

**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMAS DE ESTUDIO DE POSGRADO
MAESTRIA EN CRIMINOLOGIA**

**LA IMPORTANCIA DE LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO COMO
HERRAMIENTA PARA LA CONSTRUCCION DE UNA POLITICA
CRIMINAL DEMOCRATICA**

**TESINA PARA OPTAR POR EL GRADO ACADEMICO DE
MASTER PROFESIONAL EN CRIMINOLOGIA**

**FERNANDO ARGUEDAS ROJAS
MONICKA SALAS RODRIGUEZ**

**SAN JOSE, COSTA RICA
2007**

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	1
Capítulo I: La Política Criminal y su importancia para el Derecho Penal.....	4
1. Política Pública en General.....	4
2. Política Criminal en los diferentes modelos de Estado.....	8
3. Diferencia de la Política Criminal en la teoría y en su práctica.....	12
4. Política Criminal y su importancia para el derecho penal en un estado de derecho democrático.....	14
Capítulo II: La Teoría del Bien Jurídico.....	19
1. Principios que rigen al Derecho Penal.....	19
a) Intervención Mínima.....	21
b) Carácter Fragmentario.....	23
c) Carácter de <i>Ultima Ratio</i>	26
d) Carácter Subsidiario.....	28
2. El Bien Jurídico.....	30
a) Evolución del Concepto.....	30
a.1) Teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach.....	31
a.2) Teoría del bien jurídico de Birbaun.....	33
a.3) Positivismo jurídico de Binding.....	34
a.4) Positivismo naturalista de Franz Von Lizst.....	35
b) El concepto de bien jurídico en la actualidad.....	37
c) La Constitución Política: Derechos fundamentales y bienes jurídicos.....	40
d) Principios constitucionales que limitan el concepto de bien jurídico.....	46
d.1) Principio de legalidad.....	47
d.2) Principio de lesividad.....	49
d.3) Principio de utilidad o idoneidad.....	53

3. El Bien Jurídico en la Teoría del Delito.....	54
a) Tipicidad y afectación del bien jurídico protegido.....	55
a.1) El principio de insignificancia.....	57
a.2) La adecuación social de la conducta.....	58
b) La antijuricidad y lesión del bien jurídico protegido.....	60
b.1) La lesión del bien jurídico como expresión de la antijuricidad material.....	61
b.2) De la afectación, a la lesión del bien jurídico.....	61
c) La culpabilidad y el bien jurídico protegido.....	63
c.1) Función motivadora de la norma.....	64
c.2) La evitabilidad.....	65
c.3) La participación frente al bien jurídico protegido.....	66
c.4) Exigibilidad de conducta alternativa y la graduación de la disponibilidad.....	69

Capítulo III: La importancia de aplicar la teoría del bien jurídico en la realización de una política criminal democrática.....74

1. El sentimiento de inseguridad ciudadana.....	74
a) Las políticas de tolerancia cero.....	78
b) La legislación penal populista.....	80
b.1) Aumento de los montos de las penas carcelarias.....	82
b.2) Creación de nuevas figuras delictivas.....	83
b.3) Reducción de derechos y garantías de personas sometidas a procesos penales.....	85
2. La importancia de la teoría del bien jurídico como herramienta para la construcción de una política criminal democrática.....	86

Conclusiones.....91

Bibliografía.....100

INTRODUCCIÓN

El estudio de la actualidad jurídico penal, revela la existencia de una contradicción fundamental entre la política criminal teórica y su práctica.

La primera, aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la praxis. En tanto, la segunda, se integra del conjunto de actividades empíricas, organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. (Silva Sánchez, 2000)¹ De esta manera, la política criminal práctica debería fundamentar su existencia, definiciones y actuaciones, en la política criminal teórica.

En nuestro medio, la ejecución de este planteamiento no resulta tan cierto, dado que coexisten dos políticas criminales paralelas: por un lado, la que se desarrolla en las aulas universitarias, que se lee en los libros y con la cual los “especialistas se alimentan” y por otro, la política que se aprueba en la Asamblea Legislativa y que aplica el Poder Judicial.

La justificación de nuestro trabajo, parte de la idea de que ante esta incongruencia, debe analizarse con cuáles elementos de valoración cuenta el Derecho Penal al elaborar sus políticas sociales en general y su política criminal, en particular, para lograr el desarrollo y coherencia en la aplicación del sistema penal, en el marco de un Estado de Derecho Democrático.

Nuestra hipótesis es que la teoría del bien jurídico constituye una herramienta idónea para construir una política criminal democrática, la cual servirá para lograr una menor criminalización de conductas, eliminar las figuras delictivas que no tutelen ninguna afectación a bienes jurídicos, asegurar el respeto de las garantías fundamentales de las personas y constituir un límite para el poder punitivo del Estado, que no puede sancionar, donde no hay afectación.

¹ Silva Sanchez, JM. (2000). *Política Criminal y Persona*, Buenos Aires, Ad-Hoc. p.15- 21.

El objetivo general es establecer la necesidad de que la teoría del bien jurídico, sea un instrumento en la construcción y aplicación de la política política criminal estatal, tanto en su teoría como en su práctica.

Como primer objetivo específico, se determina el concepto de Política Pública en general y el de Política Criminal en particular y su importancia para el Derecho Penal.

Como segundo objetivo específico, se estudia el concepto de la teoría del bien jurídico, sus principios y elementos que la conforman.

Un tercer objetivo específico del trabajo, es demostrar la inoperancia de la política criminal actual, en la que no es relevante el concepto del bien jurídico en su diseño y aplicación.

La forma más adecuada de desarrollar el trabajo es por medio de un método deductivo. De esta manera, se ha estructurado un esquema que va de lo general a lo particular, ordenado en tres capítulos de la siguiente manera:

En el capítulo primero, se desarrollarán los conceptos de política pública en general, se diferenciará de la política criminal en particular y como se desarrolla ésta en los diferentes modelos de Estado. Como punto siguiente, se evaluarán los problemas que se presenta entre la teoría y la praxis de la política criminal en un estado de derecho democrático, consecuentemente, se analizará la importancia de que exista una política criminal democrática en una nación como la nuestra.

En el capítulo segundo, se desarrollarán los principios que rigen el derecho penal y por consiguiente que lo limitan y fundamentan, a saber, el principio de intervención mínima, carácter fragmentario, carácter de la *ultima ratio* y carácter subsidiario.

También, con la intención de entender lo que constituye en esencia el denominado bien jurídico, se desarrollará la evolución del concepto desde Feuerbach hasta la actualidad. Se hará, una diferenciación entre los Derechos Fundamentales y los Bienes Jurídicos y se estudiarán los principios constitucionales que limitan el concepto del bien jurídico, principalmente, el principio de legalidad, de lesividad y utilidad o idoneidad.

En este marco conceptual, analizaremos la idea de que el bien jurídico es un supuesto que pasa transversalmente toda la teoría del delito, desde la tipicidad hasta la culpabilidad, lo que reconduciría a valorar de una manera científica las figuras que son consideradas como delito o que el legislador pretende convertir en ilícito penal.

Mediante el capítulo tercero, se pretende reflexionar sobre la importancia de la aplicación de la teoría del Bien Jurídico como herramienta en una política criminal democrática, analizando los problemas existentes en la actualidad por la aplicación de algunas políticas basadas en el sentimiento de inseguridad ciudadana, como por ejemplo, las políticas llamadas de “tolerancia cero” y a nivel latinoamericano, la creación de una legislación basada en la respuesta demagógica dada por los políticos ante el problema de la delincuencia criminal que existe o que al menos se cree que existe, basada en el aumento de las penas carcelarias y la reducción de derechos y garantías de las personas sometidas a procesos penales.

Al estudiar la teoría del bien jurídico, es la intención de este trabajo, determinar si un concepto como éste, casi dejado de lado en las aulas universitarias, resulta ser al contrario de lo que se creería, la base todo ordenamiento penal, especialmente uno que se considere democrático.

CAPÍTULO I: LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL

Antes de desarrollar el tema, debe definirse qué es política criminal y cuáles temas comprende. Esta tarea resulta compleja, pues entre los abogados, sociólogos, políticos y otros estudiosos, no existe acuerdo sobre lo que debe entenderse por política criminal. Esto ha impedido que exista una noción precisa de lo que ella significa, y obliga, en consecuencia, a que en cada intento de analizar su contenido, sea necesario establecer un concepto válido dentro de ese contexto y su validez para el derecho penal.

1. Política Pública en General

La política, en términos generales, se define como una actividad *“destinada a ordenar jurídicamente la vida social humana”*².

De la política se deriva el gobierno en la comunidad organizada y consiste en acciones concretas ejecutadas con el objetivo de influir, obtener, conservar, crear, extinguir o modificar el poder, la organización o el ordenamiento de la comunidad.

La política es una actividad de naturaleza valorativa. Tal y como lo explica RODRÍGUEZ ZÚÑIGA (2001), en la política *“...medios y fines se condicionan a partir de una determinada valoración de los fines generales, que necesariamente tienen que ser el modelo de sociedad que ese cuerpo social tiene.”* (p. 29)³

De ahí la complejidad y la problemática de su sistematización racional, ya que sus elementos son esencialmente valorativos, orientados a determinados objetivos, los cuales, a su vez, presuponen otros tantos elementos por valorar. A esto debe aunarse, la cantidad de actores que interactúan en una sociedad y la lógica diferencia y conflicto que va a existir entre sus aspiraciones respecto de la política y los resultados reales que de ésta puedan obtenerse.

² Diccionario Manual Jurídico (1989) Abeledo-Perrot, p. 68.

³ Zúñiga Rodríguez, L. (2001). *Política criminal*. Madrid, Colex, p. 29.

Ordenar de forma sistemática los criterios de valoración a los que se dirigirán las acciones específicas y establecer cuál será la finalidad general en la que enmarcan y dirigen todos los objetivos que se definan, es la tarea de la política en general.

La principal característica de la política, consiste en ser un conjunto de actividades y estrategias (políticas públicas) que tienden a conseguir determinados fines (los inherentes al Estado) y a ordenar la vida en sociedad. Estas acciones específicas definidas como políticas públicas consisten, a su vez, en *"...directrices trazadas por el poder, previa evaluación (diagnosis) de unos problemas o dificultades, el establecimiento de unos fines (prognosis) determinados por su eliminación, atemperación o superación y la organización de unos canales -por principio necesaria e inquebrantablemente legítimos- (procedimientos) en procura de hacer realidad los fines propuestos."* (p.10) ⁴

La política pública se puede entender como el ámbito privilegiado de realización del "pacto" entre Estado y sociedad. Sin embargo, hay que aclarar que no todo es asunto público y de lo público, no todo se convierte en política. Más aún, actualmente asuntos públicos están siendo atendidos no solamente por el gobierno, sino también por otros actores de la vida en sociedad, a los cuales les concierne y afecta directamente algunas de las decisiones que se tomen en el ámbito público.

La tarea de las políticas públicas es sumamente compleja: reconocer el espacio de lo público, ubicar ahí las necesidades y cambios que deben ser atendidos e impulsados, entender y pesar las consecuencias de actuar o de no hacerlo, el sentido que se dará a las acciones y sus relaciones con otras dinámica, así como los recursos deberán asignarse; son funciones de las políticas públicas cuya reflexión, decisión y puesta en práctica, requiere de intervenciones y conocimientos diversos y la actuación de varias personas e instituciones.

Ahora bien, los objetivos a los cuales tiendan las políticas públicas, van a depender del tipo de sistema político vigente. En un Estado con sistema

⁴ Barreto Ardila, H, Christie, N, Gonzalez, I, Ibáñez Guzmán, A y otros. (1996) Memorias de las XX Jornadas Internacionales del Derecho Penal. Universidad Externado. Bogotá. p.10.

democrático, los objetivos de la política serán preeminentemente de índole social. Por lo tanto, las políticas públicas procurarán asegurar y respetar los derechos de las personas que forman el grupo social, promover la prosperidad general, asegurar la convivencia de los pobladores de forma efectiva en un marco de legalidad garantista, procurar un orden justo y un adecuado reparto de la riqueza, así como velar por el cumplimiento de los deberes sociales del Estado para con sus ciudadanos.

Por el contrario, en un sistema de corte autoritario, el Estado deja de estar en función de las personas y se convierte en un fin en sí mismo, que busca su propia permanencia y crecimiento. En las decisiones políticas de un Estado de este tipo, los derechos de los administrados ceden y desaparecen total o parcialmente ante los intereses y objetivos estatales. Deja de promover el reparto justo de los recursos y las reglas de convivencia se imponen por medio de decisiones arbitrarias y violatorias de los derechos de las personas.

Cualquiera que sea el modelo de Estado que exista en una sociedad, tratándose de un Estado moderno, el poder tradicionalmente se divide en tres ramas: el poder ejecutivo, el poder judicial y el poder legislativo. Según la teoría clásica de Montesquieu, la división de poderes garantiza la libertad del ciudadano y con él nace el llamado estado de derecho, en el cual los poderes públicos están igualmente sometidos al imperio de la ley.

Como explica HERNÁNDEZ VALLE (1993) *“...en el plano político el Ejecutivo toma las decisiones fundamentales del Estado y, en el ámbito jurídico, existe una primacía suya sobre los demás entes estatal”*(p. 30) ⁵

El Poder Ejecutivo va a coordinar y dirigir todas las tareas gubernamentales y administrativas en su conjunto, lo cual comprende no solo la administración centralizada, sino también la descentralizada. Su tarea fundamental en esta actividad es la de definir los objetivos de su política general a partir de la valoración de sus prioridades y necesidades y así establecer las políticas públicas y acciones concretas con las cuales va a pretender alcanzar estos fines.

⁵ Hernández Valle, R. (1993). *El Derecho de la Constitución*. (Volumen II). San José, Juritexto, p. 30.

En esta actividad, el Estado "...como persona jurídica y como fenómeno asociativo (...) se propone y lucha por fines comunes junto con otras personas; en ese sentido, el orden jurídico positivo les da personalidad" (p. 15) ⁶

Sin embargo, a pesar de que el Poder Ejecutivo es el órgano que tiene el mayor protagonismo y actividad en la definición de política general y ejecución de políticas públicas, esta no es una labor que le sea exclusiva.

En el contexto de la existencia de un Estado, los poderes Legislativo y Judicial también tienen una participación importante en el establecimiento de la política a la cual va a dirigir y ajustar sus actividades, pues el Legislativo se encarga de la aprobación de las leyes que responden a la ideología vigente que define las políticas del estado, mientras que al Judicial le corresponde la aplicación de las leyes, con lo cual se materializan las políticas definidas *a priori*.

Finalmente, otras instituciones públicas y privadas, diversas organizaciones no gubernamentales y personas particulares van a coadyuvar en esta labor.

Una efectiva participación colectiva tanto de los distintos órganos estatales, como de los demás actores sociales públicos y privados, en la labor de valorar y determinar los fines del Estado y en las políticas públicas por medio de las cuales se conseguirán, va a ser propia de un estado con sistema democrático participativo moderno. En tanto, en un estado autoritario, la política se establece de forma unilateral por parte del gobernante y existe poca o ninguna participación de cualquier otro interviniente social.

Las políticas públicas se presentan a través de muy diversas manifestaciones, atendiendo a la parcela de la actividad objeto de su administración. Por ejemplo, se habla de política sanitaria para reflejar la forma de organización del sistema de salud en la comunidad, de política educativa referente a la estructura académica en el ámbito de la educación o de política económica cuando se trata de ofrecer una concepción de la gestión de los diferentes recursos económicos que compete al poder público.

⁶ González-Salas Campos, R. (2001). *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. (2da. edición). México, Oxford University Press, p. 15.

Una de esas formas de exteriorización de la política, es la denominada política criminal. Desde esta perspectiva, para BORJA JIMENEZ (2001) la política criminal designa el planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y enfrentar al fenómeno criminal. La seguridad ciudadana, los derechos de los sospechosos, procesados o condenados, el sistema de justicia o la delincuencia juvenil, entre muchos otros, son algunos ámbitos de la vida social que necesitan una respuesta de los poderes públicos.

El planteamiento de estas problemáticas, la argumentación utilizada en las propuestas de solución y la base ideológica que explica las respuestas que se aportan, constituyen un marco de decisión que se haya dentro de lo político y desde ese punto de vista, la política criminal ha sido entendida como un sector de la política que está relacionado con la forma de tratar la delincuencia. Es decir, se trata de un ámbito de decisiones, de criterios y argumentaciones que se postulan a nivel teórico o práctico para dar respuesta al fenómeno de la criminalidad.

Atendiendo a este sentido político, la política criminal se refiere al conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, para mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en un determinado grupo social.

2. Política criminal en los diferentes modelos de Estado

Al ser la política criminal parte de las políticas públicas del Estado y depender de criterios políticos, económicos, sociales, las decisiones que se tomen respecto de ella, descansará sobre los fundamentos políticos y sociales de cada Estado en particular, según se trate de un modelo político totalitario o democrático.

Para ZUÑIGA (2001) se denominan Políticas criminales autoritarias, conservadoras, utilitaristas o efectistas, las que se aplican en un Estado que no respeta los derechos fundamentales reconocidos al ciudadano. En éstas se busca

la legitimación del Estado con la prevención adelantada del delito. La sanción penal se convierte en un instrumento estatal para el cumplimiento de los fines estatales, donde el proceso crea la prueba y al criminal. (p. 35)

El delito se concibe como un acto subversivo y desobediente al poder estatal que es necesario extirpar, para, al igual que una enfermedad, evitar su propagación, la cual pondría en riesgo la estabilidad, unidad y continuidad del Estado. De esta manera, se regulan y sancionan los denominados estados peligrosos y se instauran medidas de seguridad predelictivas, en una política que significa "...un adelantamiento de la línea de defensa del Estado, en la medida en que atacan los supuestos de peligrosidad social, sin que se hayan concretado en la perpetración de un hecho criminal." (p. 228)⁷.

Este tipo de política, pretenden neutralizar las posibles causas del delito, antes de que se manifieste, y así llevar a cabo una eficiente labor de prevención delictiva.

En estos sistemas, los fines preventivo general y especial de la pena cobran particular relevancia para legitimar la excesiva intervención estatal. En el caso del primero, como una forma de intimidación generalizada, dada la severidad y certeza de la sanción. Mientras que el segundo, se ve como una forma de neutralizar al delincuente, por medio del escarmiento y la anulación de su voluntad, dada su condición de enemigo del Estado.

La política criminal de un estado totalitario, consiste en erradicar hasta el último vestigio del crimen, sin tener en cuenta los derechos y garantías de las personas, los cuales se ven como un obstáculo en las labores preventivas y represivas estatales.

Las fuerzas de seguridad se encuentran autorizadas para desarrolllar a implementar todos los medios que consideren convenientes para cumplir con la labor encomendada por las autoridades, sin estar sujetas a un deber de respeto por los derechos fundamentales.

Este tipo de esquema social, es la que el profesor José Manuel Arroyo (2004) ha denominado "*sociedad apestada*", la cual se presenta ante la

⁷Borja Jiménez, E. (2001). *Ensayos de derecho penal y política criminal*. San José, Editorial Jurídica Continental, p.228.

criminalidad " como un caso en el que se "excepcionan " los valores democráticos supuestamente vigentes, con el fin de atacar la "enfermedad" que amenaza y carcome ese orden social perfecto (...). Se vigila y castiga constantemente, y el Estado tiene facultades ilimitadas de intromisión en la esfera de autonomía de las personas y de restricción de sus derechos fundamentales."(p.12) ⁸

En este tipo de planteamientos políticos surgen las campañas de "ley orden" y "mano dura", que consisten en disposiciones arbitrarias, principalmente legislativas y ejecutivas, que en respuesta a un supuesto clamor popular por más seguridad, disponen la creación de sanciones penales como solución a los nuevos problemas sociales, el incremento de las sanciones de los delitos ya existentes, la negación de beneficios penitenciarios, limitación de los derechos fundamentales como solución al "obstáculo" que significan en la lucha contra el crimen. Estas campañas se caracterizan, también por la creación de delitos de peligro, que sancionan situaciones meramente peligrosas, y no que signifiquen, necesariamente, una lesión específica a algún bien jurídico.

En este contexto social, se considera positiva y justificada la suspensión transitoria de las garantías y derechos fundamentales, los cuales se visualizan como un obstáculo en esta "lucha justa", mientras se elimina "la peste"(p.12).⁹

La reacción de un estado democrático frente a la criminalidad, es diametralmente distinta y esta diferencia se refleja en la definición y ejecución de su política criminal.

Se denominan Políticas criminales democráticas las que se aplican en un Estado que respeta los límites de los principios y garantías en la intervención estatal, basados en el respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos. (p.35)¹⁰

No se pretende que el delito pueda ser erradicado de la sociedad. Se considera, por el contrario, que presenta cierto grado de utilidad, como reforzador de las normas sociales e impulsador de la evolución social.

⁸Arroyo Gutiérrez, JM (Comps).(2004). *Democracia, justicia y dignidad humana*. San José, Editorial Jurídica Continental, p.12.

⁹ Idem, p.12.

¹⁰ Zúñiga Rodríguez, L. Op. Cit., p.35.

La política criminal va dirigida a disminuir hasta niveles tolerables las cifras de la criminalidad, pero la lucha contra el crimen no puede emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable y punto de partida de cualquier intervención estatal que pretenda definir acciones estatales ante la actividad delictiva.

Todo lo anterior implica, que en un estado democrático, la función de definir y ejecutar política criminal sea una tarea particularmente difícil, ya que la actividad de Estado en ese sentido *"...tiene que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos los individuos, incluidos los delincuentes."* (p.213) ¹¹. En el fondo yace la tensión entre seguridad y libertad, la cual debe resolverse en un fino equilibrio: prevención eficaz sin pérdida de garantías.

En una sociedad democrática, estos dos objetivos no se consideran excluyentes y al definir las políticas públicas en materia de criminalidad no se les trata como tales. Por el contrario, se estima que el mantenimiento de parámetros mínimos en materia de seguridad ciudadana y el respeto de los derechos fundamentales deben ser temas complementarios y que la búsqueda de estas metas no se da en función del Estado, sino de las personas que lo componen.

Al existir esa estrecha relación entre la Política en general y la Política Criminal en particular, sucede que a pesar de que el gobierno de los estados democráticos tenga como norte el respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales dentro del marco constitucional, puede establecerse que dentro de esos sistemas, muchas veces se definen políticas criminales de corte autoritario. Y es que en el terreno de la política, las actuaciones son orientadas de acuerdo con la ideología que impere.

¹¹ Borja Jiménez, E. Op. cit., p.213.

3. Diferencia entre la política criminal en la teoría y en su práctica

La Política criminal teórica, es vista como una disciplina por BORJA JIMÉNEZ (2001) quien la define, como una rama del saber que estudia la orientación y los valores, que sigue o protege, o que debiera seguir o proteger, la legislación penal, tanto sustantiva como procesal. Desde esta perspectiva, no interesa solo el examen de las orientaciones político criminales seguidas por el legislador, sino también, su adecuación a los valores y al concreto modelo social y político que se defienda.

Es decir, por un lado, estudia las orientaciones políticas, sociológicas, éticas o de cualquier otra índole que se encuentran en cada institución del vigente Derecho Penal. Y, por otro, aporta criterios teóricos, de justicia, de eficacia o de utilidad, que van dirigidos al legislador, para que se lleve a cabo las correspondientes reformas de las leyes penales de forma racional, satisfaciendo los objetivos de enfrentar al fenómeno criminal, salvaguardando al máximo las libertades y garantías de los ciudadanos. En general, aporta medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal. Así, el objeto de estudio de la Política Criminal viene integrado, no solo por la legislación penal, sino también, por otro tipo de instituciones que tengan como fin, desde el ámbito político la prevención o la erradicación del hecho delictivo.

