatales.

Al observador de otras latitudes esta situación espiritual del derecho penal latinoamericano le parecerá, cuando mucho, curiosa, y, por supuesto, exótica, si se la ve desde la perspectiva de las categorías del debate europeo, no obstante, a pesar de los ambientes multicolores en los que se desarrolla, y de cierto costumbrismo exacerbado de los cultores del debate penal, es notorio el uso de un lenguaje que los acerca a ciertas tendencias político criminales, estas sí serias y bien construidas, con un conjunto de instrumentos más discernibles, y que permiten un análisis dogmático y científico mucho más rico.

En este trabajo, pretendemos dar una mirada a estas tendencias populistas y acercarlas a sus contrapartes, teóricamente más complejas, provenientes de los discursos científicos continental europeos. El producto final de esta reflexión puede ayudar a alertar sobre las consecuencias teóricas de estos juegos ideológicos de los corifeos del menethekel político criminal y develar el signo que se oculta en sus gritos estentóreos por un “nuevo” derecho penal de seguridad.

Al final, presentamos un conjunto de ideas con las que es posible reconstruir la política criminal democrática en nuestras sociedades asoladas por el miedo y la inseguridad, en la forma de tesis en contra de las operaciones irracionales de un legislador que, hace tiempo, perdió conexión con los datos empíricos y con un derecho penal del Estado Democrático y Social de Derecho.

2. EL DERECHO PENAL “MODERNO” Y SU ORIGEN

Bajo el título de “derecho penal moderno”, se han ido acumulando diversos temas, los cuales van desde la así denominada “flexibilización del derecho penal” en campos tan diversos como el tema del combate del narcotráfico y de la criminalidad organizada, hasta la problemática diversa proveniente de los grandes escándalos por estafas y fraudes de carácter económico o los impactos de la criminalidad ambiental. Estos escenarios criminales ofrecen diversos problemas a la dogmática penal, que han venido siendo planteados por autores que ofrecen un catálogo bastante abierto de soluciones, algunas de ellas incompatibles con un ideario garantista o al menos con una perspectiva de derecho penal liberal. Es así que los denominados delitos “cumulativos” o la protección de bienes jurídicos en la esfera contingente de la lesión, hasta las decisiones político criminales para relativizar los criterios de imputación, ya forman parte de las modernas tendencias del derecho penal, pero no habían recibido un tratamiento unitario que les diera por lo menos un carácter clasificatorio que permitiera entender sus consecuencias más claramente.

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

También el uso de la ciencia para producir armas de destrucción masiva, el bombardeo atómico sobre Nagasaki e Hiroshima, así como el uso de la ciencia en el régimen nazi para buscar la raza perfecta y como herramienta para cumplir cualquier fin señalado por la política, hicieron necesario pensar en medios de sujetar a ciencia y a la técnica a criterios éticos, que preservaran a la humanidad de volver a cometer las tremendas violaciones a la dignidad humana que se

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

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

La observación de Adorno y Hokheimer, que se debe principalmente a la explicación de la barbarie del holocausto, da razones suficientes para pensar

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

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

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

convertido, como en la dialéctica de la Ilustración, en un fin en sí misma, a cualquier costo y por cualquier medio imaginable. Es el comienzo de la construcción sistemática de un verdadero “derecho penal a la seguridad”.

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

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

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

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

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

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

La noción de derecho penal “moderno”, como idea y planteamiento teórico, es producto de un desarrollo en donde confluyen diversas influencias y posturas. Entre estas tendencias puede reportarse, sin lugar a dudas, la que se interesa por la producción de riesgos de toda índole, tanto en el ámbito del medio ambiente, como también en la producción industrial, en el área de la ciencia y la investigación como también en la vida cotidiana.

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

Los aportes pretendidamente sociológicos del funcionalismo penal, pero sobre todo la observación consecuencial del derecho penal de riesgos, empezaron a dar configuración a un concepto de derecho penal que tenía más de psicología y de positivismo sociológico que de ciencia jurídica, y provocaron un debate intenso

sobre las funciones que eventualmente debería de cumplir el derecho penal en una sociedad.