Ciertamente, el derecho penal sustantivo y adjetivo van a ocupar un lugar preeminente, porque constituyen la base de la definición de aquello que se considera delito frente a la conducta lícita, pero no es la única forma de prevenir y de enfrentar al crimen. Medidas de carácter económico, educativo, social o incluso cultural, para ciertos sectores de la criminalidad, pueden ser tan relevantes y eficaces como el mismo sistema legal. De ahí, que también integre su objeto estos mecanismos utilizados por el poder público, en esa tarea de disminuir hasta lo tolerable la estadística criminal.

El profesor MINOR SALAS (2004)¹², por su parte, considera que la política criminal forma parte de la política general y se refiere al conjunto de actividades prácticas y teóricas que se realicen en un ordenamiento jurídico para controlar el fenómeno criminal.

Estos conceptos resultan coherentes y acordes con la política criminal que se ha venido desarrollando a lo largo de la historia. Sin embargo, en las últimas décadas los estudiosos han desarrollado un concepto integral que coincide en mayor medida con las necesidades actuales. Por ejemplo, ALEXANDRO BARATTA (1999)¹³ considera que política criminal es un concepto complejo, pues, no obstante la univocidad de sus fines, los instrumentos que utiliza permanecen indeterminados, porque son definibles solo negativamente, a través de instrumentos penales de un lado, e instrumentos no penales del otro.

Respecto de la univocidad de sus fines, el autor aclara que hasta un pasado reciente, era el control de la criminalidad. Sin embargo, este ámbito de acción se ha ampliado, con el progreso de la investigación en el campo de la victimología, pues el interés hacia las necesidades de la víctima y a su ambiente social, señalan ahora, que otro fin de la política criminal es controlar las consecuencias del delito.

IVÁN GONZALEZ (1996) considera que la moderna política criminal debe estar pensada también desde las víctimas. Buscar qué hacer frente al delito, en procura de disminuir sus efectos nocivos y no tanto con la finalidad de eliminar la repetición de la conducta ilícita.

La política criminal en la actualidad, debe ser una política de reformas sociales, en la que se examinen las causas reales de la criminalidad y se desarrollen mecanismos que conduzcan a prevenirlo y reducirlo a través de instituciones oficiales y no formales, respetando los derechos humanos, en especial a la dignidad humana, de la que es parte importante la igualdad de los hombres ante la ley.

¹² Salas, M. (2004) *Mitomanías de la Política Criminal Moderna*, Cuadernos de Estudio del Ministerio Público del Poder Judicial (8ª edición), San José, p. 44.

¹³Baratta, A. (1999) *La política criminal y el derecho penal de la constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Buenos Aires, Nueva Doctrina Penal, p. 399.

4. Política criminal en un Estado de Derecho Democrático y su importancia para el derecho penal

En 1900 FRANZ VON LISZT ¹⁴, desarrolló la idea de política criminal como disciplina científica, la cual comprendía el conjunto de criterios determinantes, en una lucha eficaz contra el delito. Su punto de partida era una concepción determinista del hombre, una visión del delito como reflejo de su peligrosidad y una fe positivista en la posibilidad de corregir los factores individuales y las estructuras sociales que conducen al delito, lo cual era expresión clara de la ideología terapéutica de finales del siglo XIX. Partía del diagnóstico de la criminología empírica y la terapia de la penología. Tuvo connotaciones prestigiosas, pues, en ese momento, buscaba sustituir la pena por la medida de seguridad y la función del jurista, por el médico, como una opción humanista de progreso.

Sin embargo, con el advenimiento de los regímenes totalitarios que acogieron la política criminal intervencionista- terapéutica, el resultado fue el inverso, pues estas ideas se utilizaron como excusa para expandir el margen de acción del derecho penal hasta niveles entonces desconocidos. Sucedió lo que HASSEMER denominó el derecho penal curativo ¹⁵, donde el derecho penal ya no se manifiesta como verdugo, sino como médico. Ante esta ideología, cualquier oposición resultaba insuficiente y sin fundamento. Este modelo sobrevivió hasta la Segunda Guerra Mundial.

A finales de la década de los años cincuenta y principios de los sesenta, se retoman las ideas de VON LISZT, pero utilizando otros nuevos parámetros. Así, convergen dos criterios, uno empírico, de eficacia y otro, valorativo, de garantías. Surge la política criminal valorativa, la cual planteaba, como posible, la resocialización sin violentar las garantías del condenado. Sin embargo, sus objetivos no lograron alcanzarse. Una política criminal más práctica fue ganando terreno que es la que existe en la actualidad. El contexto en que se desarrolla, caracterizado por la oportunidad y el populismo, facilita aplicar su

¹⁴ Citado por Silva Sanchez. Op. Cit, p.15- 21.

¹⁵ Hassemer citado por Idem.

orientación intimidatoria e inocuizadora, lo que ha llevado a afirmar que, al ser el derecho penal expresión de la política criminal vigente, la situación de este último, se está tornando insostenible (p.21)¹⁶.

La política criminal se presenta actualmente como una disciplina valorativa, fundamentada en el fin de la prevención de la criminalidad. Por lo tanto, sus funciones son todas aquellas que tiendan a lograr esta finalidad general: comprender el fenómeno criminal y prevenirlo.

El estudio de la realidad del delito, es la primera función de la política criminal, pues la única forma de prevenir y escoger los instrumentos idóneos de prevención, es conocer el fenómeno.

La política criminal utiliza a la Criminología como disciplina que le puede dar explicaciones científicas acerca del fenómeno criminal, utilizando un método multidisciplinario, pues la criminología ha desarrollado muchas teorías para comprender la delincuencia. Algunas se fundamentan en conocimientos biológicos, otras en concepciones sociológicas y otras en posturas psicológicas, las cuales están condicionadas por el momento histórico vivido y por la realidad política en la que se desarrollan. Actualmente, el ideal es utilizar todos los conocimientos de los distintos campos de entendimiento de la desviación individual y social, enmarcados, por supuesto, en un modelo de Estado democrático.

Al respecto ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2001) considera que *“... toda política criminal responde a una determinada concepción de la criminalidad. Por eso, para afrontar un determinado fenómeno criminal con eficacia lo primero que tendrá que hacer el especialista es establecer un método de análisis del mismo, que sea idóneo para entender a cabalidad la pluridimensionalidad del fenómeno que se trate. Seguramente se tendrán que utilizar diversas y tendrá que valorar cuáles son los métodos de análisis más idóneos para comprender cada fenómeno criminal: analizar las distintas aristas de la problemática criminal concreta”* (p.166)

Como segunda función, la política criminal debe establecer los mecanismos de prevención. Si el eje o razón de la política criminal es prevenir la

¹⁶ En 1999, el Instituto de Ciencias Criminales de Francfort publicó la obra *La Insostenible situación del derecho penal* que desarrolla esta idea. Silva Sanchez, Op. Cit., p.21.

criminalidad, resulta fundamental buscar herramientas que de una manera idónea controlen el fenómeno de la delincuencia. Aunque resulta claro de que prevenir significa evitar, lo cierto es que, la complejidad del asunto radica en que no existe consenso en qué es lo que se pretende evitar y cuáles son los instrumentos idóneos para lograrlo. Por eso, se impone primero entender el fenómeno criminal (la primera función de la política criminal) para luego, diseñar estrategias efectivas y lograr evitarlo.¹⁷

Esto nos lleva a la tercera función de la política criminal, que para nuestro estudio es la que nos interesa. Se refiere a la labor crítica, que debe tener la política criminal de la legislación penal vigente, con la finalidad de plantear procesos de reforma.

En la sociedad, el orden social no se logra a través de un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una estrecha relación entre diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local, sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía. Todas ellas aportan su colaboración para asegurar, que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos y respetuosos con los contenidos del orden social acordado.

El Derecho Penal, es un subsistema más, dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus fines de aseguramiento del orden social. En su tarea, se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, como las normas, sanciones y proceso. Se diferencia de otros subsistemas, en que se encuentra limitado en su ámbito de actuación.

¹⁷ Sin embargo, este objetivo es difícilmente alcanzable, pues los diversos programas de prevención carecen de un defecto en el punto de partida: la falta de acuerdos en los factores determinantes de la criminalidad, pues no cuentan con estudios científicos del delito y la promulgación de las leyes penales suele estar orientada por intereses político partidistas, de grupos, de impacto social, pero no en estudios adecuados sobre el tema, lo que provoca que exista una diversa orientación de la prevención, sin objetivos claros ni concretos, sin metas claras a corto y largo plazo ni muchos menos objetivos de continuidad de las políticas de prevención de un gobierno a otro, lo cual, por supuesto, evidencia la imposibilidad de coordinación entre los diversos sectores sociales y organismos, impide un desarrollo integral de las posibles políticas por seguir y mucho menos la posibilidad de sentar responsables ante la implantación de una política cuando esta fracasa, finalmente esto provoca que la sociedad y con ello los intereses partidistas no se encuentren interesados en apoyar la distribución de ayuda para el fomento de profesionales y la obtención de medios materiales que luche contra la criminalidad.

Los objetivos del Derecho Penal son limitados. Por ejemplo, no le es posible atribuirle tareas irrealistas, como la de ser agente de transformación social.

También, para asegurar su conservación, marca ámbitos de protección, prevé sanciones y regula procedimientos de un modo sustancialmente distinto, al de los otros subsistemas de control social.

Su reducido campo de actuación, como último recurso del que dispone el control social, limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social.

También, tiene un alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, pues existe temor de que el Estado, al intervenir sobre los derechos de los ciudadanos, termine siendo arbitrario.

El Derecho Penal se vale de conductas que han sido tipificadas como delito, para ejercer su control. Consecuentemente, el procedimiento mediante el cual el Estado tipifica conductas resulta fundamental, pues es el primer paso en el ejercicio del control. Surge allí la política criminal como una herramienta que al englobar pautas o factores, unos normativos o de justicia y otros empíricos o de utilidad, que toma en cuenta el legislador en sus decisiones, sobre cuáles son las conductas merecedoras de pena, de qué debe tutelarse y de lo tutelado, qué debe tener conminación penal. Es decir, resulta el medio que permite definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación con la cuestión criminal¹⁸.

De lo anterior se deduce, que al Derecho Penal se le impone una importante labor crítica. Supone una revisión de la legislación vigente, conforme los parámetros constitucionalmente definidos y la coherencia del ordenamiento jurídico. A partir de esos principios, conforme al análisis crítico desde la Criminología, supone utilizar los datos que aporta esta disciplina para valorar si la ley ha cumplido realmente con los fines de prevención de la delincuencia.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Política Criminal y Estado. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 8, número 12, diciembre de 1996.

Un análisis crítico de la norma penal, necesariamente tiene que corresponder, a una valoración que integre los dos métodos de análisis: efectividad y respeto de las garantías. La legitimidad de la norma penal no solo se mide por su nivel garantístico, sino también por su capacidad de prevención.

Entonces, el papel de la política criminal resulta muy importante al aplicar su multidisciplinariedad en la crítica a la legislación penal existente. Esto le permite plantear reformas fundamentadas en la realidad social y no en el mundo ideal de los valores (p.171-172)¹⁹

En palabras de Silva Sánchez (2000):

“la política criminal no se agota en medidas jurídico- penales y aunque la política criminal se configure en términos más amplios, todo el derecho penal se integra en la política criminal. Así, existe una identificación entre la teoría de los principios de la política criminal y la de los fines y medios del derecho penal, pues, el derecho penal es expresión de una política criminal.” (p.22)

¹⁹Zúñiga Rodríguez, L. Op. Cit., p.171-172.

CAPÍTULO II: LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

En este capítulo se examinaron algunos de los principios que informan el derecho penal relativos a la teoría del bien jurídico, la evolución de este concepto en la historia, según los principales aportes doctrinarios. También, se analizarán los principios constitucionales que dan contenido al bien jurídico y los derechos fundamentales con que se relacionan. Finalmente, se estudió la teoría del bien jurídico y su relación e importancia en la teoría del delito.

1. Principios que rigen al Derecho Penal

El Derecho Penal es un régimen jurídico por medio del cual, el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva. Constituye un subsistema, dentro del sistema de control social, que persigue fines de aseguramiento del orden social. Para lograr sus objetivos, se sirve de instrumentos fundamentales como las normas, las sanciones y el proceso, lo cual lo distingue de los otros subsistemas.

Estas características hacen que el Derecho Penal tenga un alto grado de formalización y de limitación, notablemente superior al de los otros subsistemas. Su grado de formalización se debe a que cuenta con una amplia gama de instituciones, de operadores y normas, que requieren de una compleja administración que, a su vez, exige la existencia de una estructura formal para su aplicación y consecución de sus fines. En tanto, su limitación obedece al temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos, termine siendo arbitraria.

Este temor acerca de la excesiva injerencia del Estado en sus administrados en el ejercicio de su *ius puniendi* es fundado. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2002), hablar del derecho penal es hablar, de un modo o de otro, de violencia, ya que *"Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en*

que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)” (p.29).²⁰

De ahí, que sea razonable el sentimiento de la necesidad de limitar esta violenta facultad estatal. Más aún, si se consideran los terribles antecedentes históricos del ejercicio del poder sancionador del Estado. La ausencia que hubo en diferentes momentos en la historia, de límites en la determinación de las conductas que debían castigarse, de las penas a imponer, del proceso previo que debía mediar hasta llegar a una condena y la forma en la que se ejecutaba, se traducía en una absoluta ausencia de toda garantía de las personas sometidas a estos procesos e incluso, su negación como personas, en el peor de los casos. ²¹

En relación con este punto, la doctrina nacional ha dicho que “El poder punitivo del Estado debe ser restringido para evitar su uso abusivo o excesivo. El sistema penal conlleva, como ya se ha señalado, sufrimientos y violencia. Si el sistema penal se ajusta al ordenamiento constitucional de las libertades fundamentales, a las normas humanitarias internacionales y si la política criminal es elaborada democráticamente, entonces servirán para configurar el moderno Estado de Derecho mediante la reducción de la violencia social y la violencia punitiva del propio Estado.”(p.52)²²

Por todo lo anterior, es razonable y necesario que el Derecho Penal moderno esté informado de principios que regulen y limiten la violencia que su sola existencia implica y que, además, normen sus relaciones con sus administrados.

Estos principios se van a integrar a tal punto en el Derecho Penal, que van a pasar a ser parte de él y constituirán un constante referente, tanto para el operador del derecho, como para las personas a quienes les está dirigido.

En la actualidad, los principales principios que se relacionan con el Derecho Penal y que limitan el ius puniendi del Estado democrático y social de

²⁰ Muñoz Conde, F y García Arán, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. (5ta. Edición) Valencia, Tirant Lo Blanch, p.29.

²¹ Sobre este tema Foucault, M. (2005). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la Prisión*, (Trigésimacuarta edición), México, DF, Siglo XXI.

²² Houed Vega, M, Sánchez Romero, C y Fallas Redondo, D. (1998). *Proceso penal y derechos fundamentales*. San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., p.52.

derecho, son el de intervención mínima, el de carácter subsidiario, el de condición de *ultima ratio* y el de subsidiariedad.

A pesar de que se considere cada uno de ellos de forma separada, es importante acotar, que los cuatro tienen validez paralelamente y que se complementan, de forma tal que su existencia y función respecto del derecho penal, es conjunta.

Estos caracteres del derecho penal, han encontrado su fundamento en el ordenamiento jurídico tanto en la norma fundamental, como en las diferentes legislaciones que se refieren a la materia penal. Sin embargo, en el estudio doctrinario se ha verificado el mayor desarrollo de estos conceptos, que se han ido incorporando a las normas que se emiten relativas a la norma penal y a las sentencias que interpretan estas normas.

a) Intervención mínima

Como punto de partida para la explicación de este principio, se toma la posición del profesor FERNANDO CRUZ (2004) en el sentido de que *"en las condiciones socio-culturales actuales prevalecientes, no es posible, por el momento, que la sociedad prescindiera de las funciones que cumple la pena. La sociedad contemporánea no soportaría el impacto que provocaría la supresión de las normas penales y de la pena privativa de libertad"*(p.82)²³

La tesis del doctor CRUZ es compartida por el autor GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS (2001) quien argumenta que *"la necesidad de aplicar el derecho penal en las sociedades actuales, parte de la idea de que la humanidad no ha podido vivir sin las penas corporales como sanciones que regulan la vida social y jurídica para lograr la estabilización y la paz sociales. (...) Hasta hoy no se vislumbra una alternativa distinta del penoso hecho de tener que marginar al hombre de la vida en sociedad cuando no se respeta el orden jurídico"*(p.96)

Esta imposibilidad de eliminar la pena del contexto social actual, trae como consecuencia lógica que el Derecho Penal también sea imprescindible. El ser un instrumento creado y pactado por la sociedad, que responde contra las

²³Cruz Castro, F.(2004).*La pena privativa de la libertad: poder, represión y constitución*. San José, Editorial Jurídica Continental, p.82.

conductas que ponen en peligro el orden y la tranquilidad sociales; hace que tampoco sea posible el mantenimiento de la vida en comunidad, en ausencia de un sistema de control formal diferente del Derecho Penal.

Debido a la gravedad de las sanciones penales, de la violencia que los procesos judiciales implican y las consecuencias que tienen en las personas involucradas en sus procedimientos, se dice que la injerencia del poder punitivo del Estado en las personas, debe ser mínima.

Esta intervención mínima significa, que el Derecho Penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra él.

Como explican MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN (2002), *"el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes"*. (p.72)

De esta manera, se garantiza la sujeción a este principio, de las demás normas, legales y reglamentarias que regulen el poder punitivo del Estado, de forma tal, que en virtud de este principio, el ius puniendi deberá intervenir lo menos posible en el ámbito de libertad de las personas y solo en los casos que las acciones privadas sean verdaderamente dañosas. Es decir, que su vulneración signifique una lesión grave a los bienes jurídicos que el Derecho Penal está llamado a garantizar.

En el ordenamiento jurídico costarricense, el fundamento de este principio deriva del párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política, el cual dispone: *"Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley."*

Queda claro que la incorporación del principio de mínima intervención al sistema penal costarricense proviene de la misma Norma Fundamental. Por esto, las demás normas, sean legales o administrativas, así como la política general y criminal del Estado, deben ajustarse a este principio.

Este mandamiento se traduce en la necesidad de que el Derecho Penal sea utilizado lo menos posible. Solo debe usarse cuando se trate de evitar que se lesione o sancionar la comisión de un acto que dañó o puso en riesgo un bien jurídico que ha sido calificado por el legislador como indispensable para el mantenimiento de la vida en sociedad.

En estos casos, el legislador debe dosificar la intervención de la sede penal y utilizarla con un criterio restrictivo y minimalista, debido a que su intervención en defensa de los intereses sociales, resulta la más violenta y gravosa para los administrados, frente a otras que cumplen el mismo objetivo, pero de una manera menos lesiva para los intereses, integridad y libertad de las personas.

La Sala Constitucional, interpretando el artículo de cita y refiriéndose al principio de intervención mínima, indicó en su voto número 4850-96 que:

“ I-El artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política garantiza la mínima injerencia del Estado en la esfera de los derechos de los particulares, al establecer que quedarán fuera de la acción de la ley las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o que no perjudiquen a terceros. Se garantiza con ello, especialmente en lo que a la legislación represiva se refiere, el principio de intervención mínima o de ultima ratio que caracteriza modernamente el derecho penal, utilizándosele únicamente como herramienta para tutelar los bienes jurídicos fundamentales dentro de la sociedad. Es un principio de legitimación sustancial de la norma penal, en garantía de protección de los derechos fundamentales de los individuos que, generalmente se ven disminuidos por el poder represivo estatal.”²⁴

b) Carácter fragmentario

El Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos, que se hayan determinado en el sistema social, sino solamente los que hayan sido considerados esenciales e imprescindibles para la convivencia social. La sede penal está llamada a salvaguardar los bienes jurídicos cuya tutela le haya sido confiada, únicamente contra determinadas agresiones configuradas de manera específica.

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1739-92 San José, a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

De esta forma, en un Estado Democrático, no todos los ataques contra los bienes jurídicos deben ser sancionables penalmente. Deben pensarse solo las acciones lesivas que por la gravedad, intolerancia y riesgo que representan para la vida en sociedad, requieran de la respuesta punitiva del Estado, en cumplimiento de su fin de garante de la convivencia.

El autor GONZALEZ-SALAS CAMPOS (2001) explica el carácter fragmentario del derecho diciendo que *“En un sistema penal dentro de un Estado democrático de derecho, el carácter fragmentario significa que la ciencia sólo debe sancionar algunas modalidades de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. En ese sentido, deben sancionarse penalmente sólo ciertas modalidades de ataques o algunos comportamientos específicos. ¿Cuáles? Únicamente los más peligrosos y repudiados por la sociedad, de acuerdo con una significación ética que la comunidad tiene respecto de esos comportamientos.”*(p.97)

Esta definición es compartida por el autor JAVIER LLOBET, quien sobre el carácter fragmentario del bien jurídico explica: *“Importante es que el concepto de bien jurídico trasciende a la materia penal, puesto que se protegen bienes jurídicos también a través de otras ramas del ordenamiento, resultando que el Derecho Penal sólo protege algunos de los bienes jurídicos y únicamente frente a determinadas formas de puesta en peligro o lesión a los mismos, atendiendo para esto último al desvalor ético social de la conducta. Esta protección solo parcial de los bienes objeto de tutela por el ordenamiento es lo que se conoce como el carácter fragmentario del Derecho Penal.”*

Con fundamento en este principio, el Derecho Penal no intervendrá con su poder sancionatorio en todos los casos en los que se verifique una lesión a un bien jurídico; sino, como se dijo, solamente en los casos en los que, conforme con una valoración previa, se determine que constituyen un ataque intolerable para la vida en sociedad y que por tal motivo, esta acción debe ser sancionada.

La aplicación de este carácter del sistema penal, implica un proceso valorativo y selectivo de las acciones humanas lesivas de bienes jurídicos, en orden de establecer cuáles van ser objeto de una sanción penal y cuáles no.

Sin embargo, este criterio de determinación de las acciones delictivas que significaron un intolerable ataque a un determinado bien jurídico y que por lo

tanto van a ser objeto de persecución penal y cuáles no; no puede estar basado en un criterio antojadizo o arbitrario de parte del legislador o del operador del derecho.

Por el contrario, la decisión estatal de perseguir o no, determinadas acciones delictivas, debe estar sujeta a un proceso axiológico predeterminado, a partir de la lesión verificada en determinado bien jurídico, con el fin de establecer si es necesaria la intervención del derecho penal.

El Principio de Oportunidad ²⁵ se presenta como un instrumento para aplicar el carácter fragmentario del derecho penal. Evita el riesgo de que sea utilizado de forma arbitraria, en perjuicio de los titulares de los bienes jurídicos afectados o en riesgo.

Este principio, el autor VICENTE GIMENO SENDRA lo define como la *“...facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. (p.96)²⁶*

Una de las condiciones por las que se justifica la aplicación del principio de Oportunidad y, por ende, que procede prescindir de la acción penal, es cuando la acción a considerar, lesione al bien jurídico de forma insignificante²⁷. De esta manera, utilizando el Principio de oportunidad, se puede dejar de

²⁵ Como contrapeso a esto, y tratando de buscar la solución más apropiada al fenómeno del deterioro y abarrotamiento de la administración de justicia, en razón del aumento de la criminalidad de poca monta y la insuficiencia de recursos para combatirla, en Costa Rica a partir de la legislación procesal penal de 1998, se estableció en la ley adjetiva el Principio de Oportunidad (artículo 22), el cual establece que el ente acusador del Estado deberá ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente; no obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. Si el tribunal admite la solicitud, se produce la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso y estos efectos se extenderá a todos los que reúnan las mismas condiciones. En este sentido, el principio de oportunidad es un principio procesal para la eficiencia de la persecución penal y de recorte de gastos económicos y personales, de eficiencia porque enerva la persecución contra los delitos de menor gravedad o lesividad y con ello desconggestionan el colapso propiciado por el principio de legalidad, el de obligatoriedad de la persecución y a su vez, permite perseguir delitos de mayor lesividad.

²⁶ En Gatgens Gómez, E y Rodríguez Campos, A. (2000). *El principio de oportunidad Conveniencia Procesal de la Persecución Penal*. San José, Juritexto, p. 96.

²⁷ Artículo 22 inciso a) del Código Procesal Penal de Costa Rica.

aplicar el sistema penal cuando se trate de conductas que, aunque lesivas a un bien jurídico determinado, no resultan un ataque en su contra de tal magnitud que ponga en riesgo la convivencia social. Se verifica así la esencia fragmentaria del derecho penal.²⁸

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la no aplicación del carácter fragmentario del derecho, implicaría que el Estado abandone su condición de régimen democrático, que se debe y está en función de sus administrados, que debe intervenir penalmente solo de forma mínima y en última instancia; y se convierta en un sistema policiaco, donde los ciudadanos vivirían en constante amenaza penal, ante la eventualidad de ser sancionados por insignificantes lesiones a los bienes jurídicos, todo lo cual provocaría la negación de las garantías mínimas inherentes a la condición humana, aunado a una sensación generalizada de inseguridad jurídica. (p.184)²⁹

c) **Carácter de *ultima ratio***

Por medio de este principio, se entiende que la vía penal siempre debe ser el último recurso que el derecho tiene para proteger el orden jurídico. Antes de aplicar una sanción penal, deben agotarse otros medios jurídicos, cuando así sea razonable, para salvaguardar los bienes necesarios para la convivencia social. Solamente cuando éstos fallen o sean insuficientes, podrá acudir al Derecho Penal, pero como una última instancia o recurso.

²⁸ Sobre este tema, ha indicado Chang Pizarro L. (2000). *Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal*. San José. Editorial Jurídica Continental. que: "Para determinar la insignificancia del hecho es necesario analizar, en cada caso en concreto, tanto su contenido a la luz de la parte general del Código Penal como la necesidad de continuar o prescindir de la persecución penal, considerando las justificantes fundadas en la proporcionalidad que debe surgir entre el carácter del hecho imputado y la utilidad de la promoción de un proceso. Asimismo, como ya fue dicho, será imprescindible precisar el concepto en cuestión, recurriendo a los instrumentos de interpretación que ofrece la Teoría del Delito. El intérprete o analista podrá examinar dentro de la categoría jurídica de la tipicidad, la nimiedad o insignificancia del desvalor de la acción y el resultado, pero también podrá considerar desde el nivel de reprochabilidad jurídico-penal, la proporcionalidad de la pena a imponer en relación con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, lo que guarda correspondencia con las circunstancias que deben estimarse en relación con el reproche, como por ejemplo las causales o condiciones que permiten excluir o prescindir del mismo, los motivos para la fijación o determinación del quantum de esta y la ineludible conexión con el principio de lesividad " (p.74-75).

²⁹Llobet Rodríguez, J (2005). *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy*. San José, Editorial Jurídica Continental, p.184.

La fundamentación de considerar al derecho penal como la *ultima ratio legis*, se encuentra en que a causa de la severidad de los medios a los que recurre (pena o medida de seguridad), se afecta uno de los valores más preciados por el individuo: su libertad.

También, el Derecho Penal implica violencia en su ejercicio y, por lo tanto, su puesta en práctica resulta altamente lesiva y estigmatizante para las personas que son sometidas a estos procesos, no solamente en lo que a su libertad se refiere, sino también en otros ámbitos de su vida igualmente importantes, como su intimidad e integridad personal.

Según el autor JUAN MARCOS RIVERO (1998)³⁰ la condición de *ultima ratio* del Derecho Penal, señala que este solo debe intervenir en los casos en que se lesionen o se pongan en peligro gravemente bienes indispensables para la convivencia en sociedad y las restantes ramas del ordenamiento jurídico resulten insuficientes para asegurar la tutela de los intereses en juego.

De todo lo anterior se desprende que la aplicación de este principio establece una verdadera exigencia ética dirigida al legislador, que debe evitar la tentación de echar mano del derecho penal, cada vez que pretende darle solución a una problemática social.

Este compromiso ético no siempre es respetado por el legislador y por el Estado en general. Muchas veces, se abusa del Derecho Penal y se utiliza con fines políticos, cediendo ante presuntas presiones sociales.

Estas equivocadas decisiones políticas causan, entre otros efectos, hipertrofia de las instituciones y operadores del sistema penal y una constante y progresiva reducción de la esfera de libertad de las personas y más vigilancia hacia ellas.

JAVIER LLOBET agrega que conforme al entendimiento actual, este principio también tiene funciones prácticas, en lo que política criminal se refiere. Indica el autor que *"el primer aspecto del principio de ultima ratio o de intervención mínima está dirigido a evitar la criminalización de nuevas conductas y lleva a su vez a la descriminalización de conductas sancionados"* (170); lo cual confirma

³⁰Rivero Sánchez, JM y otros. (1998). *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas. S.A., p. 90.

el compromiso ético que este principio significa para el legislador y los efectos que debería tener una correcta aplicación de este carácter del derecho penal.

En virtud de la aplicación de este principio, debe procurarse evitar las conductas que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos, por medio de ramas del Derecho distintas a la penal, por ejemplo, la civil o la administrativa. De manera que se acuda a la sede penal, sólo cuando las otras vías fallen o sean insuficientes.

Esta tesis es compartida por el autor LUIGUI FERRAJOLI (1992) quien expone que *“Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas, evitando, obviamente, el conocido “engaño de las etiquetas” consistentes en llamar “administrativas” sanciones que son sustancialmente penales porque restringuen la libertad personal. Solo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede reestablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal.”*³¹

d) Carácter subsidiario

La naturaleza subsidiaria del derecho penal significa que cuando basten otros medios jurídicos (como la aplicación de sanciones civiles o administrativas), para garantizar el respeto de los bienes jurídicos indispensables para la vida en sociedad o para sancionar su lesión, el sistema penal debe retraerse hasta un plano secundario o subsidiario y abstenerse de intervenir como primer recurso del derecho ante un conflicto o una problemática por solucionar.

El autor RAÚL GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS (2001) señala que el reconocimiento del carácter subsidiario del derecho penal, comporta inequívocamente la ineludible apreciación de la mayor gravedad material, que

³¹ Ferrajoli L. (1992). Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*. (Año 4. Número 5, Mes Marzo a Junio.)

no puramente formal, del derecho penal respecto del derecho sancionador en general. (p.101)

De ahí que el legislador deba abstenerse de incriminar conductas de escasa relevancia ético social o política penal, por meras razones de oportunidad; cuando tiene la posibilidad de darle solución por medio de otras sedes del derecho que son menos lesivas y que no implican tanta violencia en su ejecución.

La subsidiariedad del derecho penal también exige del Estado una propuesta de reintegración de las personas a la sociedad, distinta de su sometimiento al sistema criminal. En estos casos, la supuesta función rehabilitadora de la pena, no puede tomarse como justificación para remitir a la vía penal a las personas que han sido socialmente excluidas.

Sobre este mismo tema, los autores MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2002) exponen que el carácter subsidiario del derecho penal consiste en que su intervención debe darse solamente cuando *"...fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho"* (p.73). Según esta exposición, respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico, la vía penal tendría un carácter puramente sancionatorio y, por tanto, subsidiario.

Así, continúan estos autores indicando que *"...el derecho penal sería simplemente el instrumento sancionatorio de supuestos de hecho cuya regulación correspondería a las demás ramas del Derecho, al derecho civil, al mercantil, al administrativo, etc."*

Lo anterior no significa, de ninguna forma, que el derecho penal esté sujeto a una relación de subordinación o subsidiariedad respecto de las demás ramas del Derecho. Al contrario, al ser parte integrante del ordenamiento jurídico, su relación, respecto de las otras vías del derecho, es de interdependencia.

La subsidiariedad del derecho penal, debe entenderse en el sentido de que no solo la vía penal tiene control sancionatorio en el ordenamiento jurídico. Otras vías como la de tránsito, la administrativa y la disciplinaria, cuentan con penas propias de su naturaleza, con las que se valida y reafirman sus normas ante su vulneración o puesta en peligro.

En estos casos, la sanción penal puede pasar a un segundo plano, en virtud de que la conducta por castigar, puede ser penalizada por una vía menos violenta y gravosa; con lo cual se logra cumplir con los fines que le han sido encomendados al derecho en general, sin causar tanto perjuicio a las personas a las que está dirigida la sanción.

2. El Bien Jurídico

La teoría del bien jurídico y su real significación e importancia como herramienta de construcción de política criminal, solo se podrá comprender si se revisa, aunque sea de forma somera, la evolución histórica que ha tenido el concepto y contenido de este instituto, en las principales propuestas dogmáticas que han ayudado a construirlo.

Distintas vertientes teórico doctrinarias han tratado de delimitar conceptualmente, fijar el contenido o sustrato material del bien jurídico y de establecer cuál es el papel que está llamado a desempeñar en el derecho penal. Cada una de ellas ha puesto de relieve diferentes posiciones de lo que debe entenderse como bien jurídico, lo cual ha influido directamente en la utilidad dogmática y práctica de esta teoría y en su evolución.

a) Evolución histórica de la Teoría del Bien Jurídico

Como lo expone el autor GONZALEZ- SALAS CAMPOS (2001), dos son las posturas predominantes en esta discusión, a partir de las cuales inician y reconducen las demás propuestas teóricas, al punto que este autor afirma que *"Parece que la doctrina del derecho penal estuviera atrapada entre estas dos posturas"* (p.14).

Estas teorías son las expuestas por Karl Binding y la Franz Von Liszt. La posición del primero indica que bien jurídico es todo interés que aparezca ante los ojos del legislador y éste quiera proteger mediante la ley. Por su parte, Von Liszt afirma que, independientemente de lo que el legislador reconozca, será bien jurídico aquel interés que, como condición esencial para la vida en sociedad, la comunidad quiera que se eleve a la condición de bien jurídico.

A pesar del importante marco conceptual que ofrecen estas tesis dominantes, debe advertirse, que la teoría del bien jurídico dista de ser un tema pacífico o unánimemente aceptado. Las divergencias en las múltiples propuestas doctrinarias, en cuanto a lo que debe entenderse como bien jurídico, se mantienen. Idéntica situación ocurre en lo referente a su contenido o sustrato material; la discusión sobre si se trata de derechos, valores, estados o bienes, tampoco se ha agotado.

Algo distinto ocurre en lo relativo a las funciones que está llamada a desempeñar esta teoría. En relación con este punto no hay mayor discusión en aceptar que el bien jurídico cumple, en primer término, una función político criminal, que tiende a limitar el ejercicio del ius puniendi estatal.³²

De lo anterior, y de la exposición de las principales teorías que han influido en el desarrollo de la Teoría del Bien Jurídico, puede colegirse que la evolución de este instituto es un proceso inconcluso y que lejos de haberse agotado las discusiones sobre su concepto, contenido y uso, éstas se han mantenido hasta la actualidad (con las propuestas hechas por autores como Welzel, Hassemer, Roxin y Jakobs), se enfrentan a los constantes cambios socio-jurídicos que sufren las sociedades, en los cuales el derecho penal tiene un papel preponderante.

a.1) Teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach

A Feuerbach le corresponde el título de precursor de la Teoría del bien jurídico, a partir de su exposición en 1801. Se le atribuye ser tributario de la filosofía de la Ilustración y basar su propuesta en la teoría del contrato social.

Como lo expone GONZALO FERNÁNDEZ (2004), el pensamiento de Feuerbach está hondamente influido por la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789. Su posición contractualista está marcada *“por*

³² Por ejemplo, ARROYO GUTIÉRREZ explica: *“La construcción dogmática del concepto de bien jurídico dentro del derecho penal liberal, tiene como fin la imposición de límites infranqueables al Estado para cuando éste desarrolla su potestad represiva. El bien jurídico, dentro de este modelo, se constituye entonces como un requisito despenalizador, como un criterio para la menor criminalización posible de conductas, para el mantenimiento y la mayor extensión de la esfera de autonomía de las personas, cuya contrapartida es la limitación del poder punitivo del Estado.”* Arroyo Gutiérrez, JM. Op. Cit., p. 16.

la idea de que el Estado - a cambio de la cesión de soberanía- debe garantizar y proteger la "libertad mutua de todos"; de manera que resulta sintomática la formulación del delito que, para Feuerbach, constituye una transgresión de límites en el terreno de los derechos individuales" (12)³³

Feuerbach individualiza al derecho subjetivo como objeto de protección penal, de forma tal que el Estado solo podrá intervenir penalmente, cuando exista un delito que lesione algún derecho de los ciudadanos.

Según su concepción, el delito constituye una acción lesiva a un derecho subjetivo de otro, conminada por una ley penal. La acción delictiva se visualiza como una conducta socialmente dañosa que ofende, antes que nada, al Estado como garante de las condiciones de vida en común y determina que este la penalice, aun cuando no se vea directamente afectado por ella. Al mismo tiempo, el autor explica que los objetos de los delitos debían ser únicamente derechos subjetivos, de manera tal que si no se lesionaba ningún derecho subjetivo, no ocurría delito alguno.

Esta definición del delito por parte de Feuerbach, implica una considerable y en ese momento, novedosa, limitación del ámbito de lo punible y una concepción embrionaria de la teoría del bien jurídico, porque en su posición *"la pena solo se justifica como reacción ante una conducta lesiva de los derechos de otro o bien frente a una conducta que ponga en peligro al Estado como garante de las condiciones de vida en común. El orden jurídico es expresión de racionalidad y presupone la libertad individual, a la cual se le confiere un estatuto preciso, a través del principio de legalidad penal"* (p.13)³⁴

La propuesta de Feuerbach crea una barrera contra la arbitrariedad en la delimitación de la responsabilidad penal de la época y protege la esfera específica de la libertad personal frente al poder estatal.

No obstante, GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS (2001) señala como una debilidad en la teoría de Feuerbach, el que existieran acciones que en sí no lesionaban derecho subjetivo alguno, pero que eran igualmente sancionables, como los delitos contra la honestidad. Siguiendo la exposición en estudio, éstos

³³Fernández, G. (2004). *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Buenos Aires, BdF, p.12.

³⁴ Feuerbach citado por Fernández G, Op. cit. p.13.

no debían ser considerados como delitos, ni mucho menos implicar una sanción penal. Sin embargo, el autor salvó esta situación y fundamentó su castigo, considerándolos *Infracciones de policía* y señaló que era posible sancionarlas, aunque no lesionaran derechos subjetivos, cuando *“pusieran directamente en peligro el orden y la seguridad, pues esta misión correspondía a la policía”* (p.6)

Con su exposición, Feuerbach sentó las bases de la *Teoría de la lesión del derecho subjetivo*, fundamento de la posterior Teoría del bien jurídico, constituyéndose el autor, en pionero en el tema.

a.2) Teoría del bien jurídico de Birnbaum

La terminología *“bien jurídico”* fue acuñada por Birnbaum en 1834, a partir de una oposición y crítica a la teoría de Feuerbach. Birbaum expuso el delito no lesiona derechos subjetivos (como lo expuso el autor anterior), sino que lesiona *bienes*. De esta manera, según esta nueva posición, el objeto del delito corresponde a la lesión de un bien determinado y no a un derecho subjetivo.

La concepción del bien jurídico de Birnbaum ha sido calificada como *“trascendente”*(p.15)³⁵, ya que según su posición, los bienes no son creados por el derecho, sino que preexisten a él. Los bienes, dice Birbaum, le han sido dados al hombre por la sociedad o la naturaleza. De ahí, que pueda distinguirse entre delitos sociales y naturales, según la fuente de la que provenga el bien lesionado.

En su teoría, Birnbaum define al delito como *“toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano”* y dichos bienes *“deben ser garantizados de forma equivalente a todos por el poder estatal.”*(p.16)³⁶

A partir de este concepto, se deducen dos importantes conclusiones en la evolución de la Teoría del bien jurídico. Primero, se distingue entre la lesión y la puesta en peligro, lo cual delimita la diferencia entre la consumación y la tentativa de un delito.

Este aporte significa un cambio sustancial en la teoría del delito.

³⁵ Fernández G. Op.cit. p15.

³⁶ Idem. p.16.

En segundo lugar, se desprende una relación directa de pertenencias entre el bien y la persona que es su titular. Con la inclusión de este vínculo, se concreta lo que en la teoría de Feuerbach de los derechos subjetivos, se manejaba en un plano abstracto. Este cambio significó una especie de corrección en los postulados de la tesis que hasta ese momento era predominante.

GONZALEZ-SALAS CAMPOS (2001) critica la teoría de Birnbaun, indicando que en su obra no se encuentra ninguna definición de lo que significaba el bien como objeto de la lesión, por lo cual este concepto debe ser obtenido por deducción. En este sentido, indica que Birbaun solo refirió este concepto como una persona o una cosa, definiéndola vagamente como *“eso que creemos que nos pertenece, o a algo que para nosotros es un bien”*(p.8).

En relación con esta falencia, ALFREDO CHIRINO (2004) señala que *“resulta algo evidente que los bienes jurídicos no solo se refieren a personas o cosas, sino que también se refieren a otros aspectos, como lo indica el mero listado de los bienes jurídicos de cualquier código penal, los cuales incluso se refieren a ideas o conceptos de difícil interpretación para el lego y para el aplicador del derecho como, por ejemplo, el “desarrollo de la psicosexualidad”; pero también ideas tradicionales como la “dignidad”; el “honor”; el “orden público”, etc”* (p.40) ³⁷

Sobre este mismo punto, GONZALO FERNÁNDEZ, agrega que en la teoría de Birnbaun, la definición del bien jurídico siempre necesitará de una decisión política, que limita la función de contrapeso al ius puniendi del Estado que se le venía atribuyendo a este instituto.

a.3) Positivismo jurídico de Binding

En su teoría del bien jurídico, Binding rechazó que este estuviera formulado a partir de criterios de carácter sociológico, de modo que el bien jurídico debía ser creación exclusiva del legislador.

Según esta posición, el legislador busca proteger ampliamente las condiciones que puedan verse afectadas por determinados ataques, que son el objeto que encuentra directamente como necesitadas de protección; por lo tanto

³⁷ Chirino Sánchez, A. (Comps) (2004). *Democracia, justicia y dignidad humana*. San José, Editorial Jurídica Continental, p.40.

son el objeto de protección de la norma. A estos objetos de protección, Binding les llama *bienes jurídicos*.³⁸

El autor deduce de su planteamiento, la definición de bien jurídico, al decir que consiste en *“todo lo que ante los ojos del legislador tiene significación para la vida sana en común”*. Los bienes jurídicos quedaban delimitados en los objetos del poder del derecho, que él identificaba como personas, cosas o situaciones. Estas últimas debían ser condiciones eficaces *“para la vida sana en común”*

Del legislador depende establecer cuáles personas, cosas y situaciones deben reconocerse como condiciones de hecho de la vida sana en común. Una vez aceptados como objetos de protección jurídica del delito, pueden tenerse como bienes jurídicos. En su tesis, Binding le atribuye al legislador un gran poder de normativización. Le confiere la tarea de determinar los bienes jurídicos y sustrae esta labor del conocimiento sociológico.

Esta concepción, GONZALO FERNÁNDEZ(2004) la considera harto permisiva para el Estado ya que *“...el bien jurídico surge de un mero juicio de valor del legislador, quien lo califica o categoriza como tal, sin otro límite que su propia concepción valorativa”*(p.19)

También le critica el hecho de que el bien jurídico no se entiende como un concepto natural, ni como un ente que vaya más allá del derecho o que tenga origen prejurídico; sino que se traduce como una pura creación del legislador.³⁹

a.4) Positivismos naturalista de Franz Von Liszt

La propuesta teórica de Von Liszt responde a una concepción naturalista que se traduce en una necesidad de objetivización de la esencia del delito, el cual, según su parecer, debe salir del plano espiritual y plasmarse en el mundo material. Así, se determina al derecho penal a proteger cosas concretas, objetos del mundo exterior, y ya no solo creaciones abstractas e indeterminadas como los llamados *“derechos subjetivos”*, propias de un mundo ajeno a la realidad en la que se desenvuelve el grupo social.

Von Liszt definió los bienes jurídicos como:

³⁸ Binding citado por González-Salas Campos R. Op.cit., p.17.

³⁹ Idem.

*"...intereses protegidos por el derecho; bien jurídico es el interés jurídicamente protegido; todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico"*⁴⁰

De este concepto se deduce que el concepto material del bien jurídico, Von Liszt lo desprendió de la relación con la vida, de modo que pudo definir la acción delictiva como *"... aquella que arbitrariamente produce de manera causal o no impide una alteración en el mundo exterior"*

A partir de esta perspectiva, el referido autor liga la concepción del bien jurídico, con la idea del fin en el derecho penal. A este último se le atribuye la función de proteger las condiciones de la vida humana en sociedad. En este mismo orden de ideas, la propuesta de Von Liszt le atribuye a la pena una función esencialmente de protección de bienes jurídicos, lo cual corrobora el vínculo funcional entre el derecho penal y el bien jurídico.

Como explica el autor GONZALO FERNÁNDEZ (2004); la teoría propuesta por Von Liszt parte de la premisa de que el bien jurídico no es un concepto exclusivo del conocimiento jurídico; sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección del derecho le confiere, precisamente, la categoría de bien jurídico.(p.21)

Apartándose de la concepción expuesta por Binding, Von Liszt trae a un plano material la cuestión del bien jurídico. Aclara que el bien jurídico no es objeto del derecho exclusivamente, sino un bien de los hombres, constituye *"un reflejo de la realidad en el mundo jurídico"* y da respuesta a la pregunta de cuáles son los bienes que deben ser tutelados para garantizar la vida de las personas en sociedad.

ALFREDO CHIRINO (2004) explica que para Von Liszt, la teoría del bien jurídico tenía una función de límite para el legislador. Sin embargo, agrega que al fundarse este límite en un concepto que dependía de la voluntad del Estado, en cuanto a que es éste, por medio de una manifestación de voluntad, quien

⁴⁰ Von Liszt citado por González-Salas Campos R. Op.cit. p.23

decide qué ha de protegerse, le da una herramienta muy poderosa al Estado para la construcción de una ideología del control penal. (p.43)⁴¹

En este mismo sentido el autor señala, como gran acierto de la propuesta de Von Liszt, que este “*problematizó*” la tendencia del legislador en la construcción de los bienes jurídicos. Pero lamenta, que este autor no se ocupara de explicar y comprender el porqué una determinada sociedad castiga cierto delito y no se explican los parámetros de consideración para que se considere otorgarle tutela penal a determinados bienes jurídicos. (p.44)

b) El concepto del bien jurídico en la actualidad

Al término de la Segunda Guerra Mundial, se abrieron nuevas perspectivas para determinar el concepto de bien jurídico, sobre todo en lo relativo a la búsqueda de criterios que permitieran excluir la tutela penal de comportamientos meramente inmorales o con escasa trascendencia social. En este marco, la doctrina penal europea llevó el concepto del bien jurídico al campo social. Por ejemplo, Von Liszt señaló que el derecho penal solo debe pretender garantizar la convivencia de la vida en comunidad.