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

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

Hassemer, por su parte, logró captar la atención de la dogmática, indicando que el “moderno Derecho Penal” ha logrado desatarse de sus antiguos vínculos con el Estado de Derecho y las garantías que de él provienen, y pretendidamente ofrecer una mayor capacidad de solución de problemas en los panoramas existentes sobre evitación de peligros y experiencias de riesgos generados por la vida moderna. 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. Esta vocación de reducción de riesgos y de instrumento para la conducción de complejos escenarios globales, que en su epistemología de la sociedad de riesgos adoptó Ulrich Beck, tuvo, necesariamente consecuencias muy serias en la política

criminal, pero también en la teoría del delito y, en concreto, en la teoría del bien jurídico, como bien lo apuntó Hassemer ya hace varias décadas.

3. CARACTERES Y SINGULARIDADES. FOTOGRAFÍA DE UNA COYUNTURA

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

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

Una segunda característica sería el apertrechamiento del derecho penal moderno con el vocabulario del derecho preventivista. Esta orientación no sólo permite una mayor operativización simbólica del derecho penal sino también aumentar los catálogos punitivos y generar cambios muy profundos en el conjunto de herramientas disponible para la persecución penal. Bajo el lema “*prevención*” resulta posible incorporar a la ya muy abultada lista de posibilidades de intervención del sistema penal, otras relacionadas con el proceso penal. Al respecto, puede denotarse también un cierto grado de funcionalización del discurso de la víctima en el proceso penal, que dota al debate actual de no pocas razones para intentar “equilibrar” los derechos de víctimas y victimarios y por esa vía justificar un desmejoramiento integral del derecho de defensa y de ciertos

institutos del derecho penal material orientados a la prevención especial positiva. Aquí podemos apuntar otra característica del derecho penal moderno: su vocación hacia la prevención general en detrimento de la prevención especial.

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

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

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 sociedad.

4. DERECHO PENAL MODERNO Y LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES

El derecho penal “moderno”, así entendido, implica una huida de las tradiciones liberales que caracterizaron a este saber. El “espíritu de los tiempos” parece orientarse, decididamente, hacia la funcionalización del derecho y la instrumentalización de las garantías, de tal manera que resulten dúctiles y adecuadas a diversas operaciones del legislador. Esta “funcionalización” aleja al derecho penal de sus tradicionales principios limitadores, los que resultan, a la postre, demasiado rígidos, demasiado costosos para los resultados que se pretenden, en una utilización normativa de los instrumentos punitivos para atender un amplio espectro de problemas sociales. Las reglas de imputación subjetiva ya han empezado a 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 producto. El bien jurídico, de principio regulador, se convierte ahora en pretexto para habilitar nuevas reducciones de garantías y para, al menos formalmente, cumplir con la función de ubicar un ente de protección en tipos penales cada vez más abiertos y menos garantistas. 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”, cuyo función real más parece un “exorcismo”, según lo indica elocuentemente el profesor italiano, que una reacción justa y proporcionada frente al delito.

El uso cada vez más frecuente de delitos de peligro manifiesta también una tendencia interesante en el momento actual. Como bien lo comenta Hirsch, 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 penal. Delitos cuyo carácter de peligro es incuestionable. En nuestro país, este tipo de delitos de tránsito hicieron su entrada triunfal con la Reforma a la Ley de Tránsito, que por su dimensión y consecuencias aun habrá necesidad de dedicar más tiempo a su análisis.

Criticar la funcionalización del derecho penal también tiene que ver con la pregunta de la legitimación del derecho penal, como bien lo apunta Prittwitz, 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 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*”.

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 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.

5. EL PROBLEMA DE LAS CONTRAVENCIONES PENALES. UN DILEMA REVISITADO

Con ocasión de una revisión crítica del pasado nazi del jurista alemán Edmund Mezger, el profesor español Francisco Muñoz Conde escribió diferentes contribuciones en revistas especializadas analizando el trabajo científico de este ideólogo penal del nacionalismo. En la última edición de su importante libro “Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo”, incluye don Francisco una gran cantidad de referencias que permiten entender la vinculación de este jurista alemán a la causa hitleriana y la búsqueda, más que evidente, de alcanzar el sueño de la “raza perfecta” mediante la inocuización social y otras medidas de prevención.

Subraya el profesor Muñoz Conde la importancia que tenía para el régimen nacional socialista de Adolf Hitler el combate de la criminalidad habitual, la

pequeña criminalidad y la marginalización. En su búsqueda de una estética social consecuente con los altos estándares del sueño ario, se encomendó a Mezger la redacción de la “Ley de Extraños a la Comunidad”, que daría la legitimidad legal a la persecución de homosexuales, gitanos, vagabundos, prostitutas y mendigos y otros sujetos que no coincidían con la aspiración de un destino universal que se había autoimpuesto el Tercer Reich.

Detrás de este plan, que se pretendía viabilizar mediante la aplicación de herramientas penales, se ocultaban, por supuesto, fines de control social y de reducción de la disidencia. Se debía disponer de los medios más adecuados para impedir que estas personas contradijeran y frustraran las expectativas políticas y estéticas del nacionalsocialismo, sino para que hubiera un relegitimación constante del derecho penal a partir de su efectividad en esta “limpieza social”.

Los desvaríos por combatir la marginalidad, la conflictividad de las grandes barriadas marginales; y otros males sociales por medio del derecho penal recuerdan estos enardecidos sueños autoritarios. Tal parece que los modernos ideólogos de estas tesis intentan convencernos que solo mediante el castigo sin límite de la bagatela y la pequeña criminalidad alcanzaremos la ansiada libertad y seguridad. Curiosamente, la protección de estos bienes jurídicos sigue sin ser poder ser alcanzada en ninguna parte con el uso único del derecho penal. Quienes han tenido más éxito son aquellos que establecen un acercamiento holístico a la criminalidad, atendiendo el fenómeno multifactorial y multicausal que lo provoca. Se trata, además, sin duda, de esfuerzos que no ponen su énfasis en el control de la disidencia sino en establecer condiciones para un desarrollo social igualitario e inclusivo.

En la materia contravencional, especialmente, pero en el derecho penal, en general, es que se nota esa relación “atormentada y neurótica” con la política de la que nos habla Donini, al referirse a las condiciones de acercamiento de un legislador irracional, que reniega del conocimiento empírico y teórico, y que busca

un consenso con las víctimas potenciales de las prohibiciones que va construyendo. Ese consenso, obtenido de la mano, de los “datos de realidad” que le proveen los populistas punitivos, ha construido un camino destinado al fracaso, y a una política de reciclaje típica de los modelos de “más de lo mismo”.

Así, los llamados a penas privativas de libertad en materia contravencional, la reducción de opciones punitivas alternativas o su desaparición; así como los improprios lanzados a la tesis de la Sala Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la conversión automática de la multa en prisión, son típicos de estos esfuerzos discursivos neuróticos e irracionales. El legislador ha sido sometido a una verdadera tenaza de legitimación, donde debe atender los llamados a estas ridículas políticas sino quiere convertirse él mismo, en un enemigo público, y parte de los problemas que “asolan” la paz social de los costarricenses.