Uno de los principales expositores actuales sobre la teoría del bien jurídico, que se enmarca en esta tendencia es el autor Claus Roxin. Su propuesta en torno a esta teoría es que, en cada sociedad, los presupuestos imprescindibles para una existencia en común, se concretan en una serie de condiciones y valores valiosos para ese fin, que son los llamados bienes jurídicos. El derecho penal tiene que asegurar esos bienes penando su lesión en determinadas condiciones, para asegurar y perpetuar la vida social en convivencia.

Junto con esta obligación, asegura Roxin, aparece la necesidad por parte del Estado, de asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social que deben prestar los entes y órganos que constituyen el aparato estatal.

⁴¹ Chirino Sánchez, A. Op.cit., p. 43. Agrega “*Esta ideología serviría, adicionalmente como sustrato justificador del aparato represivo, quien contaría desde ese momento con una legitimación formal que le permitiría desarrollarse dentro del marco de ese tipo de Estado.*”

Esta doble función del derecho penal, permite el desarrollo de la personalidad del individuo, asegura y delimita su convivencia con otros, lo cual permite una existencia humana digna.

En este sentido, Roxin asegura que el legislador no está facultado para castigar cuando no exista una acción que sea lesiva de bienes jurídicos indispensables para asegurar la convivencia social. Por ejemplo, no podría preverse una sanción solo por consideraciones de tipo moralista, porque su lesión no afecta los ámbitos de libertad de ninguna persona, ni significa una disminución sustancial en su capacidad de convivir en sociedad. En consecuencia, la moral no podría tenerse, con esta concepción, como un bien merecedor de la tutela jurídica.

Otro autor contemporáneo que ha dado un gran aporte a la teoría del bien jurídico, es el alemán Gunter Jakobs.

Como explica CHIRINO(2004), JAKOBS plantea que la contribución del Derecho penal al mantenimiento de la configuración estatal y social, consiste en la garantía de las normas. La garantía consiste en que las expectativas de los ciudadanos acerca del funcionamiento de la vida social, y de que ella se realizará en la configuración dada y promovida por la ley, es indispensable y que en el caso de un desengaño o desilusión, esta expectativa no puede ser entregada.

Para JAKOBS, el bien jurídico no es más que "*un estado de las cosas*", positivamente valorado, lo cual es un concepto suficientemente amplio como para referirse no solo a objetos corporales y materiales, sino también a estados y desarrollos. Así, un bien se convierte en bien jurídico, por medio de su tutela jurídica. (p.48) ⁴²

Sin embargo, este autor advierte que hay bienes jurídicos que no le interesan al Derecho Penal. Por ejemplo, la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico.

Por lo tanto, el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques. El derecho no es

⁴² Idem, p. 48.

un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura de la relación entre personas.

De manera que, el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban ayudar al titular a salvarlo. Desde este punto de vista, el bien no ha de representarse como un objeto físico, sino como norma, como expectativa garantizada. Junto con el ordenamiento en función de la tenencia de bienes, que implica para los demás el deber negativo de no lesionarlo y la sanción que significaría su lesión, existen las instituciones positivas: que los padres han de ocuparse de sus hijos; que los jueces deben pronunciar sentencias justas, y no injustas; que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes; que una confianza especial, como la que existe cuando se asume la administración de un patrimonio ajeno, no sea defraudada; que el servicio estatal de emergencias esté en condiciones de operar en caso de necesidad. Lo que se busca es la referencia a la infracción de un papel. Así la causación de la pérdida de un bien per se no significa nada respecto de la competencia por esa pérdida.

En este sentido, JAKOBS (2001) expone que *“Quien no hace nada que contradiga su rol legal, tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien”* (p.28 y 29).⁴³

Para Jakobs, la motivación de la norma ya no tiene que ver con los bienes jurídicos, sino solo con su propia validez y, por tanto, tampoco con valores éticos sociales, sino simplemente con lo que dice el sistema, una pura cuestión procesal formal. Esto es, con la existencia de deberes impuestos por el poder penal. Las normas motivan a integrar a las personas en el deber, si no lo hacen van a ser infieles al deber, en cuanto ellas son parte del sistema, la medida político criminal estará simplemente en la motivación al deber de integración al sistema.

⁴³Jakobs,G (2001) *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 28 y 29.

c) La Constitución Política: Derechos Fundamentales y Bienes Jurídicos

En 1764 Cesare Beccaria escribió: *“Ningún hombre ha hecho el don gratuito de ceder parte de la propia libertad en aras del bien público, las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla, fue pues la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder la propia libertad, nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho. Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos”*.⁴⁴

Se escribió así, el ideal de justicia que pretende cada Estado.

Por un lado, es cierto que los ciudadanos no queremos ser reos del sistema, temerosos de realizar conductas que podrían contravenir el ordenamiento jurídico. Por otro, el margen de libertad que conservemos resulta fundamental para nuestra dignidad, significa que seguimos siendo seres humanos con derechos, los suficientes, para lograr las aspiraciones propuestas. Significa que el Estado respeta y reconoce nuestra condición de ciudadanos. Pero también significa que los ciudadanos confían en que las conductas que lesionen significativamente sus derechos fundamentales serán sancionadas, es una relación basada en la confianza del pueblo en el sistema de estado que escogieron, es la confianza que permite que los pueblos se desarrollen pacíficamente en sociedad, pues saben que cuando se sientan ofendidos el Estado velará por reparar la trasgresión de sus derechos.

Asimismo es la confianza en que el poder punitivo del Estado no es arbitrario ni ilimitado, sino que actúa solo para proteger los derechos fundamentales, al constatar el requerimiento de seguridad de los ciudadanos en ámbitos donde no es posible la libertad o la acción de otras formas de

⁴⁴ Beccaria, C. (2000). *De los delitos y las penas*. (3ª edición), Bogota, Ed. Temis.

organización, donde ya no es posible la educación o la prevención, es donde el Estado impone su poder y su derecho a castigar y resuelve el conflicto surgido como consecuencia del hecho, procurando restaurar la armonía social.

La Constitución Política, recoge el contenido básico de ese acuerdo social, los procedimientos formales de ejercicio del poder: la estructura política del correspondiente Estado y los objetivos que deben perseguirse con ella, lo cual implica que se plasmen principios o valores superiores, derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales, que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos.

De este modo, logran introducirse dentro del sistema político-jurídico unas pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos, de tal naturaleza, que les convierte en referencias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social.

Para González- Salas Campos (2001, p.38), entre otras funciones, la Constitución Política, establece los instrumentos fundamentales del ejercicio del poder político y los límites que los poderes políticos deben respetar en el ejercicio de sus funciones. También, se establecen determinados principios considerados fundamentales que sirven como límite a la intervención punitiva del Estado, pues resulta claro que la constitución no deben regular los comportamientos de los ciudadanos permitiéndolos o prohibiéndolos expresamente, sino sólo establecer los límites que debe tener el Estado en relación con las actuaciones de los particulares.

Ahora bien, el legislador debe, en la realidad, ir más allá de la simple aplicación del silogismo aprendido y alejarse del populismo partidario. Debe realizar un análisis intelectual que le permitirá distinguir ante cada norma que desee promulgar, si es posible que el derecho fundamental que desea reconocer (o que ya está reconocido en la Carta Magna) debe diferenciarse de un bien jurídico penalmente protegido. Este es el centro de nuestra investigación.

Para González- Salas Campos (2001, p.36) una herramienta esencial para diferenciar entre derecho fundamental y bien jurídico, es analizar la función

que cada uno de ellos tiene en su relación ciudadano- Estado, pues tanto los derechos como los valores llegan a posibilitar exigencias del ciudadano frente al Estado por su carácter masivo y universal. Sin embargo, los bienes jurídicos protegidos penalmente, implican sólo una realidad social de los sujetos entre sí y el Estado. Por ejemplo, se afirma, que el derecho fundamental vida establecido en la Constitución es diferente al bien jurídico vida, pues el primero reconoce una exigencia del ciudadano frente al Estado, mientras que el segundo, plasma una realización. En otras palabras, el bien jurídico contiene un mandato a los poderes públicos y un derecho subjetivo del particular para exigir su respeto donde se hubiere violado una relación jurídica concreta. Por ejemplo, cuando se produce el delito de lesiones culposas.

Debe partirse del concepto de que la criminalidad es el resultado de un proceso de selección social, pues como ha dicho GUNTER STRATENWERTH ⁴⁵, al poder defensorio de la sociedad (mediante el legislador) le corresponde decidir dentro de límites relativamente amplios qué comportamientos están permitidos y cuáles prohibidos y punibles.

Toda Constitución de un Estado de derecho contiene prerrogativas fundamentales, cuyo respeto y promoción competen al legislador, pero también, existen otros derechos constitucionales que dan pleno contenido a bienes jurídicos penales, de ahí que se afirme que no todos los derechos fundamentales ni todos los derechos reconocidos por la constitución los salvaguarda el derecho penal.

Cuando se ha cometido un delito, significa que ciertos comportamientos han vulnerado las leyes penales. Se exige una ponderación entre los intereses o valores protegidos penalmente y los derechos fundamentales establecidos por la Constitución. La función del juzgador es dilucidar entre si esa violación realmente vulneró los valores protegidos por el derecho penal y de ser así, su deber es preservar el resto de los derechos fundamentales de los particulares, en contra de la intervención punitiva del Estado. De esta manera, los derechos

⁴⁵ Stratenwerth G, citado en González -Salas Campos R, Op. Cit., p.37.

fundamentales se convierten en límite del *ius puniendi* en su ejercicio sancionador frente al ciudadano.

En este sentido, el primer objetivo de la cultura penal-democrática de la segunda postguerra fue por un lado, restaurar la referencia semántica del concepto de "bien" a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las (o preexistentes a las) normas jurídicas; por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica, aunque solo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales.

Esta identificación del horizonte axiológico de los bienes jurídicos con la constitución considera FERRAJOLI (1992) es un residuo de legalismo ético, aunque se dé en la versión progresista del constitucionalismo ético. Si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre Derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, no puede depender, ni ser condicionada, de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente, prescindiendo del ordenamiento establecido.

Sin embargo, es claro que aquí, entran en juego las diversas concepciones y opciones políticas sobre las funciones del Estado, en el tema del control punitivo y en general, sobre las relaciones entre Estado y ciudadano y entre poder y libertad.

Es claro que en cualquiera de estos dos ángulos se han producido resultados no muy distintos. Gran parte de la cultura penalista del último siglo, elaborando sobre bases jurídico-formales, doctrinas políticas o sustanciales del bien jurídico, llega a concebir el Estado como bien supremo y su interés o su voluntad como valores a priori, transmutando de este modo la legitimación externa con la interna y pasando del positivismo jurídico al estatalismo ético.

En Costa Rica, por ejemplo, hace pocos meses el Ministerio Público consideró posible, no solo la detención de personas en la provincia de Limón, por los bloqueos en carreteras para lograr el reconocimiento de ciertos intereses, es decir, la detención por las llamadas huelgas ilegales, (aspecto eminentemente político) sino que incluso se consideró factible solicitar a la autoridad

jurisdiccional correspondiente, la prisión preventiva por tales hechos, con el argumento de que se obstruía la vía pública.⁴⁶

Poco después, esta figura delictiva fue eliminada de la normativa penal. En el expediente legislativo en el que se promovió su derogatoria como delito, se argumentó que se trataba de una medida represiva, excesiva y desproporcionada, incongruente con un Estado de Derecho democrático como el costarricense.

Es claro, entonces, que una concepción laica y democrática del Estado y del Derecho Penal debe justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los derechos fundamentales de la persona, considerados a su vez, bienes jurídicos protegidos, entendiendo por ofensa no solo el daño sufrido, sino también el peligro en el que hayan estado.

Sin embargo, a pesar de estos riesgos, es nuestra posición⁴⁷ que, con un poco más de madurez jurídica, nuestro país sorteará estos peligrosos actos de intromisión del ejecutivo en el judicial y se comprenderá que si nos regimos en un estado de gobierno democrático de derecho como el nuestro, la determinación del contenido de los bienes jurídicos penalmente protegidos debe darse desde el marco constitucional y con base en este marco constitucional, debe encaminarse la política criminal y las interpretaciones de *lege data* del contenido de la protección jurídica de los delitos.

Como parte de los motivos que expuso el legislador para justificar la derogatoria de este artículo, se estimó que la penalización con cárcel para ciudadanos como agricultores, trabajadores, estudiantes, padres de familia, comunidades enteras, entre muchos otros, que participen en protestas sociales que incluyan bloqueos de vías, implicaba estigmatizar como delincuentes, e insertar en el sistema penal, a personas que de ninguna manera pueden ser

⁴⁶ Obstrucción de la vía pública Artículo 256 Bis. –Se impondrá pena de diez a treinta días de prisión a quien, sin autorización de las autoridades competentes, impidiere, obstruyere o dificultare, en alguna forma, el tránsito vehicular o el movimiento de transeúntes. (Así adicionado al Código Penal de Costa Rica por el inciso f) del artículo 3° de la Ley N°. 8250 del 2 de mayo del 2002).

⁴⁷En igual sentido Rudolphi citado en González –Salas Campos (Raúl) La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Editorial Oxford University Press, 2001, pag.43.

calificadas como tales. Con esta normativa se pretendía desmovilizar las luchas sociales, encarcelando y atemorizando a la población, con ser incluida en un registro de delincuentes y verse afectada en sus oportunidades de trabajo y de estudio.

Otro de los argumentos legislativos en la derogatoria de este delito, es que se desconocía que las personas han tenido que recurrir, en muchos casos, al bloqueo de vías como medida de presión ante la falta de espacios reales de participación en la toma de decisiones y la actitud de una clase gobernante que se ha negado, reiteradamente, a escuchar y atender el clamor popular.

Por otra parte, en la actualidad, tampoco mantiene validez el argumento de que la imposición de una pena de multa genera una situación de impunidad, para quienes obstruyan las vías públicas, y que por eso, es necesario recurrir a la pena de prisión. A partir de la reforma efectuada del artículo 56 del Código Penal por la misma Ley N.º 8250, se estableció un mecanismo eficaz para exigir el cumplimiento de la pena de multa, sin violentar el artículo 38 de nuestra Constitución Política, mediante su sustitución por la prestación de servicios de utilidad pública en caso de incapacidad de pago del infractor. De esta forma, se salva el impedimento que existía para aplicar eficazmente la pena de multa en tales casos.

Finalmente, se expuso que no es encarcelando y tratando como delincuentes a los ciudadanos como va a lograrse fortalecer nuestro sistema democrático. Reprimir y perseguir a quienes exigen ser escuchados por el Gobierno, incrementará la violencia social y el descontento de la población. Solamente generando mecanismos participativos y transparentes de gobierno y de rendición de cuentas, que consideren el sentir de la ciudadanía para la toma de las decisiones trascendentales sobre el futuro del país, es como se logrará reducir este tipo de protestas.

Por todo lo anterior, se decretó la derogatoria del artículo 256 bis y adición de un artículo 390 bis al Código Penal, según Ley N.º 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas con lo cual se dictaminó que el artículo 390 bis se leerá de la siguiente manera: "Obstrucción de la vía pública. Quién, sin autorización

de las autoridades competentes e independientemente del motivo, impida, obstruya o dificulte el tránsito vehicular o el movimiento de transeúntes por las vías públicas, será sancionado con pena de tres a treinta días multa.”⁴⁸

d) Principios Constitucionales que limitan el concepto de bien jurídico

En un Estado Democrático, la labor de los operadores del derecho al impartir justicia, exige que se respeten, por ser derechos esenciales, los cánones sobre la dignidad del hombre y el humanitarismo. De allí que el concepto del debido proceso debe retomarse en este trabajo, pues es el medio, que en palabras del ilustre Dr. Rodolfo E. Piza Escalante, envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendentes a asegurar su vigencia y eficacia.

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material): como el orden, paz, seguridad, justicia y libertad, que se configuran como patrones de razonabilidad.

Una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera, se procura, no solo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además, que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.

Se distingue, entonces, entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines, razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella, y finalmente, razonabilidad de los

⁴⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Proyecto de ley, derogatoria del artículo 256 bis y adición de un artículo 390 bis al Código Penal, ley N° 4573, del 4 de mayo de 1970 y sus reformas.

efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

d.1) Principio de Legalidad

El principio de legalidad en el Estado de Derecho, postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico. A partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre empoderada por el mismo ordenamiento. Normalmente, a texto expreso, para las autoridades e instituciones públicas, solo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado, les está vedado. Así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.

Las exigencias del principio general de legalidad se extreman en el campo del proceso penal, en el que se manifiestan en la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*", recogido en el artículo 39 de la Constitución, que obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no solo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial o procesal. Unos y otras están en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que lo favorezcan, porque el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de

garantizarle un juzgamiento justo.⁴⁹ Con este principio se establecen los requisitos mínimos de validez y legitimidad para imponer una sanción.

La jurisdicción penal tiene una serie de consecuencias que concurren a limitar el ejercicio del poder persecutorio del Estado y a brindar legitimidad a la pena, entre ellas, está la necesidad de que cada descripción penal tenga un bien jurídico protegido.

Sin embargo, respecto del principio de legalidad, los problemas más frecuentes que se presentan a nivel legislativo se refieren, precisamente, a la falta de certeza y determinación a la hora de elaborar las leyes penales sancionatorias, pues muchas veces se pasa por alto que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla. En segundo lugar, no se tiene en cuenta la peculiar naturaleza de las normas jurídicas que son fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción.

Estas normas permiten reconocer con relativa facilidad los casos concretos típicos, pero están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tienen cabida los casos dudosos, incertidumbre en que incurre el legislador cuando no describe la "infracción" o no precisa los elementos de ésta.

Otro de los problemas más frecuentes es el empleo de términos o expresiones demasiado generales, extensas, que da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al campo de aplicación de la norma, se conoce a esta clase de normas con el nombre de cláusulas generales.

Los especialistas las consideran, junto al excesivo empleo de elementos normativos en la elaboración de los tipos legales, como el peligro más importante para el principio de legalidad, al igual que el uso de términos vagos, el empleo de una técnica legislativa insuficiente, la más frecuente es la de recurrir a fórmulas generales, también se emplea la de enumerar una serie de casos con la finalidad de individualizar la acción.

⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1739-92 San José, a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

En este segundo caso, se completa la disposición mediante la adición de una fórmula general que constituye una especie de correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística.

Nuestra ley sustantiva no ha sido la excepción. En el año 2002, se promulgó un artículo en el que se definió delito con base en un término vago, como lo es el de “*animal peligroso*”.⁵⁰

d.2) Principio de Lesividad

En un sistema democrático, el principio básico de la igualdad ante la ley se puede entender en dos sentidos: desde una perspectiva formal, la legalidad de los delitos y de las penas y desde una consideración material, la lesividad de los bienes jurídicos.

En un sistema democrático resulta elemental que los delitos deben definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, porque surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego, la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.

Respecto del Principio de Lesividad, Principio de Lesividad, DÍEZ RIPOLLÉS (1998) ha dicho que: *“El principio de lesividad, que ha marcado históricamente el paso de una antijuricidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social. Plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: Debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales.*

50 Descuido con animales Artículo 130 Bis. Se impondrá pena de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas. La pena será de tres a seis meses de prisión para quien azuzare o soltase un animal peligroso, con evidente descuido. Cuando se causare daño físico a otra persona, como consecuencia de esta conducta, la pena será de seis meses a un año de prisión, siempre que la conducta no constituya los delitos de lesiones ni homicidio. Así adicionado al Código Penal de Costa Rica por el inciso b) del artículo 3 de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002.

Será a través de este principio como se logrará una adecuada distinción entre Derecho penal y moral”⁵¹

En palabras del profesor EL-KHOURY JACOB (1993)⁵², este principio se presenta como una garantía doble para el ciudadano. Es una limitante al Poder Legislativo para construir nuevos tipos penales (y de allí regular nuevas esferas de libertad del ciudadano) y también un límite para el operador judicial, quien en virtud del principio de reserva y de ofensividad no puede aplicar aquellos tipos penales que no tutelen un bien jurídico específico.

Es decir, el *ius puniendi* del Estado está limitado no solo por los elementos del tipo penal, sino que sus límites están impuestos desde la norma constitucional, que obliga a constatar que la conducta lesione, de forma significativa, el bien jurídico que necesariamente debe contener todo tipo penal, ya que una descripción penal sin bien jurídico no puede ser aplicada para justificar una sanción.

De esta manera, como explica FRANCISCO DALL’ANESE (2001):

“...tiene que causarse un daño para que la ley pueda cobijar un hecho concreto. De no causarse lesión, la ley- penal, civil, de administración financiera de la República, contenciosa administrativa, etc. No puede intervenir en una actuación privada. Es decir, el ámbito de aplicación de las normas está determinado por la causación de un daño, y en materia penal, por supuesto, sino se causa un daño no hay delito”. (p.60)⁵³

Ahora bien, como magistralmente lo expone el DR. JUAN BUSTOS RAMÍREZ (1994)⁵⁴, la simple enunciación del principio, no significa su implementación real, pues el principio como tal, es solo un programa de acción.

Más aún, desde un punto de vista conceptual, un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción en cuanto sea

51 Díez Ripollés, JL. (1998). La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* (año 10, número 15, diciembre)

52 El-khoury Jacob, HI. (1993). Bien jurídico y derecho de castigar del estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* (año 5, número 7, Julio)

53Dall’Anesse Ruiz, F. (2001). *Cuadernos de estudio del Ministerio Público número 5 del Poder Judicial*. San José, p.60.

54Bustos Ramírez, J. (1994). Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* (año 5, número 8, marzo)

formalizado. Es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas. Tal es el caso de todas las posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma. En otras palabras, toda norma de por sí, tiene su propio bien jurídico. Es la dogmatización del bien jurídico. No hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática. Se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De allí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal, y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político criminal. Esto constituye una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado.

También desde un punto de vista conceptual, se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos a los cuales está referido. Al distinguirse entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político criminales.

Dicho de otro modo, todas estas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son "propios" o "reales" y los otros son "impropios" o "artificiales". De allí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado sólo debe limitarse a los primeros como, afecciones a la vida, salud individual, libertad, honor, patrimonio; quedando por fuera, por ejemplo, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado.

Resulta, sin embargo, que tanto unos como otros son reales y están referidos a la persona, pues nada se saca con proteger la salud individual si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del ambiente. Hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema, y que son indispensables para que este permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones.

No hay fundamento, por tanto, para aquella clasificación que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a todas y a cada una de las personas de una colectividad o un sistema, y de este modo, desproteger discriminatoriamente a grandes mayorías y reducir la lesividad solo a determinados sectores.

Diferente es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones. Reside en la afirmación de que los bienes jurídico políticos-criminalmente, en un sistema democrático, están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social. Planteamientos que siempre esconden el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector y no el desarrollo de todas y cada una de las personas como tales.

Por otra parte, también se puede distorsionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar en nuestros países el objetivo de seguridad ciudadana o pública. Esto es así, sobre todo, por la sobre dimensión conciente, especialmente en momentos de transición, remarcando solo el problema de la violencia callejera.

Se lleva así, a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se implemente o defina desde esta perspectiva, con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad que solo abarcará determinado sector y dejará sólo como posibles agresores a grandes mayorías que siempre quedan como presuntos peligrosos, y es por eso que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos.

La situación expuesta puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada inseguridad subjetiva es muy fácil de manipular, y por tanto crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva, selectiva, y discriminatoria del sistema penal. Entonces, se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone en primer término la seguridad del orden por encima de la persona y su desarrollo como tal. Luego, la perspectiva política crimen en razón al principio de lesividad se vuelve un desafío.

Hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar sumamente restringido o desvirtuado si son muy pocos los que disfrutan de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos.

d.3) Principio de utilidad o idoneidad

El nacimiento del denominado principio de idoneidad, eficacia o utilidad se sitúa en Von Liszt y aparece posteriormente reflejado también en la obra de Mayer, cuando al establecer los criterios de intervención penal, exigía que el bien jurídico reuniese tres cualidades: 1. merecedor de protección, 2. estar necesitado de protección y 3. ser capaz de protección.

Es, a partir de esta capacidad de protección, cuando se puede hablar de idoneidad o inidoneidad del Derecho penal, capacidad que habrá que valorar teniendo en cuenta todas las condiciones reales del sistema penal.⁵⁵

Consecuentemente, no todos los bienes jurídicos que reúnen las dos primeras cualidades son también aptos o idóneos para ser protegidos penalmente. Por ejemplo: la moral sexual. La misión del Estado no es tutelar moralmente a sus ciudadanos, razón por la cual han desaparecido del Derecho penal moderno delitos como la homosexualidad entre adultos o el adulterio.

Para HASSEMER (2001), la intervención penal en todo Estado de derecho sólo se legitima en tanto proteja a la sociedad y a sus miembros. Si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos, perderá completamente su justificación y por tanto su legitimidad. (p.68)⁵⁶

Así por ejemplo un elemento fundamental para configurar los delitos fiscales es la existencia de una necesidad social digna de protegerse. En este sentido, cobra importancia especial el tema del bien jurídico, pues si no existe

⁵⁵Aguado Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, Madrid, Editorial Edersa, p. 78.

⁵⁶ Hassemer, W, citado en González -Salas Campos R. Op. Cit., p. 68.

un bien jurídico digno de protegerse el resultado fatal será la aplicación de un derecho penal deslegitimado por su inutilidad.⁵⁷

Desde el punto de vista de la utilidad para la justicia, la concepción del comportamiento criminal, no solo debe satisfacer los presupuestos de justicia sino también tener un sentido práctico, es decir útil. De acuerdo con esta concepción, el principio de utilidad tiene como meta actualizar las determinaciones del merecimiento de pena del derecho penal material y verificar si son realizables en las actuales condiciones reales de la administración de justicia penal.

Así, una decisión acerca del merecimiento de la pena puede ser justa pero en ocasiones inútil, pues es factible que tenga más consecuencias negativas que positivas, pues como reiteramos, el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito. Debe evitarse su intervención cuando político-criminalmente se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos.⁵⁸

El principio de utilidad se considera un principio de rango constitucional derivado del Estado Social de Derecho. Si el Derecho penal de un Estado Social se legitima solo en cuanto protege a la Sociedad, perderá su justificación si se determina que ha intervenido de forma inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.

3. El Bien Jurídico en la Teoría del Delito

En el siguiente apartado, basándonos en las posturas de grandes doctrinarios, pretendemos demostrar que el bien jurídico incide sobre cada uno de los estratos categoriales del sistema del ilícito, atraviesa toda su estructura: tipo, injusto y culpabilidad. Por consiguiente, gobierna en forma integral la teoría de la imputación.

⁵⁷Martínez Pérez, C. Idem.

⁵⁸Hassemer, W. Idem.

a) Tipicidad y afectación del bien jurídico protegido

La tipicidad exige, un juicio de adecuación o subsunción de la conducta al tipo delictivo.

En este primer nivel del juicio de imputación, se debe verificar la exacta correspondencia entre el comportamiento del sujeto y la descripción abstracta de conducta, establecida en el tipo legal.

El primer paso en el proceso de atribución de responsabilidad penal (la valoración inicial que debe formular el intérprete para estructurar un juicio de imputación), le exige comparar y someter la conducta al primer predicado de valor de la definición sintética del delito, examinando si se trata de una conducta típica, susceptible de ser subsumida bajo la descripción literal del tipo.

Normalmente, casi toda la doctrina afirma, que aquí se agota el juicio de tipicidad y que, luego de constatado que el comportamiento es típico, procede avanzar directamente hacia el segundo nivel de análisis valorativo, corroborando si esta conducta típica resulta, además, antijurídica.

Para GONZALO FERNÁNDEZ (2004, p.160), ello no es suficiente para dar por concluido el juicio de tipicidad, que según el impone verificar en estricta prelación lógica, la posible subsunción típica de la conducta al modelo descriptivo de la figura legal y, en segundo lugar, exige comprobar si ese comportamiento adecuado al tipo afecta también, o no, el bien jurídico protegido.

El juicio de tipicidad reclama, entonces, una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más el juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica, para afectar el bien jurídico tutelado por la norma.

Con el juicio de correspondencia comparativa, la fundamentación de la tipicidad no queda aún completa. Dicho de otro modo, la tipicidad penal solo se concluye luego de un juicio de subsunción, adicionado a un juicio de lesividad potencial (afectación) del bien tutelado por la norma.

El bien jurídico en el estadio de tipicidad, deberá constatarse por medio del intérprete del derecho, si el comportamiento analizado tiene suficiente entidad para afectar, al menos potencialmente, el bien jurídico.

Ahora bien, tanto la tipicidad cuanto la afectación del bien jurídico constituyen ambas meros indicios⁵⁹, necesitados de confirmación ulterior. Si esta confirmación ocurre, entonces el comportamiento, además de típico, deviene también antijurídico, o sea, se subsume en un tipo de injusto, y del mismo modo, aquella primigenia afectación del bien protegido se reconvierte, ahora sí, en una lesión efectiva de éste. Así, la conducta es típica y contraria a derecho, provocando la lesión (no justificada) del bien tutelado por la norma penal.

Así concebido, el primer escalón del juicio de tipicidad (la subsunción) posee un cierto carácter formal, ya que se resuelve en un juicio cognitivo de comparación o correspondencia. La sola excepción vendrá de la mano de los elementos normativos del tipo, cuando los haya, donde el intérprete está forzosamente obligado a valorar, ya desde un plano de fondo, si se cumple el elemento normativo; por ejemplo, si el bien sustraído es ajeno a quien se apoderó de él.

No obstante, la eventual presencia de un elemento normativo dentro del tipo legal, no altera realmente las conclusiones precedentes. En los casos de insignificancia, por ejemplo, la constatación positiva de la ajenidad del bien sustraído no modifica el juicio valorativo acerca de la no afectación del bien jurídico, al cual, de todas formas, no alcanza a rozar esa conducta penalmente insignificante.

Los siguientes puntos, son supuestos en los que, a pesar de existir tipicidad formal, no hay afectación al bien jurídico protegido. En estos casos, compartimos con el autor, contrario a cómo se resuelve en la práctica en nuestro país; con la aplicación del instituto procesal del criterio de oportunidad) la conducta debe ser tenida por atípica (inadecuada al tipo) y con ello se cierra la

⁵⁹ La función indiciaria de la tipicidad ha sido afirmada por WELZEL, citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 161.

calificación jurídico-penal, sin ingresar siquiera al análisis subsecuente de la antijuridicidad y, mucho menos, al examen acerca de la culpabilidad del sujeto.

a.1) El principio de insignificancia

Una primera categoría de supuestos, pese a la subsunción típica, corresponde concluir, no obstante, en la atipicidad penal de la conducta, está dada por las hipótesis de insignificancia. En tales casos, a pesar de la tipicidad o subsunción formal, el comportamiento no logra siquiera afectar el bien jurídico bajo tutela penal.

El llamado principio de insignificancia, enfáticamente planteado por ROXIN (2006, p.95), constituye un criterio de atribución al tipo, que dice relación, no con la adecuabilidad de la conducta a la descripción abstracta de la ley, (operación intelectual que sí sería posible fundamentar) sino con el ataque al bien jurídico.

Vale decir, se trata de un acto formalmente subsumible a la descripción legal, pero de entidad objetiva insignificante, sin idoneidad o potencialidad suficiente para afectar el bien jurídico, a pesar de la correspondencia con el modelo abstracto de conducta punible.

Este criterio valorativo de atribución al tipo que desestima la tipicidad de todas aquellas conductas poseedoras de una entidad objetiva mínima e insignificante para afectar el bien tutelado (p.163)⁶⁰.

Para ROXIN (2006, p.73), una interpretación restrictiva del tipo, analizándolo bajo el lente del principio de legalidad actualizaría la función del Derecho penal y su carácter fragmentario, pues atraparía sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico.

En ese sentido, ZIPF ha llegado a sostener "*la divergencia entre el concepto formal y el concepto material de delito*", la cual se funda en aquellos supuestos donde "*una acción formalmente típica perjudica materialmente en el caso concreto sólo en grado insignificante al bien jurídico protegido*", y entonces, por tratarse de formas de conducta que típicamente solo comportan carácter de injusto de

⁶⁰ ZIPF, citado en Fernández G. Op. Cit., p.163.

bagatela, “no se subsumen en el concepto material de delito y, con ello, no son objeto de penalización admisible” (p.164)⁶¹.

Muchos autores renuncian a la punibilidad del hecho insignificante por puras razones político-criminales de merecimiento de pena, dado que, en tales casos, la sanción penal violentaría la proporcionalidad ante una afectación ínfima del bien jurídico.

A su vez, otras posturas doctrinales se apoyan en argumentos de índole procesal, vinculados a la necesidad de eliminar la sobrecarga que padece la Administración de Justicia y lograr, una mayor eficacia en los sistemas de enjuiciamiento.

En ambas orientaciones, al realizar el examen de tipicidad, se parte de la base de la tipicidad del hecho insignificante; y no lo que generalmente se cree, que es partir de que existe una subsunción típica y que la conducta respectiva constituye un delito, sólo que de tono menor, de carácter leve, y por tanto, imperseguido.

Si la adecuación típica se perfecciona con la afectación del bien jurídico, y cuando esta afectación no se verifica, nos hallamos ante una causa de atipicidad penal. Constituye un criterio de restricción del sentido literal del tipo o un criterio de exclusión del tipo. La afectación del bien jurídico designa, en efecto, un elemento valorativo central de la teoría de la imputación (p167)⁶², la cual, que constituye el punto de conexión esencial de todo el sistema del hecho punible.

a.2) La adecuación social de la conducta

Una segunda hipótesis de atipicidad penal, fundada también en la falta de afectación del bien jurídico, la aportan los supuestos de adecuación social de la conducta o de realización de un comportamiento socialmente adecuado.

La teoría de la adecuación social, se remonta a WELZEL, e indica que quedan fuera del concepto de injusto todas las acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido, a las cuales llama

⁶¹ Idem, p.164.

⁶² Hohenleitner, citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 167.

acciones “socialmente adecuadas”. Una acción socialmente adecuada se mueve por completo en el marco del orden ético-social normal, en el marco históricamente generado de la vida comunitaria, y está vinculada de tal modo con nuestra vida social, que debe ser considerada como completamente normal. (p.168)⁶³

Dentro de las múltiples formas convertidas en tipos penales, se deben excluir las conductas que en atención a su adecuación social quedan erradicadas y privadas de tipicidad.

WELZEL distingue entre la adecuación social y las causas de justificación. Señala que “... como ámbito normal de libertad de acción social, se diferencia la adecuación social de las causas de justificación, porque éstas conceden también una libertad de acción, pero de naturaleza especial: se trata de un permiso especial, de una autorización para realizar acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas” (p.170)⁶⁴.

El autor GONZALO FERNÁNDEZ (2004, p.171) considera que una conducta socialmente adecuada es atípica. Una conducta penalmente justificada es socialmente inadecuada y típica, solo que excepcionalmente permitida por el derecho. Mientras que en la adecuación social no media afectación del bien jurídico, en las causas de justificación no media lesión de aquél, o mejor aún, se trata de una lesión del bien jurídico excepcionalmente autorizada por un tipo permisivo, que consecuentemente queda eximida de pena.

Por ejemplo, la participación en el tráfico moderno, vial y aeronáutico, las lesiones insignificantes, los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada aunque resulten ruinosos, son ejemplos de conductas socialmente adecuadas y, por tanto, atípicas. Estas son conductas en las que se encuentra implícito el concepto de riesgo permitido y, por ende, puede tomarse a la adecuación social como el género y al riesgo permitido como la especie.

Se trata siempre de un criterio de interpretación, más concretamente, de un criterio de atribución al tipo, el cual determina la exclusión de la tipicidad, por falta de afectación del bien jurídico tutelado.

⁶³ Welzel, Idem, p. 168. En igual sentido Roxin, C. Op. Cit., p. 73.

⁶⁴ Idem, p. 170.

El común denominador de todos los supuestos de adecuación social y también de todas las constelaciones de casos subsumibles bajo el riesgo permitido, es la indemnidad del bien jurídico-penal, o sea, su no afectación.

La adecuación social y la insignificancia, constituyen un criterio de atribución al tipo. Como lo indica BETTIOL, “...no debe creerse que las figuras típicas delictuosas sean esquemas en oposición con la historia, o figuras geométricas que vivan en un mundo ideal, sin nexo alguno con el mundo social en que el derecho desarrolla su eficacia” (p.172)⁶⁵.

Por ejemplo, no resulta lógico pensar que la lesión producida por el cirujano a través de la incisión quirúrgica, sea un hecho típico pero justificado. Su descarte, como posible hecho punible, se producirá en el nivel de la antijuridicidad. Por adecuación social, esta conducta no admite, de entrada, la subsunción bajo la figura legal.

En palabras de FERNÁNDEZ (2004, p.172) la adecuación social constituye entonces, por cuanto viene de decirse, un criterio normativo que excluye la atribución al tipo de conductas socialmente admitidas, que no afectan ni lesionan el bien objeto de tutela penal. Es, pues, un criterio interpretativo, de corrección o restricción del sentido literal de los tipos penales, que surge de la conexión entre la ley abstracta y la realidad del mundo de la vida social.

b) Antijuridicidad y lesión del bien jurídico protegido

La antijuridicidad es el sector de las soluciones sociales de los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo.

Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión, se trata considera Roxin (2006, p.59), siempre de la regulación socialmente justa de intereses contradictorios.

⁶⁵ Bettioli citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 172.

b.1) La lesión del bien jurídico como expresión de la antijuridicidad material

Se considera que el injusto importa la lesión del bien jurídico penal, de manera que, el principio de ofensividad o lesividad viene a traducir, en última instancia, un significado de antijuridicidad material del acto típico.

Si en el tipo partimos de la premisa de que la subsunción legal importa de por sí una afectación del bien jurídico, en el segundo nivel de la estructura del ilícito, la antijuridicidad no puede ser vista sólo como una relación de contrariedad formal a derecho, más allá de que, etimológicamente, lo antijurídico significa, contrario a derecho, realizado en infracción a la norma.

La antijuridicidad formal es una valoración *prima facie*, y toma en cuenta que el comportamiento infringe un deber de acción u omisión contenido en una norma jurídica, la cual establece mandatos o prohibiciones. Desde luego, así entendido, el juicio de antijuridicidad no difiere en demasía del juicio de tipicidad.

VON LISZT fue el pionero en distinguir entre esa mera antijuridicidad formal y un concepto de antijuridicidad material, argumentando que esta última es la que denota la verdadera antisocialidad del comportamiento punible (p.175)⁶⁶.

b.2) De la "afectación" a la "lesión" del bien jurídico

El juicio de antijuridicidad determina si, por las particularidades del caso concreto, el comportamiento del sujeto es subsumible en un tipo permisivo, al cual también se le conoce como causa de justificación o causa de exclusión de la antijuridicidad. Aparece con la estructura interna propia de cualquier tipo. Contiene un tipo objetivo que describe objetivamente la situación justificante y al mismo tiempo un tipo subjetivo, al cual se le llama elemento subjetivo de justificación, que consiste, por lo menos en su acepción más restringida, en el conocimiento de la situación justificante.

El sistema de enlace tipo-antijuridicidad funciona con el esquema regla-excepción: regla, una conducta típica es a la vez, contraria a derecho.

⁶⁶ Liszt citado en Fernández, G. Op. Cit., p.175.

Excepcionalmente, por motivos político-criminales que atienen a situaciones especiales de colisión de intereses, la incidencia del tipo permisivo contrarresta ese efecto indiciarlo provisional y excluye definitivamente el carácter antijurídico de la conducta.

Por lo tanto, hablar solo de afectación del bien jurídico en el juicio de tipicidad, y reservar en cambio el término lesión del bien jurídico para el juicio definitivo de antijuridicidad penal, no es un simple juego de palabras ni un capricho lexicográfico.

La fundamentación positiva de la tipicidad y la constatación de que la conducta afecta el bien protegido, no habilita todavía para afirmar que haya sido lesionado. Para concluir, en la lesión del bien jurídico (tanto a través de una modalidad de daño, cuanto de puesta en peligro), es menester realizar el segundo juicio valorativo, en el nivel de la antijuridicidad. Sólo cuando esa afectación del bien jurídico no aparezca excepcionalmente autorizada o permitida a través de un tipo de justificación (tipo permisivo) podrá, entonces sí, sostenerse con propiedad que media, ya no una simple afectación, sino una lesión efectiva (no autorizada) del bien objeto de protección jurídico penal.

En orden al bien jurídico, la primera valoración pondera la entidad objetiva de la conducta, verificando su significación material y su inadecuación social. La segunda valoración descarta justificar, constatando que el comportamiento no es subsumible en un tipo permisivo y, por consiguiente, que no se trata de una afectación al bien jurídico excepcionalmente autorizada por el ordenamiento legal.

Si una conducta típica supone, ya de por sí, la afectación del bien jurídico protegido, ¿qué resta para determinar si ésta constituye una lesión de él? ¿Cuál es, en verdad, la diferencia?

Una afectación del bien jurídico determina, en términos valorativos y no causales, el daño o peligro potencial que el hecho provoca. Describe la idoneidad o aptitud de la conducta homologa para lograr semejante resultado. Para encuadrar esa afectación en un concepto de lesión, que ya es un concepto vinculado a la antinormatividad de aquella, es preciso realizar una segunda

operación intelectual valorativa: tamizar la afectación del bien jurídico por el filtro ulterior de la justificación.

Para FERNÁNDEZ (2004, p.178), solo cuando verifiquemos que se trata de una afectación contra ius, no autorizada a título excepcional por el ordenamiento jurídico, podremos concluir que configura efectivamente una lesión jurídica, o sea, que el bien protegido no solo afectado, sino que también se lesionó por el sujeto.

En el sistema de la antijuridicidad, el ordenamiento jurídico resuelve conflictos de intereses, apelando a la protección de aquel interés preponderante o prevalente, de entre los varios que se hallan potencialmente en juego. La resolución de este conflicto de intereses se resume, indefectiblemente, en un principio o una respuesta de carácter político-criminal, cuyo fundamento último reside en la necesidad o innecesariedad preventivo-general de imposición de pena.

Si el derecho penal está llamado a intervenir, como ultima ratio del control social, únicamente en aquellas hipótesis de intolerable lesividad social de las conductas, ese fundamento impregna con criterios de política criminal y de prevención general todo el sistema dogmático del hecho punible.

Según ROXIN (2006, p.113) esto es un problema político criminal en el tanto se acepte que no sólo las consecuencias jurídicas, sino también la decisión sobre el sí de la pena pertenece al ámbito de la política criminal, que es sólo una parte de la política social general y que debe interpretarse en el contexto del complejo instrumental de los mecanismos de regulación político sociales.

c) La Culpabilidad y El Bien Jurídico Protegido

El tercer estadio de la teoría del delito se refiere a la culpabilidad. Según los doctrinarios más relevantes como Claus Roxin y Gonzalo Fernández, el juicio de culpabilidad, permite pasar del análisis general del injusto, al estudio particular de la conducta del sujeto que cometió un hecho delictivo. En este apartado, se expondrán, de forma breve, los parámetros para determinar si a ese individuo, le era exigible una conducta diferente y en qué grado le era

posible actuar de forma distinta, tomando en cuenta sus condiciones personales.

c.1) Función motivadora de la norma

La norma penal es, además de una valoración, un imperativo o norma directiva, destinada a motivar al ciudadano, prohibiéndole delinquir. Es decir, la norma penal configura, simultáneamente, una norma objetiva de valoración y una norma subjetiva de determinación, en tanto expresa un mandato o prohibición que, a modo de directiva, trata de determinar la conducta de su destinatario y desencadenar en él un proceso psicológico, que le induzca a respetar el bien jurídico protegido por la norma (p257)⁶⁷.

Ahora bien, si el derecho es un medio de control social y, eventualmente, de socialización sustitutiva y si opera mediante instrumentos simbólicos (las normas) para preservar un núcleo mínimo de valores sociales generalizadamente compartidos por la comunidad, la base de todo, está en medir el posicionamiento y el grado de internalización de dichos valores por parte del sujeto, precisamente en función de su inserción dentro de la estructura social, a fin de poder establecer si y hasta dónde este es culpable.

De tal modo, la proyección principal que posee la teoría del bien jurídico respecto de la estructura categorial del delito se despliega, fundamentalmente, en el terreno de la culpabilidad penal.

Los bienes jurídicos, aun tratándose de valores iushumanistas de alcance universal, no pueden considerarse accesibles a todos por igual; es decir, de idéntica e inalterada disponibilidad erga omnes.

Precisamente, en el esquema estructural del ilícito penal, la culpabilidad suministra la variable de ajuste, el elemento correctivo que permite registrar las diferencias en el nivel de socialización de los individuos y las diferencias subsecuentes de exigibilidad penal, haciendo así realidad efectiva la idea de que el principio de igualdad sólo se respeta cabalmente, tratando en forma desigual a los desiguales.

⁶⁷ Serrano Maillo citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 257.

Esto plantea, que toda culpabilidad se genera por la realización del injusto, por supuesto, pero es siempre una culpabilidad de autor, un juicio de exigibilidad respecto del sujeto, que corresponde formular en forma individual o personalizada.

c.2) La evitabilidad

A la norma penal puede atribuírsele una función motivadora, considerando que el hombre es un sujeto motivable de acuerdo con su raciocinio, capaz de aprehender mensajes y organizar su conducta conforme a fines. Esa característica implica la posibilidad de comprensión del mensaje normativo, que, al fin y al cabo, reitera mensajes ya emitidos durante su vida en convivencia social.

Además de la posibilidad de comprensión del mensaje normativo, el entendimiento del "efecto de llamada" de la norma, la motivación humana requiere de la libertad. Sólo sobre la libertad puede predicarse la evitabilidad del injusto, asumiendo que el sujeto posee, al tiempo de la realización del ilícito, un poder de actuación diferente (alternativa).

La idea de libertad, que presupone al hombre como agente moral capaz de alterar el curso de los acontecimientos, no está supeditada a la comprobación empírica del libre albedrío, sino al concepto de expectativa, tantas veces manejado por el funcionalismo sistémico en derecho penal.

La vida social precisa de normas que regulen la interacción de los individuos. La norma requiere, como presupuesto, la libertad del sujeto. En el derecho penal, se ha exagerado la proyección de debate metafísico entre libertad y determinismo, como no ha ocurrido en ningún otro sector del derecho, a pesar de que, por cierto, la ausencia de libertad demostrable repercutiría de igual manera en el derecho civil, comercial o administrativo.

Así como presupone el poder de autodeterminación, también el derecho penal organiza supuestos donde opta por una solución exculpante, a partir de presunciones y, en el fondo, de expectativas homólogos de ausencia de autodeterminación.

Este es el caso paradigmático de la inimputabilidad. A partir, por ejemplo, de la constatación de la enfermedad mental, sin detenerse a analizar en forma empírica y retrospectiva, al momento del acto, si el individuo tuvo o no poder de actuación diferente, el derecho penal declara la irresponsabilidad sobre la base de una suposición de ausencia de poder medio de obrar según la norma.