LA DISCUSIÓN DEL DERECHO PENAL “MODERNO” DESDE LOS FINES DEL DERECHO PENAL

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

Lo que sucede con este punto de partida, es que hay una excesiva confianza en la función de dirección social del derecho penal, y que, además, es posible utilizar el derecho penal para hacer una “funcional” y “efectiva” tutela de bienes jurídicos, ahora supraindividuales y colectivos en ámbitos conflictivos de la vida de convivencia. Ya desde ese punto de partida, habría que conceder que la relación individual o personalista de los bienes jurídicos en juego (el medio ambiente, la economía del Estado, la salud pública, la seguridad ciudadana) se pierde en una síntesis colectiva, donde ya no hay un ofendido o víctima concretos sino más bien todos y todas somos víctimas de las infracciones, y en virtud de ello la intervención del Estado se hace más urgente y necesaria. El mecanismo de ocultamiento es sutil y sugerente: no se desiste de la idea de una vinculación personal de la idea de bien jurídico, pero solo como reflejo de bienes colectivos que no están en cabeza de nadie sino de todos. Si esta protección resulta urgente lo es por la afiliación de un grupo indeterminado de afectados, que pueden sufrir ante la lesión colectiva representada por la acción peligrosa. La óptica no deja de ser interesante porque nos involucra a todos, pero la verdad no vincula a nadie en concreto. Casi se utiliza el mismo mecanismo justificador el delito económico en sí mismo: si se daña a muchos no se daña a nadie en concreto, y por ahí la justificación de que el Estado es la gran víctima está servida. No obstante, lo anterior no debe verse como una crítica de los bienes jurídicos supraindividuales, los cuales deben existir y de hecho existen en el ordenamiento jurídico. Lo que debe plantearse, más bien, es el mecanismo justificador de la intervención jurídico-penal. Esto último porque detrás de la propuesta de bienes jurídicos colectivos y de un derecho penal que busca la tutela preventiva, incluso contingente, de dichos bienes jurídico, se basa en teorías de la pena y de las funciones del derecho penal que ya no son tradicionales ni clásicas, sino que responden a otros intereses diversos.

Lo mismo puede decirse de la esperanza de que el derecho penal pueda ser un adecuado medio de dirección social. Mantener dicha esperanza solo es posible

en un discurso blindado que no discuta las disfunciones del sistema penal y la propia crisis de las teorías de la pena hoy.

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

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

En un acercamiento no crítico, conforme a los fines teóricos, podría decirse que un derecho penal que realice los objetivos normativos de un colectivo, y que desde esa perspectiva no discuta el contenido de las disposiciones penales, sino más bien los rendimientos de estas regulaciones en virtud de los fines de

estabilización normativa y de recuperación de las expectativas perdidas por la trasgresión, podríamos considerar que entonces en ese sentido lo que realiza es el *status quo*, sea cual sea este y no las aspiraciones de un Estado Social y Democrático de Derecho.

UNA ÓPTICA POSIBLE PARA LA POLÍTICA CRIMINAL “DEMOCRÁTICA” DE NUESTRO TIEMPO

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

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

Solo podemos teorizar qué se pretende bajo el sospechoso concepto de la “política criminal democrática” si partimos de quienes la han venido sugiriendo. Pero comencemos pensando qué contenidos debería tener para nosotros, para después contrastarla con lo que algunos de los populistas punitivos costarricenses pretenden.

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

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

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

La política criminal democrática debe fortalecer el papel de la víctima, protegerla de las amenazas de la delincuencia que la ha afectado y, por supuesto, atenderla en sus necesidades provocadas, principalmente, por el hecho biográfico del delito. Sin embargo, esto no puede significar que la orientación a las víctimas debe borrar todo el ideario constitucional y de garantías que ha sido construido para evitar que el Leviatán castigador y perseguidor que es el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* tenga ahora un eje adicional en la figura de la víctima, que ya no en busca de resarcimiento o de reconocimiento, ahora tenga condiciones para realizar una venganza que es totalmente incompatible con el diseño democrático del proceso. El proceso penal democrático no está organizado para habilitar la realización de la venganza contra el delincuente, su función es muy distinta y las instituciones procesales que le dan sentido persiguen otras metas. Si se quiere hacer política con la víctima, el proceso es el peor lugar para comenzar. Más se haría si se toma en cuenta a la víctima en serios programas de atención psicológica y económica, que eviten la revictimización procesal y que generen confianza en estas de que el Estado las entiende y comprende. El problema de la víctima no se resuelve dándoles un púlpito a ellas y a sus representantes para que anatematicen a la justicia y a los victimarios, sino reconociéndoles su papel como seres humanos, que tienen una dignidad que debe ser respetada y atendida, y que merecen un trato de conformidad.