Así, la culpabilidad puede ser comprendida como una respuesta de exigibilidad normativa y su contenido material puede ser apreciado como la exigible evitabilidad de la realización del injusto.

c.3) La participación frente al bien jurídico protegido

La culpabilidad penal es un juicio de exigibilidad y ésta ya no puede ser referida a la imagen de un hombre medio, considerado en abstracto, o sea, un estándar jurídico, sino que ha de ser atribuida al sujeto individual, determinando si es responsable a partir y en la medida de su oportunidad de acceso al bien jurídico protegido.

Los bienes jurídicos no pueden tomarse, a priori, como valores accesibles a todas las personas por igual, como valores de idéntica accesibilidad. Proceder en tal sentido importaría quedarse con un modelo antropológico individualista en la base del juicio de culpabilidad, aislando la acción humana objeto de valoración, sin considerar la importancia que merece recibir, para aprobar de una conducta, la socialización de la cual es portador el sujeto actuante, así como los comportamientos intersubjetivos que explican e inciden sobre el referido comportamiento (p.271)⁶⁸.

Precisamente, en el esquema estructural del ilícito, la culpabilidad suministra la variable de ajuste en materia de imputación de responsabilidad. Ella permite registrar las sensibles diferencias que suelen darse en el nivel de socialización de los individuos y, a punto de partida de esa divergencia, posibilita determinar distintos niveles de exigibilidad, que servirán no sólo para

⁶⁸ Lenk citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 271.

fundamentar la sanción, sino también para graduar proporcionadamente la entidad de la pena.

Por una parte, esa perspectiva logra poner en práctica el principio de igualdad. Correctamente interpretado, obliga a tratar en forma desigual a los desiguales. En efecto, el principio de igualdad no supone otorgar a todas las personas un trato uniforme, sino un trato no discriminatorio. Y la no discriminación es la justificación del trato desigual.

El derecho penal no puede dar por supuesta la uniformidad, sino que debe considerar, por fuerza y en cada caso, hasta dónde el grado de socialización del infractor de la norma le ha permitido asumir, internalizar y tener a disposición los valores protegidos, es decir debe considerarse que los bienes jurídicos no está frente al círculo de destinatarios de la norma en idéntica de relación de disponibilidad.

El Estado democrático debe garantizar al sujeto que no ha sido capaz de integrar socialmente por sus propias carencias y contradicciones, que tampoco le va a exigir lo mismo cuando cometa un hecho delictivo en cuya ejecución se aprecie la influencia, directa o indirecta, de ese déficit de socialización. De otro modo, se estaría vulnerando seriamente el principio de culpabilidad, que se complementa con el valor superior de la igualdad (p.273)⁶⁹.

Entonces, la accesibilidad al bien jurídico depende de la inserción del sujeto en la estructura social, del rol que el sistema social le ha asignado y, como bien aduce BUSTOS RAMÍREZ (p.274)⁷⁰, del proceso de formación de su conciencia. Este no es un proceso exclusivamente biológico, sino de adquisición histórico-social, subordinado a la calidad de actor social que el sujeto posee. Principalmente si pensamos en un derecho penal para Latinoamérica, un continente fracturado por condiciones crueles de marginalidad estructural, con elevada incidencia criminógena.

Si la actuación conforme a la norma depende de su eficacia motivante en función de la posibilidad de motivar al destinatario y, si las posibilidades de motivación, según la norma se perjudican o minimizan sensiblemente, a

⁶⁹ García Rivas citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 273.

⁷⁰ Bustos Ramírez, Idem, p. 274.

consecuencia de la condición marginal en que se encuentre el sujeto.⁷¹, la marginación social se convierte entonces en un proceso objetivo, en el cual se desarrolla la desviación social, como proceso subjetivo⁷².

La vida humana, por ejemplo, es el bien jurídico de más elevado valor para el derecho penal e incontrovertible. Nadie se atrevería a discutirlo como un bien jurídico merecedor de protección penal. Se supone además, que se trata de un bien cuyo rango posibilita una fácil internalización del valor humano subyacente.

Pero aun ese valor supremo, la vida humana, admite matizaciones desde la perspectiva del destinatario. En el caso de un niño socializado en el barrio pobre de alguna ciudad latinoamericana, que ha crecido viendo cómo los adolescentes son contratados en calidad de sicarios para matar por pocos dólares a una persona, no se puede pretender que desarrolle, a raíz de ese fragmentado proceso de socialización, la misma internalización del valor y el respeto que merece la vida ajena, que hará otro niño de su edad, perteneciente a una clase acomodada, educado en otro medio socio-familiar y escolar, quien podrá introyectar sin dificultades el valor.

Si eso no se toma en cuenta por el derecho penal, si éste no atiende la situación de violencia estructural del sistema a la hora de valorar la exigibilidad de respeto a la norma (exigibilidad de motivación), incurrirá en una flagrante injusticia.

Del mismo modo, hay que entender el tema de las comunidades indígenas y la diversidad cultural, donde la reconocibilidad y participación en el bien jurídico se torna a veces problemático, poniendo en cuestión la vigencia del derecho penal estatal en poblaciones a las cuales, en los hechos, no les alcanza el Estado.

Es decir, la culpabilidad está subordinada a la motivación, la cual depende del grado o nivel de participación valorativa del sujeto en el bien

⁷¹ La marginación social, no es nunca un asunto individual o privado, si no una manifestación de una falla en el sistema dominante de la sociedad en la que se encuentra (mal insertada o virtualmente excluida) la persona marginada, así Germani, *Idem*, p. 275.

⁷² López Hernández, *Idem*, p. 275.

jurídico protegido por la ley, lo cual se deriva de la relación de disponibilidad para con el bien jurídico.

El problema de la exigibilidad no pasa sólo por la cognoscibilidad de la ley, sino también por las posibilidades de motivación, sin que se produzca ese fenómeno anómico de alejamiento entre el ciudadano y la norma, que anula toda función motivadora. Imputar personalmente el comportamiento a quien no estaba en condiciones de ser motivado, supone desconocer que la atribución de responsabilidad penal únicamente puede ser consecuencia de un comportamiento autorresponsable, de una decisión del autor.

De esta forma, el tema del bien jurídico juega un papel preponderante en la determinación de la exigibilidad penal.

c.4) Exigibilidad de conducta alternativa y graduación de la responsabilidad

Con lo expuesto queremos indicar que el bien jurídico se interna por la teoría de la culpabilidad y nos conduce al ámbito de la exigibilidad penal, a un estadio de valoración individual de la conducta, por oposición a la antijuridicidad, que la contrasta con la norma desde un punto de vista general.

La culpabilidad, proporciona al aplicador de la ley, la variable de ajuste: a mejor inserción social (esto es, mayor grado de participación en la relación social y en los bienes jurídicos protegidos), habrá un nivel mayor de exigibilidad penal y una también mayor imputación de culpabilidad, que se reflejará proporcionalmente en la cuantía o grado de la pena. (p.278)⁷³

Si el derecho penal es una fórmula de cohesión social para evitar conductas gravemente desestabilizadoras del sistema social y, a tales efectos, configura la realidad mediante esquemas comunicativos, pues entonces, el juicio de culpabilidad es, inequívocamente, un juicio "acerca de la capacidad de seguir tales esquemas" (p.279)⁷⁴.

Un esquema valorativo, del tipo "tal bien jurídico debe ser protegido en nuestra sociedad", forma parte, a su vez, del esquema cognitivo que acompaña desde su nacimiento al hombre, a través de un proceso de aprendizaje racional.

⁷³ Fernández, G. Op. Cit., p.278.

⁷⁴ Cuello Contreras, citado en Idem, p. 279.

Allí incide, precisamente, el proceso de socialización, como motor para internalizar valores de sociabilidad, que tienen el reaseguro de la conminación penal.

La imputación de culpabilidad es personal, que no se contenta con patrones medios de conducta. Atribuir culpabilidad, significa formular un juicio de exigibilidad individual, considerando la posibilidad de motivación y de actuación del autor.

Un concepto individual de culpabilidad que, sin perjuicio de haber partido como presupuesto de la atribución al sujeto de un poder medio de actuación conforme a la norma, atienda simultáneamente a las posibilidades y capacidades del autor concreto: su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, etc. Porque las relaciones sociales son determinantes para la valoración de culpabilidad y, así, la carencia de medios, el paro laboral, la emigración, el desconocimiento del idioma, la falta de integración social, la frustración familiar, el abandono juvenil, las deficiencias educativas, la inadaptación, la marginación, la ausencia de medios alternativos al hecho, etc., son todos elementos de valoración en el ámbito de la culpabilidad, pues “la desigualdad entre los hombres ha de ser atendida por la categoría considerada, si se pretende que se incorpore al delito el pensamiento de que no sólo ha de tratarse lo igual como igual, sino también lo desigual como desigual” (p.279)⁷⁵

La culpabilidad, ha proclamado BUSTOS RAMÍREZ con todo acierto, es exigibilidad, ella mide cuánto puede exigirle el sistema social al sujeto, o sea, qué grado de motivación y actuación conforme a la norma, según las oportunidades de participación social que le haya concedido (p.280)⁷⁶.

Dentro de la concepción normativa de la culpabilidad, el componente fundamental es el reconocimiento de la exigibilidad, que por decirlo así, contrabalancea y sirve de contrapeso al deber de motivación.

Determinar la exigibilidad, implica una comprobación cognitiva y normativa, que se realiza a través del empleo de elementos de valor y está

⁷⁵ Torío López, citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 279.

⁷⁶ Bustos Ramírez, Idem, p. 280.

estrechamente vinculada a la posibilidad de conciencia de la antijuridicidad, según el nivel de inserción del sujeto y la relación de disponibilidad que le ofrece el bien jurídico protegido.

MUÑOZ CONDE ha dicho que la perversión del bien jurídico, cuando se define como tal, es un valor que no es fundamental para la convivencia social. Impide por razones de marginalidad la función motivadora de la norma (p.281)⁷⁷. Por ejemplo: un individuo que no “participa” como actor en los valores de relación social, minimiza la relación de disponibilidad para con el bien jurídico.

Suele incurrirse en el equívoco que el concepto de relación de disponibilidad no equivale a disposición material efectiva de los bienes (por ejemplo, los patrimoniales). Relación de disponibilidad significa posibilidad de participación en el valor protegido y sentir esa sensación de “suyo”, que posee el ciudadano adecuadamente integrado al sistema social.

Relación de disponibilidad implica, en resumen, internalización del bien jurídico como valor relevante de la relación social, la expectativa de poder servirse de él, de tenerlo disponible, y la actitud básica de respeto asentido hacia ese valor.

Nada de esto se verifica en los casos de marginación social, en los que la relación de disponibilidad para con el bien jurídico se encuentra severamente perjudicada a raíz de la posición de exclusión social.

Allí la exigibilidad penal es menor, pues precisamente, “es en relación con estas situaciones donde se instala hoy la pregunta acerca del papel y la disponibilidad del derecho por parte de los ciudadanos”, desde que el derecho fue concebido, a partir del desarrollo de la modernidad, “como un mecanismo paradigmático de integración social a través del cual los hombres, aunque formal y declarativamente, podían reconocerse como iguales, como pertenecientes a cierto universo de representaciones colectivas en las que estaban incluidos por razones de género” grandes contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso, que produce

⁷⁷ Muñoz Conde, *Idem*, p. 281.

marginalidad y anomia e implica, que el mensaje del orden jurídico estatal no llega a la periferia de la estructura social"(p.282)⁷⁸.

Probablemente, la clave de interpretación correcta sea distinguir entre el conocimiento de la norma y la comprensión del valor. La motivación conforme a la norma es, en efecto, comprender la antijuridicidad y supone más que el mero conocimiento (p.282)⁷⁹: la exigible comprensión de la antijuridicidad supone que aun cuando se conozca el disvalor jurídico, "el sujeto no puede internalizar la pauta de conducta que el disvalor le señala, no puede hacerla parte de su propia estructura de pautas de conducta"(p.282)⁸⁰.

Los requisitos de la exigibilidad están conformados por la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad y la actuación en un contexto situacional que permita un cierto ámbito de autodeterminación (p.282)⁸¹.

El ordenamiento penal presupone un elenco de situaciones taxativas de inculpabilidad, en el que falta lo uno o lo otro, por ejemplo: error de prohibición, obediencia jerárquica. En tales casos, configurado el supuesto de excepción, queda excluida la culpabilidad.

Podría pensarse en otras varias situaciones en las que el nivel de marginalidad sea tan grande, que quepa aducir la completa inexigibilidad de motivación. Allí, para excluir la culpabilidad sólo puede apelarse al recurso de la excusa suprallegal, o admitir la viabilidad de configurar exculpantes por vía analógica, que no violentaría el principio de legalidad, en tanto se trataría siempre de una analogía no inculpativa, *in bonam parte* (p.283)⁸², admisible para el derecho penal.

Participar de un concepto individual de culpabilidad, que no se contente con la imagen normativa estandarizada del "hombre medio" y busque verificar la adecuación de las posibilidades del sujeto a ese patrón medio de comportamiento, supone a todas luces, un juicio de imputación personal al autor.

⁷⁸ Carcova, citado en Fernández, G. Op. Cit., p.282.

⁷⁹ Córdoba Rodá, Idem.

⁸⁰ Carcova, citado en Fernández, G. Op. Cit., p. 282.

⁸¹ Zaffaroni, Idem.

⁸² Bettiol, Idem, p. 283.

La imputación de culpabilidad que es, indefectiblemente, una imputación personal, se formula a raíz del hecho cometido, por cierto, pero es siempre atribución de culpabilidad al autor. Culpable no es el acto, sino el sujeto. La culpabilidad no constituye un predicado calificante del acto, sino una atribución cualificante realizada al sujeto, un juicio en relación que, mediado por el derecho, adscribe responsabilidad ante los demás.

El delito debería redefinirse en su formulación sintética, que se reitera hasta hoy de modo casi inercial, determinándolo como “hecho típico y antijurídico, reprochable al autor”.

Con ese vocablo, ya clásico, de “reproche”, no ha de entenderse, no obstante, que media ninguna connotación estigmatizante, se trata, apenas, de un vocablo de atribución, de un término de imputación que denota la exigibilidad penal.

Por tanto, la definición del ilícito penal bien conseguiría condensarse bajo la fórmula categorial: acto típico y antijurídico, del sujeto culpable.

A este se le formula la respectiva imputación personal de culpabilidad, porque es él a quien le era exigible motivarse y obrar en conformidad a la norma, evitando realizar el injusto.

Si la culpabilidad de la medida de la pena y limitar las necesidades preventivas de sanción, esto es, determinar que el quantum de la pena no pueda superar la culpabilidad del autor, una culpabilidad estructurada sobre la exigibilidad penal, proporcionará un concepto graduable y móvil, apto para determinar en forma más adecuada la pena.

CAPÍTULO III: LA IMPORTANCIA DE APLICAR LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA REALIZACIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DEMOCRÁTICA

En este capítulo se analizarán las consecuencias sociales y jurídicas de implementar políticas públicas relativas al fenómeno criminal, basadas en desiciones populistas, con intención alarmante, carentes de fundamento científico e incoherente con la realidad social; con el pretendido interés de eliminar cualquier manifestación criminal.

Se estudiará cómo este tipo de acciones repercuten de forma negativa en la política criminal de un Estado, lo cual contraviene la idea de una política criminal democrática.

En este contexto, se propondrá a la Teoría del Bien Jurídico como un instrumento idóneo para la construcción de una política criminal democrática, tomando en cuenta su función garantista para con el ciudadano y su condición de límite del poder punitivo estatal.

1. El sentimiento de inseguridad ciudadana

En la mayoría de los países alrededor del mundo, existe una gran preocupación respecto del aumento de la criminalidad violenta, lo cual es exacerbado por los medios de comunicación colectiva. De allí se ha generalizado el sentimiento de la existencia de una gran “inseguridad ciudadana”, entendiéndola como la preocupación frente al riesgo de ser víctima de un delito violento, por ejemplo un delito contra la vida, la integridad física o la salud, a liberta sexual y la propiedad.

Sin embargo, hay que notar, que este miedo al crimen va unido al temor frente a los sujetos que reúnen el estereotipo que la comunidad irracionalmente le asigna al delincuente, que corresponde a características de los sujetos de las clases más humildes. Es decir, no forma parte del miedo al crimen ni del reclamo de mayor seguridad ciudadana la delincuencia de cuello blanco, la que

en lo relativo a los delitos en contra de la propiedad puede tener la relevancia de miles de delitos de la delincuencia tradicional en contra de la propiedad.⁸³

El miedo al crimen se traduce, entonces, en la sensación de que el riesgo de ser víctima de un delito es demasiado alto, se crea la impresión de no encontrarse a salvo de la delincuencia en la casa, en la calle o en el lugar de trabajo.

Para FOURNIER (1999), esta situación de “inflación de la inseguridad” entra en un círculo vicioso, pues los ciudadanos tenderán a actuar conforme con la situación percibida, no a la realidad objetiva, de modo que a mayor sensación de inseguridad, mayor tendencia a actuar agresivamente, lo que, a su vez, tenderá a reforzar la sensación de inseguridad, como dice el viejo adagio “la violencia genera violencia”⁸⁴

Para CRUZ CASTRO (2000)⁸⁵, la percepción social sobre la inseguridad ciudadana, se magnifica y distorsiona en virtud de una serie de factores e intereses en los que se aprecian diversas manifestaciones del poder político y económico. Entre los de mayor trascendencia, deben destacarse:

a- El poder policial, que procura justificar un aumento o conservación del vigoroso control que ejerce sobre las libertades públicas.

b- El poder de los medios de comunicación social que pretenden capturar audiencia y controlar la percepción de la opinión pública, utilizando, en muchas ocasiones, un terrorismo informativo.

c-El poder político tampoco desprecia esta oportunidad. Mediante un discurso irracional y carente de sustento, los partidos políticos fortalecen, sin mayor compromiso, el apoyo electoral que nutre y reproduce el “clientelismo político.”

La influencia de los medios de comunicación colectiva, el temor generalizado que impera entre la ciudadanía, la orientación vindicativa que

⁸³Llobet Rodríguez, J. en Rotman, E. (1998). *La Prevención del Delito*, San José, IJSA, p. 8- 9.

⁸⁴ Fournier, MV.(1999). El caso de Costa Rica: un problema estructural. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. (año 11, número 17 julio)

⁸⁵Cruz Castro, F. (2000). El claroscuro de la seguridad ciudadana en Costa Rica. Sus deficiencias históricas y las disfunciones de la reforma del proceso penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. (año 12, número 18, noviembre)

predomina en la sociedad, son también factores que limitan, seriamente, las opciones político criminales más racionales. Ni los políticos con buena formación y de una trayectoria progresista, pueden escapar al asedio y la presión de estos factores. Es un dato real que no puede menospreciarse. La urgencia y complejidad de las demandas sociales sobre seguridad ciudadana, dificultan notablemente el desarrollo de una política criminal coherente.

d- El poder económico no tradicional, que de esta forma logra que sólo se perciba como criminales y lesivas, las actividades de las clases subalternas y que no se cataloguen algunas de sus actividades como acciones delictivas o socialmente lesivas, tal como ocurre, por ejemplo, con las maniobras fraudulentas que realizan las agentes que intervienen en las actividades económicas dominadas por los monopolios o los oligopolios. Dentro de esta categoría, también podría incluirse la cuidadosa planificación legal y financiera del “invisible” fraude tributario.

Así, el fenómeno de cómo perciben la seguridad los habitantes y su representación social adquiere una doble dimensión, que a pesar de no guardar homogeneidad se comporta de forma indisoluble: la objetiva que contempla los hechos de violencia conocidos y medidos por las diversas categorías de estadísticas oficiales y la subjetiva, construcción imaginaria de la población acerca de sus vivencias y sentimientos respecto del estado de seguridad.

Para ACEVEDO MATAMOROS (2002) la sensación de inseguridad subjetiva, es la que marca la sensación de miedo e inseguridad. Puede ser, concreta o real, pero normalmente se ve confusa y difusa al implicarse el nivel de las emociones personales (p.47)⁸⁶, lo cual dificulta una valoración objetiva del aumento de la criminalidad lo cual ha obstaculizado la convivencia pacífica y la solidaridad humana, al bajar los niveles de tolerancia social. Esta circunstancia que se refleja en la incesante solicitud pública de una mayor represión contra el delincuente en la que se justifica los excesos y se ignora la importancia por el respeto a los derechos fundamentales y a la gobernabilidad democrática.

⁸⁶ Acevedo Matamoros, M. (2002). *La Doctrina de Seguridad Ciudadana, reflexiones en torno a una adecuada política criminal*, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p.47.

Según los datos del estudio Multicéntrico sobre Actitudes y Normas Culturales sobre la Violencia (Proyecto ACTIVA), realizado en 8 ciudades de América Latina y España, bajo los auspicios y coordinación de la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) para el año 1999⁸⁷ y la interpretación del especialista Marco Vinicio Fournier del Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Universidad de Costa Rica, tanto el análisis de frecuencias como la comparación entre ciudades, muestra niveles de victimización moderados, pero, normas y actitudes, relativamente altas en algunos aspectos, y una sensación de inseguridad desproporcionada, en relación con la inseguridad real.

Específicamente, las actitudes más extremas se relacionan con aquellos ámbitos en los cuales se establece una relación entre el entrevistado o las instituciones y la delincuencia: tomar la ley en sus propias manos, reclusión de niños de la calle, detener jóvenes con apariencia física sospechosa, matar a quien viola una hija, uso de la tortura, aprobación de la pena de muerte, y percepción de seguridad en el uso de armas.

Todos estos resultados unidos a una sensación de inseguridad relativamente alta, señalan que se sobrevalora la situación delictual en nuestro país. En principio, no parece existir relación entre los niveles de victimización reportados, las tasas de delincuencia de los últimos años, la

⁸⁷ El estudio pretendió tener **por un lado, una aproximación a los niveles de victimización de los entrevistados en catorce diferentes situaciones**. Los resultados muestran un 8,6% de sujetos que sufrieron robo a mano armada en los últimos doce meses, y un 13,5% afirma haber visto un robo a mano armada. El 3,4% fue amenazado por un policía o autoridad pública para sacarle o pedirle dinero, y un 1,9% fue amenazado para obtener dinero por otra persona que no era autoridad pública. Un 1,6% fue forzado a cambiar de lugar de residencia. Un 3,1% fue golpeado por otras personas, y un 0,4% fue maltratado por policías. Un 0,4% fue herido con arma blanca, y un 0,1% con arma de fuego, mientras que un 5,1% vio alguien siendo herido con arma, blanca o de fuego. Un 4,2% fue amenazado de muerte. A un 0,1% le secuestraron a algún familiar cercano, y un 1,9% tuvo algún familiar cercano asesinado. Por último un 0,9% afirma que algún familiar cercano se suicidó en el último año.

Por otro lado, se pretendió medir el grado de inseguridad que perciben los entrevistados en su entorno. Los resultados tienden a mostrar un nivel alto de esta sensación de inseguridad: un 23% se siente algo o muy inseguro en las calles durante el día, un 51,7% en las noches, un 45,3% en los medios de transporte, y un 81,3% en el centro de la ciudad. Sin embargo, solo un 11,4% se siente inseguro en su propio hogar. Por otra parte, un 63,3% ha limitado algo o mucho los lugares de compra tradicionales por temor a ser víctima de una acción violenta. Del mismo modo, 55,1% ha limitado algo o mucho los sitios de recreación. Además, un 27,5% ha sentido la necesidad de adquirir un arma, y un 14,8% ha sentido la necesidad de mudarse a otra ciudad o área dentro del país. En Fournier, MV. Op. cit.

percepción de inseguridad y la tendencia a aprobar medidas violentas en defensa, tanto individual como colectiva o institucional.

El autor ELÍAS CARRANZA(1997)⁸⁸ señala que el tema del delito, de su prevención y represión, como es el caso de muchos otros temas, políticos, sociales y económicos, viene cargado de subjetividades y de ideologías y quienes lo tratan proponen medidas de política criminal para enfrentarlo, que frecuentemente confunden su particular percepción del fenómeno, conceptos éticos o su particular percepción de algunos delitos, con la realidad y proponen soluciones y normas para la realidad o para el delito a partir de formas particulares de pensar, distorsionadas y basadas en casos aislados.

a.) Las políticas de tolerancia cero

Aunque su origen es incierto, hay quien señala que es una idea que desde los años setenta se utiliza como una constante en los discursos de políticos y autoridades para referirse al control que debe imponerse a la delincuencia de menores, a las escuelas que están en decadencia e incluso en el ámbito laboral con el propósito de controlar conductas desviadas.

Hoy, lo más común, es referirse a ella como sinónimo de una política criminológica basada en la transformación gerencial de la policía, el cambio de orientación de lo reactivo a lo proactivo, el acercamiento con las comunidades, el uso eficiente de la tecnología y la rendición de cuentas.

Se busca cumplir los objetivos primordiales de la policía: restablecer el orden y elevar la calidad de vida de los ciudadanos, sancionado todos los delitos o faltas administrativas por pequeñas que sean, proporcionándole a la gente espacios urbanos limpios y seguros.

A la de tolerancia cero, como toda política pública, es difícil asignarle un autor. Rudolph Giuliani, a quien los medios de comunicación, primero estadounidenses y después internacionales señalan como su autor, públicamente ha señalado que el nombre no refleja lo que en realidad se realizó en Nueva York. Él prefiere utilizar el nombre de “el enfoque de las ventanas

⁸⁸ Carranza, E. (1997). *Criminalidad ¿Prevención o Promoción?* San José, EUNED, p. 17.

rotas". George Kelling, coautor con James Q. Wilson del afamado artículo *Broken Windows: The police and neighborhood safety*, ha dejado en claro que "la tolerancia cero" es una tergiversación de sus argumentos originales e incluso, va más allá, al nombrarla la hija bastarda de la teoría de las ventanas rotas. William Bratton, el primer comisionado de policía de Nueva York durante el mando de Giuliani, se ha distanciado también del nombre, siempre que se refiere a la experiencia neoyorquina, cuando habla de las reformas policiales en las que participó y omite utilizar el término.

Resulta curioso cómo una estrategia policial aparentemente exitosa, sea tan conocida, y a la vez tan desconocida. La razón de este distanciamiento del término "tolerancia cero" tiene que ver con las críticas a la estrategia, básicamente orientadas a señalar la brutalidad policiaca que acompañó su desarrollo y a las constantes demandas por violación a los derechos humanos, particularmente de grupos étnicos minoritarios y grupos sociales marginados, lo que mereció a la estrategia la etiqueta de racista o policía para los pobres.⁸⁹

Durante el ejercicio de su cargo, las quejas de particulares por conducta brutal policial aumentaron en un cincuenta por ciento, en aquellas zonas donde la disminución de la tasa de delitos violentos era la más marcada. (p.102)⁹⁰

Con la tolerancia cero se decidió poner fin a todo síntoma de impunidad y dejar claro que la ley está ahí para respetarse. No importa por qué se delinque lo importante es imponer la ley, y quien la transgrede se tendrá que atener a las consecuencias. En otras palabras, la vieja y conocida fórmula de "guerra sin cuartel a la delincuencia" se transfiguró lingüísticamente, para convertirse en una frase más sutil (tolerancia cero) que trata de convencer a los ciudadanos de que es positiva y que ayudará a recobrar las calles, ahora ganadas por la delincuencia.

En suma, la tolerancia cero es una ideología en relación con el delito que satura de principios morales y despliega una serie de conocimientos criminológicos de

⁸⁹Arroyo M, *Evaluando la "Estrategía Giuliani": La Política de Cero Tolerancia en el Distrito Federal*. Centro Internacional de Estudios sobre Seguridad (CIES)

<http://repositories.cdlib.org/usmex/prajm/arroyo>. Consultado el 01 de diciembre de 2006)

⁹⁰ Rotman, E. Op. cit, p. 102.

carácter gerencial. Tiene como objetivo demostrar, que los índices delictivos pueden ser reducidos, demostrando que las causas de la delincuencia (factores sociales estructurales como la pobreza, el desempleo o la estructura demográfica de la población) son erróneos y de carácter solamente ideológico. Esta idea permite, a su vez, la expansión de las funciones policiales y el riesgo de intrusiones indebidas por parte del Estado en los derechos civiles de los ciudadanos, principalmente por razones de raza, género o edad.

b.)Legislación populista

A pesar de que el sistema político y social costarricense es de tipo democrático, nuestra actual política criminal está muy lejos de tener la orientación que esa característica supone, en especial en lo referente a la promulgación y reforma de la legislación penal.

El Poder Legislativo cede con facilidad ante los temores de inseguridad ciudadana y la presión de los medios de comunicación masiva, cuyos informaciones alarmantes, carentes de fundamento y respaldo científico, suponen un aumento exponencial en la tasas de delincuencia, impunidad o poco castigo para quienes cometen acciones delictivas e indefensión para quienes los sufren.

Con base en este equivocado convencimiento, el legislador tiende a apresurarse a proponer y aprobar leyes penales cuyos objetivos principales son el *"combate a la delincuencia"* y *"un justo castigo para los delincuentes"*, sin considerar la efectividad que estas nuevas normas vayan a tener ante el fenómeno criminal, ni tampoco los efectos sociales que implican su puesta en funcionamiento.

Ninguna de estas decisiones legislativas va a basarse en un programa científico de política criminal, ni en la condición de estado social democrático y garantista del Estado en el que se van a aplicar. Tampoco van a tender a darle una atención integral y fundamentalmente de tipo preventivo al fenómeno delincencial o a atacar las causas de la criminalidad. Por el contrario, la legislación adoptada al calor de argumentos de inseguridad ciudadana y de

“mano dura contra la delincuencia”, va a ser parte de lo que CHIRINO (2000) define como “más de lo mismo” que es un concepto:

“...que resume la ingenuidad legislativa de acudir a más derecho penal, a más penas y a más reducciones de derechos en el proceso penal, cuando se trata de mostrar “contundencia” y eficiencia en la represión de delitos. Se busca “más de lo mismo” cuando sin ningún estudio de la proporcionalidad y de la consecuente necesidad de las medidas, se procede a buscar “soluciones penales” a los déficits normativos en otros sectores del ordenamiento jurídico y a los mismos del derecho penal, siguiendo el axioma sin sentido de: “sí las medidas puestas en vigencia han sido insuficientes, entonces necesitamos más medidas, entre más gravosas mejor, para combatir los fenómenos criminales”(p.352)⁹¹

Así, la sociedad cae en un juego interminable: se argumenta la sensación de inseguridad y la necesidad de contundencia legislativa y judicial contra la delincuencia, para acudir a la ampliación del Derecho Penal como solución a los problemas sociales, en especial, el de la criminalidad.

De esta manera, se crea una falacia. Se argumenta haber tratado de darle solución al clamor de inseguridad de la ciudadanía, por medio del endurecimiento del derecho y la neutralización de los delincuentes. El legislador evade asumir una actitud más reflexiva y crítica del fenómeno delincencial, que permita dirigir su acción gubernamental a las causas de la criminalidad y convertirla una actividad propia de una política criminal, proveniente de un programa de política general democrática. (p. 352)⁹²

Esta actividad legislativa, a la que la doctrina ha denominado “populista”, pues responde a los intereses que supuestamente interesan al pueblo, tiene como resultado que se incorporen leyes al derecho penal, cuya pretensión y

⁹¹ Chirino Sánchez, A. (2000). XXV Aniversario del Ministerio Público. Una oportunidad para reflexionar. San José, Poder Judicial, p. 352.

⁹² A mayor abundamiento sobre este tema, se ha dicho que “No es, pues, en las facultades de Derecho, ni en los pedestales de la Academia, donde nacen las soluciones contra la criminalidad social. Todo lo contrario: es en las discusiones parlamentarias, en el seno de los partidos políticos, en el cabildo de la “public opinion” y en los foros del sensacionalismo periodístico, donde se perfila y se amarra lo que muchas veces será finalmente la política criminal de un país” Salas, M. (2004). Op cit, p. 45.

efectos se pueden dividir en tres principales tópicos, que a continuación se explican:⁹³

b.1) Aumento de los montos de las penas carcelarias

El argumento legislativo para el aumento de las penas carcelarias y el fundamento de su imposición, se basa encerrar durante el mayor tiempo posible a los responsables de la comisión de delitos, aunque no necesariamente graves. Así, se logrará neutralizarlos, el mayor lapso que se pueda por medio de su encerramiento, evitar que recurran a medidas de tipo alternativo y generar un efecto de temor en la población en general, de manera que la mayor cantidad de personas posible se abstengan de incurrir en acciones delictivas, debido al temor de la sanción penal.

El incremento de las sanciones carcelarias por parte del legislador, nunca obedece a una explicación técnica o científica sobre la necesidad del endurecimiento de las penas o la proporcionalidad de esta medida. Por el contrario, la argumentación siempre recurre a la "levedad" de la sanción anterior y lo necesario que resulta sancionar con "*mano dura*" las acciones delictivas, para evitar que se repitan en el futuro.

Dos ejemplos de este tipo de legislación en nuestro país, se encuentran en la reforma del artículo 51 del Código Penal (Ley N° 7389 del 22 de abril de 1994), que, de forma injustificada e inconsulta, se duplicó el tiempo máximo en que una persona puede estar en prisión, aumentando el monto de veinticinco a cincuenta años. Otro ejemplo de este tipo de leyes, es la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, que aumentó la pena mínima de la mayoría de los tipos penales existentes en la legislación anterior, con el supuesto fin de desestimular la actividad del narcotráfico.

⁹³ En este sentido, se ha advertido que: "Tomando en consideración los puntos principales que componen la Doctrina de Seguridad Ciudadana en el país, observamos que las soluciones para combatir la criminalidad y sus efectos se resumen en el endurecimiento del sistema penal, haciendo hincapié en la adopción de políticas de control y represión de la criminalidad" Campos Acevedo, M. Op. Cit., p.104.

b.2) Creación de nuevas figuras delictivas

Otro de los efectos más visibles de la legislación populista, consiste en aumentar el número de las conductas consideradas delito, creando nuevos tipos penales y la conversión de conductas contravencionales, en delictivas.

Esta actividad legislativa trae como corolario que se vulnera el principio de intervención mínima del Derecho Penal que se explicó líneas atrás. Según este principio, la intervención de la vía penal, al ser la más violenta y lesiva del sistema, debe ser lo más mínima posible y solo debe acudir a ella en última instancia, cuando se haya acreditado la ineficacia de otras vías alternativas menos represivas.

En la creación de estas nuevas figuras delictivas, no media ninguna consideración sobre la posibilidad de proteger un determinado bien jurídico por medio de la implementación de otras ramas del Derecho o sanciones distintas de la penal, ni tampoco sobre la proporcionalidad que hay entre lesión y la pena que pretende imponerse; incumpléndose el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal y el principio de proporcionalidad que lo informa.

En este sentido, se ha dicho, con razón que “...la tendencia costarricense no es a un derecho penal mínimo sino más bien a la criminalización de conductas, de modo que el legislador no considera que se está prohibiendo una conducta si las sanciones que se establecen no son penales, de modo que no concibe una ley que no contenga un apartado con respecto a los delitos” (p.134)⁹⁴

La legislación populista trata de dar solución al problema creado de la “inseguridad ciudadana”, de la supuesta impunidad de los delincuentes y la indefensión de las víctimas; por medio de la criminalización de cualquier conducta que se considere contraria a los intereses estatales o lesiva a otras personas.

En este sentido, basta darle un vistazo a los proyectos de ley que últimamente se han discutido en la Asamblea Legislativa. Ahí se constata que el legislador costarricense no comprende el problema de la criminalidad. Pretende, actuando con base en propia ignorancia o compromisos políticos,

⁹⁴ Llobet Rodríguez, J. Op. Cit, p. 134.

evitar el aumento de la delincuencia y calmar la supuesta sensación de inseguridad aclamada por los medios de comunicación y algunos personajes de la actualidad nacional⁹⁵, elevando las penas existentes y promulgando nuevos tipos penales en leyes especiales y en nuestro código sustantivo.

Como muestra de esta tendencia, se puede considerar el proyecto que recientemente se discutió y aprobó en el seno de la Asamblea Legislativa de "Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra la Mujer", el cual pretendía imponer una doble penalización por el género, cuando el sujeto pasivo fuera mujer y flexibilizaba los casos en los que podía imponerse prisión preventiva.

De igual forma, las Reformas al Código Electoral (expediente número 15976 que tiene un dictamen afirmativo de mayoría) el cual pretende imponer una serie de penas que incluyen multa, inhabilitación y prisión, cuando el comité coordinador de finanzas del partido político reciba donaciones de extranjeros, de personas jurídicas y en el caso de personas físicas si sobrepasan el tope impuesto.

Otro ejemplo de creación de nuevos delitos por tendencia legislativa populista, es la Ley número 8250 del 02 de mayo de 2002, que dispuso que ciertas figuras contravencionales pasaron a ser delictivas y se crearon nuevos delitos, para, por ejemplo, sancionar a los dueños o encargados de ganado, animales domésticos u otra bestia que, por abandono o negligencia, causaren daño a la propiedad ajena, independientemente de la cuantía de lo dañado o a quien disparara un arma de fuego de forma que se pudiera causar peligro a alguna persona.

La mayor parte de los nuevos delitos creados por el legislador en su labor legislativa populista, carecen de tutela a un bien jurídico determinado o bien, se trata de delitos de peligro abstracto. Por lo tanto, constituye una abierta

⁹⁵ Un claro ejemplo de este tipo de manifestaciones, lo encontramos en el periódico Diario Extra del 21 de noviembre de 2006, página 5, donde el abogado Juan Diego Castro, criticando la labor del Ministerio Público dice "El robo en Costa Rica es el negocio más seguro y rentable. Los ladrones conforman el gremio más grande del país...ya deben superar los cuarenta mil. Vea cuán peligroso es lo que está pasando aquí (...) La Fiscalía General no ha podido condenar a más de tres de cien pillos que asaltaron a los costarricenses. Esto es un relajó."

vulneración a la Teoría del Bien Jurídico que en principio, debe regir la creación y aplicación del Derecho Penal, como un límite al poder punitivo estatal.

ARROYO GUTIÉRREZ (2004, p.19) explica que con el desarrollo de los delitos creados por este tipo de legislación, se empobrecen los presupuestos de la punibilidad porque no tienen víctimas visibles, su sanción no requiere de la producción de un daño, no hay ni requiere una relación de causalidad entre acción y resultado y la sanción depende exclusivamente de la comprobación de la acción considerada peligrosa.

b.3) Reducción de derechos y garantías de las personas sometidas a procesos penales

Otra de las formas de producción legislativa influida por la política criminal populista, consiste en crear una normativa que implique reducciones de los derechos y garantías de las personas sujetas a procesos penales. Estas nuevas medidas se introducen al ordenamiento jurídico, con la falsa promesa de que con ellas se logrará la anulación de las acciones de los delincuentes, por medio del procesamiento con legislación inflexible, que asegure su condena penal y su encarcelamiento.

Pretende aumentarse la posibilidad de que un delincuente ingrese a prisión de forma inmediata a la supuesta comisión del delito que se le atribuye y disminuir las oportunidades que tenga de cumplir su pena anticipadamente. Todo lo anterior tiene como fin último, el mantenerlo la mayor cantidad de tiempo posible en prisión, con el objetivo de neutralizar sus acciones en contra de la ley.

La falsa expectativa de crear un ambiente de tranquilidad y protección que este tipo de normativas producen en las personas, cuando la realidad indica que la comisión de las conductas delictivas que pretenden eliminarse no disminuyen, es el pensamiento que se ha denominado “whishful thinking”⁹⁶

⁹⁶ Whishful thinking - traducción literal: pensamiento lleno de deseos, esto es, pensar que la realidad se acomoda a nuestras esperanzas, imaginarse que las cosas son verdaderamente tal y como uno quiere que sean. Ya Platón se había dado cuenta “...deja que me regocije con un festín como el que las personas de espíritu ocioso suelen ofrecerse cuando pasean a solas. Esta clase de personas descuida averiguar por qué medios lograría su deseo, para ahorrarse el esfuerzo de

(pensamiento por deseos), que se refiere a la creencia de que basta con que las personas deseen que las situaciones que les afecta se corrijan, para que así suceda.

2. La importancia de la teoría del bien jurídico como herramienta para la construcción de una política criminal democrática

Como se estudió en el capítulo primero, la política criminal puede considerarse democrática, si es aplicada por un Estado que respeta los límites que le imponen los principios y garantías en su intervención punitiva y su acción se basa en el respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos.

También, la calificación de democrática de la política criminal de un Estado, requiere que esté dirigida, no a eliminar a toda costa las conductas delictivas de los ciudadanos, sino a disminuir hasta niveles tolerables las cifras de la criminalidad, garantizando el respeto a los derechos fundamentales de las personas que forman el conglomerado social a quienes se dirige las decisiones políticas estatales.

Sin embargo, la construcción de una política criminal democrática requiere del desarrollo de una herramienta que cumpla una doble función: primero, como base y punto de partida en la creación de la política y segundo, que constituya un límite claro a la acción punitiva estatal, en favor de las personas a quienes afectará esta política.

En este sentido, la Teoría del Bien Jurídico, entendida como la definición que cada sociedad tiene de los presupuestos imprescindibles para asegurar y perpetuar la vida social en convivencia (capítulo 2), se constituye como el

pensar en si será posible o no; lo dan por obtenido y a continuación disponen lo demás a su agrado, complaciéndose en enumerar todo lo que harán cuando su deseo se realice, y de tal modo aumentan la natural indolencia de sus almas. Por el momento, deja que como ellos me abandone a la pereza y difiera el examen de si es posible o no lo que propongo" (...) En síntesis *whisful thinking* es caer exactamente en lo contrario de aquello que constituye el motor esencial del pensamiento científico a saber "El máximo respeto a la científicidad consiste en aprehender las cosas que son como son, no como quisiéramos que fueran". Haba, EP.(1995) *Pedagogismo y "Mala Fe"*. San José, Investigaciones Jurídicas, p. 33.

instrumento jurídico idóneo, para construir una política criminal que pueda, válidamente, considerarse democrática.

Esta conclusión deviene de considerar la función delimitadora del Bien Jurídico, establecida constitucional y jurisprudencialmente, que encuentra fundamento y sentido en el Estado de Derecho Republicano en que vivimos, el cual se fundamenta en el carácter fragmentario del derecho penal.

De esta manera, se busca alcanzar una reacción penal que se interese por proteger las relaciones de disponibilidad más importantes para la vida social, que, por su extraordinaria relevancia para el sostenimiento de la vida en sociedad, merecen la utilización de la herramienta más poderosa en manos del legislador para reaccionar frente a las conductas que infringen significativamente esas relaciones.

Esta idea sobre el Bien Jurídico, es eminentemente constitucional, es una forma de brindar contenido garantista y liberal para aplicar de la Ley Penal. El delito no se definirá simplemente como una desviación al mandato jurídico, sino por lesionar o poner en peligro los valores ético sociales. Aquí hay así una clara limitación al poder punitivo. Solo se castigarán las conductas que incumplan el mandato jurídico y lesionen el valor ético social y que se constituye el llamado bien jurídico.

Resulta consecuencia lógica de esta tesitura, que el acto legislativo de descripción de una conducta penalmente conminada es, al mismo tiempo, un acto de tutela del "ente" o la "relación" fundamental a que esa norma alude. El legislador al crear un tipo penal en realidad lo que realiza, es una valoración positiva de una relación de disponibilidad importante para la vida de convivencia, que cuando es fundamental, tiene protección penal.

Aquí, la teoría del bien jurídico debe servir como una herramienta de construcción, de lo que se denomina una política criminal integral, en la que sea la grave afectación a los ámbitos indispensables de la vida de las personas y la imposibilidad de dar una solución diferente al problema, la que justifique la intervención del sistema penal, y no la alarma general inducida por el mal

manejo al promulgar y recibir de la información relacionada con la criminalidad.

Ante este panorama, resulta clara y urgente la necesidad de definición de una política criminal integral que sea parte de la política general del Estado.

En esta tarea de redefinición, la teoría del bien jurídico, constituye un valioso instrumento para lograr que la política del Estado en relación con la delictividad, no sea solamente reaccionaria ante supuestas exigencias sociales y escándalos mediáticos, sino que consiga objetivos acordes con la concepción de un derecho penal mínimo y garantista.

De esta manera, se asegurará que se sancionen sólo las lesiones graves a bienes jurídicos que sean indispensables para la vida de las personas (tales como la vida y la integridad física) y el orden social (por ejemplo, casos de corrupción en la función pública y actos de terrorismo).

También se evitará que las reformas penales tiendan sólo al aumento desmedido de las penas, a incorporar nuevos tipos penales o a obstaculizar la libertad de quienes han sido condenados.

Otro logro será eliminar las figuras delictivas que no significan lesión alguna a algún bien jurídico o que se sancionan con días multa o penas de prisión insignificantes, indicadores de la poca importancia que el legislador le dio a la lesión que el acto conlleva.

Por otra parte, desarrollar la teoría del bien jurídico en la construcción de la política criminal, impedirá que se incorporen al ordenamiento jurídico, delitos de peligro, utilizando como fundamento la supuesta existencia de un bien jurídico tan amplio e indeterminado, que su comisión no significa ningún daño.

El Dr. Oscar Arias Sánchez, en su condición de candidato presidencial para las elecciones presidenciales de Costa Rica 2006-2010, expuso el 14 de enero del 2005, las ocho tareas prioritarias que contenía su plan de gobierno y que consideró prioritarias para el país: luchar contra la corrupción, luchar contra la pobreza y la desigualdad, crear empleos de calidad, educar para el siglo XXI, luchar contra la delincuencia y las drogas, poner en orden las

prioridades del Estado, recuperar la infraestructura y ennoblecer la política exterior.

En específico sobre la lucha contra la delincuencia, el plan de gobierno, del ahora Presidente de la República indica: *“...el miedo cotidiano y generalizado invariablemente alimenta el desencanto con el estado de derecho, la intolerancia social, la xenofobia, los discursos demagógicos y las tentaciones autoritarias. La lucha contra la delincuencia y las drogas es una lucha por la supervivencia de nuestra democracia y del tejido social que la hace posible... El ejercicio de la libertad, la solidaridad y la construcción del desarrollo humano requieren de un mínimo de seguridad, no sólo en el sentido amplio de que el acceso de las personas a ciertos bienes y derechos básicos esté garantizado, sino en el sentido más específico de protección ante la violencia y el despojo. Como fuente de temor y mutilación de libertades, la inseguridad ciudadana es un obstáculo para el desarrollo humano... Es urgente entender las políticas de seguridad ciudadana como parte integral de las políticas sociales. Necesitamos una política social que combata firmemente la delincuencia, pero que combata aún más firmemente sus causas; que sea capaz de reprimir efectivamente el delito, acabando con la impunidad, pero mucho más capaz de prevenirlo; que no conciba las políticas de seguridad ciudadana como una guerra contra un enemigo, sino como un esfuerzo por tutelar efectivamente los derechos básicos de todas las personas. La política social debe consolidar una verdadera red de protección, capaz de funcionar coordinadamente integrando las políticas universales junto con la adecuada selección de beneficiarios de los programas específicos, gestionándolos eficazmente y evaluando sistemáticamente sus resultados. Debemos hacer explícita esa red y, además, asegurar que la coordinación intersectorial e interinstitucional se dé a todo nivel: desde las más altas autoridades hasta el ámbito comunal, con el involucramiento de los diversos actores institucionales y la ciudadanía”*.⁹⁷

Esta línea de pensamiento, contiene un programa de política criminal democrático- progresista, que podría variar sensiblemente la situación actual. Refleja las necesidades de Costa Rica en su lucha contra el delito, está basado en el combate de sus causas, su prevención y el respeto de los derechos

⁹⁷ Partido Liberación Nacional. Hacia la Costa Rica Desarrollada del Bicentenario. Programa de Gobierno 2006-2010. Noviembre 2005, en <http://www.pln.or.cr/oas/oas071.htm>, consultada en el 25 de diciembre de 2006.

fundamentales de las personas. Si bien aún es muy pronto para preguntarse si estas son únicamente palabras vacías, lo cierto es que, al menos en el papel, nuestro país tiene claros, importantes fines específicos para dirigir su política criminal y lograr el control de la criminalidad.