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

También una verdadera política, realizadora de las aspiraciones de un Estado Democrático y Social de Derecho, debería de mantener un estricto control del principio de proporcionalidad, obligando al legislador a examinar siempre la

necesidad e idoneidad de las construcciones jurídico penales frente a las propuestas legiferantes que hacen los populistas, sometiendo a discusión si son realmente oportunas o si responden simplemente a fines simbólicos.

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

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

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

Lo que el discurso de los populistas punitivos encierra no es una apelación a la democracia sino una apelación a lo contrario. Se busca que la judicatura esté comprometida con el castigo inexorable de los delincuentes: que tantas denuncias provoquen un proceso implica que haya igual número de condenas. Los populistas desean que la lucha contra la impunidad signifique, no importa la razón, la condena a ultranza de todo denunciado. Oponerse a esto es ser enemigo de la sociedad. Ya es posible imaginar entonces los criterios de selección de los jueces y magistrados, que deben pasar por el tamiz de sus ideas para que dejen en claro y sin duda que su vocación de castigadores está presente y que es su mejor credencial para alcanzar una sociedad sin delito.

Finalmente, una política criminal democrática no adhiere a la impunidad o al “abolicionismo” de las penas, sino que procura que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado esté sometido al contralor de las garantías, para que el castigo de los delitos sea producto de un proceso justo, con una reacción proporcionada y racional frente a los verdaderos crímenes que asolan a la colectividad, y con una pena justa y racional al injusto cometido. La lucha por esa política es la urgente tarea de nuestros días.

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

Alfaro Maykall, Laura, "Seguridad Ciudadana y Paz social: una política pública a largo plazo con consecuencias inmediatas", disponible en: <http://www.mideplan.go.cr/index.php/acerca-de-mideplan/articulos-de-opinion/857-seguridad-ciudadana-y-paz-social-una-politica-publica-a-largo-plazo-con-consecuencias-inmediatas?lang=>

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

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

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

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

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

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

del Rosal Blasco, Bernardo, ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?, en: Criminet, Revista Electrónica en Ciencia Penal y Criminológica, RECPC 11-08 (2009), pp. 03-04, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>

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

Díez-Ripollés, José Luis, “La Política Legislativa latinoamericana a principios del Siglo XXI”, en: Revista Política Criminal, No. 5, 2008, A7-5, pp. 1-37.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Marcuse, Herbert, Industrialización y Capitalismo en Max Weber, en: La Sociedad Industrial y el Marxismo, Buenos Aires, Editorial Quintaria, 1969, citado por: Fernández, Sergio Pablo, Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad, en: [Cinta](#)

[de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales](#), ISSN 0717-554X, [Nº. 1, 1997](#)

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

Pavarini, Massimo, Castigar al Enemigo: Criminalidad, Exclusión e Inseguridad, Quito, Ecuador, FLACSO, 2009.

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

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

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

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

Rico, José María, Coordinador Regional, La Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Aspectos Teóricos y Metodológicos, 1998-1999, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/docs/seg_publicaciones/aspectos%20teoricos%20y%20metodologicos.pdf

Rico, José María, (In)Seguridad Ciudadana en Costa Rica: Balance de la Situación, Cuadernos de Desarrollo Humano, San José, Costa Rica, PNUD, Primera Edición, 2006, p. 30, disponible en: <http://www.pnud.or.cr/images/stories/downloads/pdf/Cuaderno01.pdf>

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

Torres, Sergio Gabriel, Derecho Penal de Emergencia, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.

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

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