El desarrollo de una política criminal, cuya base sea la teoría del bien jurídico, requiere de un cambio radical en la forma en la que tradicionalmente se ha tratado a nivel gubernamental, legislativo y judicial, el tema del fenómeno criminal.

También, la adopción de esta propuesta implica un cambio de paradigma respecto de lo que se ha tomado como norte en la construcción de política criminal. De esta manera, debe pasarse, de la reacción legislativa emocional inmediata y políticamente comprometida, al estudio serio de la realidad criminal del país y la toma de decisiones conforme con ese análisis previo, de la utilización de la sede penal como único medio para dar una respuesta a cualquier problema social, a entender su carácter de último recurso, debido a su nivel de gravedad y violencia; y de entender la cárcel como única sanción útil, a relegarla a los casos de mayor gravedad en los que sea estrictamente necesaria.

Adoptar la teoría del bien jurídico como herramienta de construcción de política criminal, constituye un paso trascendental en el cambio que se requiere en la respuesta que debe dar el Estado al delito y a sus autores. Sin embargo, el camino hacia este cambio no se vislumbra fácil, debido a que requiere el abandono de una forma tradicional y más cómoda de diseñar y aplicar Política Criminal, como es el estilo actual y la adopción de una manera más reflexiva, estudiada y responsable de dar respuesta integral al fenómeno de la delincuencia, a sus causas y sus efectos, tan necesarios en la actualidad.

CONCLUSIONES

La definición de una política criminal democrática, no depende solamente de las decisiones gubernamentales y legislativas que se refieran de forma directa al ordenamiento jurídico penal.

La política criminal es parte integral de la política general de un Estado. Por ende, se compone de las distintas políticas sociales, económicas y jurídicas que se adopten en cada sistema social; en lo que se podría llamar un disciplina multifactorial, que va a estar determinada por buena parte de las políticas públicas que se adopten en cada Estado.

En este sentido, se ha dicho que: *“Evidentemente la política criminal no puede quedarse en el marco de las medidas estrictamente penales, porque el fenómeno que pretende conjurar no se reduce a los daños que pueden inferirse a un ciudadano, a través de un comportamiento que sea por naturaleza, criminal. Por el contrario, la criminalidad es un fenómeno multifactorial y plurifacético; en su producción no solamente se encuentran involucrados factores individuales y psicológicos del delincuente, sino también consideraciones de índole económica, política y social que lleva implícito un determinado modelo de selección de conductas e individuos como delincuentes”*(p.77) ⁹⁸

La única forma de pretender realizar política criminal en una forma coherente, es desarrollar una disposición crítica y realista acerca de las verdaderas causas de la delincuencia, la mejor forma de prevenirla y la respuesta que debe darse a la vulneración del ordenamiento jurídico penal.

Debe dejarse de lado, el discurso ilusorio y artificial que se da tan fácilmente entre los “especialistas”, sobre todo, aquellos quienes aprendieron en la academia, el arte de la argumentación y ahora la utilizan en contra de las necesidades de los ciudadanos.

⁹⁸Barreto Ardila, H. Op. Cit., p.77.

Comprende la necesidad de analizar las dos caras del delito: al delincuente y su víctima y también en el contexto en que ambos se desenvuelven.

Debe reconocerse que esta labor implica no sólo costosas y largas investigaciones, sino, también y, sobre todo, un compromiso verdadero y honesto por parte de los estudiosos que la asuman. Implica también, que la sociedad deje de caminar por los senderos escritos de la política criminal y se empiece a analizar las verdaderas causas de la delincuencia, se busquen respuestas acordes con las necesidades de las partes y se realice una lucha activa para que finalmente la teoría fundamente a la praxis.

Recapitulando, primero, que la política criminal, al ser parte de la política general de un Estado, tiene las características básicas de cualquier actuación política. Es un conjunto de estrategias para un determinado fin que depende de criterios valorativos: políticos, económicos, sociales, que rigen una determinada sociedad.

Al realizar el análisis de esos criterios valorativos, los cuales fundamentan, en un primer nivel, el fin general de una determinada política criminal, nos damos cuenta que son diversos, dependiendo de la ideología que alimenta el régimen político de cada modelo constitucional (p.23)⁹⁹.

En los últimos tiempos, el debate ideológico del mundo occidental se da entre el neoliberalismo y la social democracia. El primero se refiere a la adaptación de los principios básicos del liberalismo, se propone recortar, o incluso desaparecer, el gasto social de los estados del bienestar. Proponen la privatización de los servicios públicos, la liberalización del mercado y una asistencia social mínima para los más necesitados.

Por su parte, la social democracia, cuyo origen se sitúa en la aceptación de la democracia parlamentaria como medio para llegar al socialismo, pretende conseguir una reactivación de la economía sin perder el objetivo de la búsqueda de la justicia social, para lograrlo proponen una disminución del aparato del Estado, introduciendo sistemas de competencia entre los servicios

⁹⁹Zúñiga Rodríguez, L. Op. Cit., p. 23.

públicos para mejorar su calidad y su competitividad. Entre estas opciones se mueven las políticas de los Estados occidentales europeos y también sus políticas criminales.

En nuestro ámbito, el modelo de sociedad está reunido en la Constitución Política, hacia la cual se orienta la actuación jurídica y política de los poderes públicos. En el artículo primero de nuestra Carta Magna, se estipula que Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.

Con base en estos tres principios, se desarrolla todo el sistema de poderes y con ella, toda la política que nos rige como sociedad. Conforme con estos lineamientos, también se desarrolla o se debería desarrollar, la política criminal. No obstante, aunque el país se encuentra en un momento crucial para la historia del país, donde las discusiones de las autoridades se debaten entre la adopción definitiva del neoliberalismo o el sostenimiento de algunas instituciones socialdemócratas, lo cierto es que, según lo indicado líneas atrás¹⁰⁰, cuando el fin general de la Política Criminal, en un régimen democrático como el nuestro, es la realización de los derechos fundamentales, mediante la búsqueda de un espacio de seguridad para que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades, se puede calificar esta Política criminal como humanista, democrática, progresista, diferente de la política criminal autoritaria estudiada.

Los fines específicos de la Política Criminal están condicionados por la manera de entender la criminalidad, el sistema penal que la previene y por la conexión de este último con los demás medios de control social que a su vez, estarán vinculados con la manera de comprender las formas de integración del hombre en sociedad y la desviación social.

Como se expuso antes, en un primer momento el fin de la política criminal fue la *represión* del delito. Luego, con el advenimiento del Estado social, se sustentó como fin concreto, la *prevención* de la delincuencia. Las últimas tendencias apuntan hacia una concepción más amplia de los fines de las actuaciones políticas y jurídicas de los Estados en relación con la

¹⁰⁰ Capítulo Uno, Apartado B: Política criminal en los diferentes modelos de Estado.

delincuencia, considerando la prevención y el objetivo de *controlar sus consecuencias*.

Se puede observar entonces, cómo el fin general de la realización de los derechos fundamentales (modelo de sociedad) está conectado directamente con los objetivos concretos de la política criminal.

Según esta conexión, las relaciones individuo- modelo de sociedad, determinarán en el segundo nivel, las maneras de entender la delincuencia o la criminalidad y las formas de abordarla.

Coincidiendo con esta idea, ZUÑIGA RODRÍGUEZ (2001, p.38-39) señala que la consideración de los principios del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, como paradigma valorativo de la actuación política y jurídica, necesita comprender que el pluralismo ideológico y la tolerancia son principios fundamentales, e implican la adhesión a un sistema de valores sustentadores de los derechos, que no puede imponerse ni promocionarse con un sistema sancionatorio. Más bien, cabe promoverse a través de la comunicación y el consenso, de la promoción democrática.

Esto significa que no puede utilizarse la sanción penal para promocionar valores. Estos deben alcanzarse con el consenso y el convencimiento, a través de políticas destinadas a promover las condiciones para el desarrollo de los derechos. Es decir, preferir la prevención a la represión, utilizar políticas criminales integrales (no solamente penales) y la función promocional de la política criminal.

Ahora bien, si la prevención de la delincuencia es el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general en un Estado de Derecho y constituye entonces el eje de toda la política criminal moderna ¿para lograr esa prevención se podría justificar toda estrategia criminal? Por supuesto, que la respuesta es negativa.

Existen parámetros que deben limitar las acciones político- criminales que utilice un Estado democrático de derecho. El respeto a los parámetros de licitud en la actuación de los poderes públicos y privados resulta fundamental

en cualquier política criminal que pretenda alcanzarse, lo cual se traduce en el respeto a los derechos fundamentales.

Las normas constitucionales fijan límites al poder punitivo del Estado y con ello a las medidas de política criminal. Los principios de legalidad, lesividad, mínima intervención y carácter fragmentario son evidentes límites constitucionales, dirigidos al legislador y al operador de las normas jurídico-penales que deben ser atendidos en procura de preservar un Estado de derecho.

“En ningún momento se debe olvidar que la prevención sin el contrapeso de sus límites, centrados en el respeto a los derechos fundamentales de las personas puede desembocar en el terror penal, en el utilitarismo o en el eficientismo”¹⁰¹.

La prevención del delito fundada en la intimidación y la disuasión mediante el temor a la amenaza del castigo configuran un tipo de Política Criminal autoritaria y regida por el miedo, lo cual, está comprobado empíricamente, tiene efectos contraproducentes, porque en lugar de tener efectos inhibidores en los sujetos, puede constituir más bien un factor criminógeno, al aumentar el riesgo y las ganancias ilícitas.¹⁰²

Los límites de la política criminal se encuentran en la reinterpretación de las normas superiores (p.81)¹⁰³. Los derechos fundamentales no constituyen solamente garantías o contrapesos al poder absoluto del Estado. Los derechos humanos son ahora examinados en función de lo social, como condiciones de perfeccionamiento de la estructura social. Si se entiende la política criminal desde los derechos humanos, forzoso resulta concluir, también, que el respeto irrestricto a los derechos fundamentales del hombre es el primero, y más importante, límite de la política criminal.

En este orden de ideas, la teoría del bien jurídico se presenta como el límite más significativo y útil al poder punitivo del Estado, congruente con las características del Derecho Penal estudiadas en el capítulo segundo, que lo

¹⁰¹ Zúñiga Rodríguez, L. Op. Cit., p.39.

¹⁰² Por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas donde a mayor ilicitud mayores ganancias.

¹⁰³ Barreto Ardila, H. Op. Cit., p.81.

definen como un sistema cuya intervención debe ser mínima, fragmentaria, con condición de último recurso y, además, de carácter subsidiario.

Este límite se constituye también en una garantía del ciudadano, frente al poder sancionador estatal, que no puede ir más allá de las funciones que constitucional y legalmente le han sido asignadas, ni tampoco atribuirse tareas de transformación social, en detrimento y sustitución de otras ramas del ordenamiento jurídico a las que les compete esta labor.

La Teoría del Bien Jurídico, ha sido desarrollada desde la dogmática, como eje principal en la interpretación de la Teoría del Delito, entendiendo que el bien jurídico se incorpora en los tres estadios que configuran el ilícito penal.

En primer término, en la tipicidad, es necesario analizar si las conductas que se tienen como figuras delictivas, afectan de forma significativa el bien jurídico que tutelan. En este sentido, no se debe constatar únicamente la comisión de la conducta descrita como delito, también debe verificarse que exista una afectación grave de lo socialmente permitido.

Este ejercicio, más allá de significar un ahorro en el gasto de recursos en la Administración de Justicia, implica, sobre todo, asegurarle al ciudadano el respeto a su garantía constitucional de legalidad.

En segundo lugar, la Teoría del Bien Jurídico impone que al analizar la antijuricidad de la conducta, el operador del derecho examine con conocimiento jurídico y conciencia ética, la conducta que pretende perseguir, pues si el derecho penal es el último recurso para aplicar ante un conflicto, no es posible pretender ni a nivel legislativo ni judicial, ir en contra de este principio que confiere a un Estado, su condición democrática.

En tercer lugar, la Teoría del Bien Jurídico vista por Claus Roxin y Gonzalo Fernández, transforma la exigibilidad de conducta alternativa, que podría tener un sujeto ante la comisión de un delito, en un parámetro que verifica el principio superior de la dignidad humana, puesto que suministra la variable de ajuste en materia de imputación de responsabilidad.

Se pretende entonces, que los operadores del Derecho, en especial el ente acusador del Estado (fundado en su criterio de objetividad), garanticen el

principio constitucional de igualdad, interiorizando en su aplicación jurídica diaria, que un Estado Democrático debe garantizar al individuo, que no ha sido posible que se adapte socialmente por carencias y contradicciones, ser tratado especialmente en la imposición de una posible pena, tomando en cuenta ese déficit de socialización. Lo contrario sería discriminatorio, deshumanizado y violentaría el citado principio constitucional que nos permite diferenciarnos de un estado de corte autoritario. Allí radica su importancia y necesidad.

En el capítulo tercero, se analizó cómo el abandono de la teoría del bien jurídico en la construcción de la política criminal, ha generado la incorporación de leyes a nuestro sistema penal de corte populista para expandir y endurecer el derecho penal ya existente y renunciar a cualquier otra forma de control social por medio de vías alternas a la penal.

Una manifestación de este tipo de concepción de política criminal, es la que se nota a nivel económico. El Estado recorta cada vez más la inversión social en puntos que son sensibles en relación con los niveles de algunos tipos de criminalidad, tales como pobreza, educación, hacinamiento urbano y desempleo. Esta decisión ha significado un aumento sustancial en estos factores de riesgo delincencial y de la población que está inmersa en ellos y representa los principales clientes del aparato judicial penal.

En el ámbito penitenciario, los objetivos de la Administración se han dirigido a la construcción de más centros penales y ampliación de los existentes, con el fin de terminar con el hacinamiento carcelario y crear más espacios para internos. No obstante, la inversión no se ha destinado a desarrollar planes acordes con la finalidad resocializadora de las penas, ni con el mejoramiento de las condiciones de vida de los reos, como alimentación o su transporte a citas médicas. Esto significa que, a pesar del aumento de la capacidad del Sistema Penitenciario Nacional, las pésimas condiciones que padece la mayoría de los internos, se mantengan invariables.

Las diferentes entidades policiales administrativas, muchas veces víctimas de la falta de suficiente inversión estatal, prácticamente han renunciado a su misión preventiva del delito y mayoritariamente cumplen

funciones de tipo represivo y hasta investigativo. Incluso, esto último implica una contradicción en su naturaleza y una ilegalidad.

En este contexto, resulta conveniente determinar si se ha verificado la hipótesis propuesta, y resulta claro que a lo largo de esta investigación se ha comprobado que la teoría del bien jurídico es una herramienta esencial de construcción de la política criminal democrática, necesaria en la condición actual del país. Con su desarrollo busca lograrse una reacción penal que se interese por proteger las relaciones de disponibilidad más importantes para la vida social, que, por su extraordinaria relevancia para el sostenimiento de la vida en sociedad, merecen utilizar la respuesta más violenta de la que dispone el Estado, ante una vulneración del ordenamiento jurídico.

Nuestra propuesta sobre el uso de esta teoría, constituye una forma de brindar contenido garantista a la aplicación del sistema penal. El delito no se definirá simplemente como una desviación al mandato jurídico, sino por la oposición, lesión o peligro de valores ético-sociales. Se constituye así una clara limitación al poder punitivo, porque solo se castigarán las conductas que incumplan el mandato jurídico y lesionen el valor ético social y que comprenden lo que se ha llamado bien jurídico.

Como se advirtió en el capítulo tercero, el desarrollo de esa propuesta requiere de un cambio radical en la forma en la que tradicionalmente se propone, hace y ejecuta el derecho penal.

Significa, también, un cambio de dirección en el papel que se le confiere al derecho penal, que concebido dentro de la teoría del bien jurídico, ya no se le ve más como el primer recurso de solución de problemas sociales, sino como la última razón del derecho, cuando sea imposible alcanzar una respuesta por otras vías y cuando se esté frente a una vulneración grave de un bien jurídico, de especial trascendencia y relevancia para la vida en sociedad.

A pesar de todo lo anterior, la mayor dificultad que debe enfrentar esta propuesta, es el paso por el largo trecho existente entre el discurso teórico y la práctica cotidiana. No será sino hasta que se desarrolle, de forma conjunta, en la praxis ejecutiva, legislativa y judicial la concepción de una política criminal

regida por el estudio de las causas de la delincuencia, la determinación de las formas más efectivas, pero garantistas de los derechos fundamentales, sobre la prevención del delito, el establecimiento de las vulneraciones a bienes jurídicos que ameritan sanción penal y la definición de cuándo debe aplicarse la pena carcelaria, cuando se podrá hablar de la creación de una verdadera política criminal acorde a los presupuestos de un Estado democrático.

No obstante, como se indicó en el capítulo primero, las políticas públicas deben entenderse como el ámbito privilegiado de realización del "pacto" entre Estado y sociedad. Por ese motivo, los asuntos públicos no deben ser atendidos y decididos solamente por los representantes del gobierno, sino también, por otros actores de la vida en sociedad, a los cuales les concierne y afecta directamente las decisiones políticas que se tomen en el ámbito público.

De lo anterior surge la necesidad de reconocimiento de los respectivos espacios de participación en los distintos órganos de decisión gubernamental, para definir las necesidades y problemas sociales, los cambios que deben ser atendidos e impulsados, entender y pesar las consecuencias de actuar, el sentido que se dará a las decisiones, sus consecuencias y los recursos que deberán asignarse a cada decisión. Sin embargo, los espacios de participación no deben convertirse en una formalidad o solo en un estrado de discursos, sino que deben constituir un verdadero foro de planteamiento de posiciones, para fomentar la verdadera y sobre todo, constructiva discusión, para que, finalmente, se tomen decisiones en las que hayan sido valoradas todas las argumentaciones vertidas, de manera que adquieran legitimidad.

Este es el verdadero sentido de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Aguado Correa, Teresa. (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*. Madrid, Editorial Edersa.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel. (2004). *Democracia, justicia y dignidad humana*. (Comp.). San José, Editorial Jurídica Continental.

Baratta Alexandro. (1999). *La política criminal y el derecho penal de la constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Buenos Aires, Nueva Doctrina Penal.

Barreto Ardila, H, Christie, N, Gonzalez, I, Ibáñez Guzmán, A y otros. (1996) *Memorias de las XX Jornadas Internacionales del Derecho Penal*. Universidad Externado. Bogotá.

Beccaria, Cesare. (2000). *De los delitos y las penas*. (Tercera edición.) Bogotá, Editorial Temis.

Borja Jiménez, Emilio. (2001). *Ensayos de derecho penal y política criminal*. San José, Editorial Jurídica Continental.

Carranza, Elías. (1997). *Criminalidad ¿Prevención o Promoción?* San José, EUNED.

Chirino Sánchez, Alfredo. (2000). *XXV Aniversario del Ministerio Público. Una oportunidad para reflexionar*. San José, Poder Judicial.

Cruz Castro, Fernando. (2004). *La pena privativa de la libertad: poder, represión y constitución*. San José, Editorial Jurídica Continental.

Fernández, Gonzalo. (2004). *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Buenos Aires, Editorial B d F.

Foucault, Michael. (2005). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. (Trigésimacuarta ed.) México, Siglo XXI Editores.

Gatgens Gómez, Erick y Rodríguez Campos, Alexander. (2000). *El principio de oportunidad Conveniencia Procesal de la Persecución Penal*. San José, Editorial Juritexto.

González-Salas Campos, Raúl. (2001). *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. (2da.ed.).México, Oxford University Press.

Haba, Pedro Enrique. (1995). *Pedagogismo y "Mala Fe"*. San José, Investigaciones Jurídicas S.A.

Hernández Valle, Rubén. (1993). *El Derecho de la Constitución*. (Volumen II). San José, Editorial Juritexto.

Houed Vega, Mario, Sánchez Romero, Cecilia y Fallas Redondo, David. (1998). *Proceso penal y derechos fundamentales*. San José, Investigaciones Jurídicas S.A.

Jakobs, Günther. (2001) *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo.

Llobet Rodríguez, Javier. (1999). *Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria*. San José, Ediciones Jurídicas ARETE.

Llobet Rodríguez, Javier. (2005). *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy*. (2ª ed). San José, Editorial Jurídica Continental.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. (5ª ed.). Valencia, Editorial Tirant lo blanch.

Rivero Sánchez, Juan Marcos y otros. (1998). *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas S.A.

Rotman, Edgardo. (1998). *La Prevención del Delito*. San José, Investigaciones Jurídicas SA.

Roxin, Claus. (2006). *Política y sistema de derecho penal*. Buenos Aires, Hamurabi.

Silva Sanchez, Jesús. (2000). *Política Criminal y Persona*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.

Zúñiga Rodríguez, Laura. (2001). *Política criminal*. Madrid, Editorial Colex.

Diccionarios:

Diccionario Manual Jurídico (1989). Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Revistas:

Bustos Ramírez, Juan. (1996). Política Criminal y Estado. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 8, Número 12.

Bustos Ramírez, Juan. (1994). Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 5, Número 8.

Cruz Castro, Fernando. (2000). El claroscuro de la seguridad ciudadana en Costa Rica. Sus deficiencias históricas y las disfunciones de la reforma del proceso penal. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 12, Número 18.

Dall'Anesse Ruiz, Francisco. (2001). Cuadernos de estudio del Ministerio Público. Número 05. Poder Judicial, San José.

Díez Ripollés, José Luis. (1998). La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista. Ciencias Penales. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 10, Número 15.

El-khoury Jacob, Henry Issa. (1993). Bien jurídico y derecho de castigar del estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*. Año 5, Número 7.

Ferrajoli, Luigui. (1992). Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 4, Número 5.

Fournier, Marco Vinicio. (1999). El caso de Costa Rica: un problema estructural. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 11, Número 17.

Salas, Minor. (2004). Mitomanías de la Política Criminal Moderna. *Cuadernos de estudio del Ministerio Público*. (8ª ed.). San José, Poder Judicial.

Tesis consultadas:

Acevedo Matamoros, Mayra. (2002). *La Doctrina de Seguridad Ciudadana, reflexiones en torno a una adecuada política criminal*. Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1739-92 San José, a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Consultas electrónicas:

Mario Arroyo, Evaluando la “Estrategía Giuliani”: la Política de Cero Tolerancia en el Distrito Federal. Centro Internacional de Estudios sobre Seguridad (CIES) <http://repositories.cdlib.org/usmex/prajm/arroyo>.

Partido Liberación Nacional. Hacia la Costa Rica Desarrollada del Bicentenario. Programa de Gobierno 2006-2010. Noviembre 2005, en <http://www.pln.or.cr/oas/oas071.htm>

Legislación consultada:

Constitución Política de Costa Rica

Código Penal de Costa Rica

Código Procesal Penal