

Universidad Estatal a Distancia
Maestría en Criminología

Trabajo Final de Graduación

**“Política Criminal, Criminalización y
Descriminalización en el Proyecto de
Código Penal
Expediente Legislativo N° 11.871”**

Alumno:
Carlos Enrique Rivas Fernández

2005

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
POLÍTICA CRIMINAL Y PROYECTO DE CÓDIGO PENAL	4
I. ASPECTOS GENERALES	4
II. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN	11
III. PROCESO DE CODIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA CRIMINAL	14
IV. ¿SE JUSTIFICA UNA REFORMA PENAL INTEGRAL DEL CÓDIGO VIGENTE?	21
V. IDEOLOGÍA DEL PROYECTO	26
VI. EL PROCESO DE LEGISLACIÓN EN MATERIA PENAL EN NUESTRO PAÍS: UN REFERENTE	29
VII. OTROS TÓPICOS OBJETO DE DISCUSIÓN DENTRO DEL PROCESO	30
A. Bienes jurídicos	31
B. La estructura del delito: una decisión política	32
C. Eliminación de delitos calificados por el resultado	34
D. Inconveniencia de delitos de comisión por omisión y preterintención en el proyecto	35
E. Los delitos de peligro abstracto y sus inconvenientes	36
VIII. DICTAMEN	37
IX. ALGUNAS CRÍTICAS SOBRE ASPECTOS GENERALES DEL PROYECTO	52
X. PREOCUPACIONES FINALES DE DIPUTADOS CON MOTIVO DE LA DICTAMINACIÓN DEL PROYECTO	54
CAPITULO II	
PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN Y DESCRIMINALIZACIÓN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL	58
I. ASPECTOS GENERALES	58
II. PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL	65
A. Delitos contra la Vida: un proceso de criminalización relativa	66
B. El Delito de Disparo con Arma de Fuego	68
C. Descuido con Animales Peligrosos	69
D. Lesiones al Producto de la Concepción	70
E. Delitos contra la Salud	75
F. Delitos contra la Libertad Sexual	81
G. Omisión de Deberes de Protección	83
H. Delitos contra la Libertad	85
I. Delitos Contra el Ámbito de Intimidad y Autodeterminación Informativa	91
J. Violencia Doméstica	95
K. Atentados contra la Filiación y el Estado Civil, Sustracción de Menores	108
L. Delitos contra la Humanidad	109
M. Delitos contra el Patrimonio	114
N. Estafa y Otras Defraudaciones	117
Ñ. Delitos contra el Orden Socioeconómico	124
O. Delitos Bursátiles	126
P. Delitos contra el Ambiente	127
Q. Delitos contra la Seguridad Común	138

R. Delitos contra la Buena Fe de los Negocios	140
S. Delitos contra la Función Pública	140

CAPÍTULO III

EL PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN EN EL PROYECTO, EVENTOS PARTICULARES Y TRATAMIENTO CONTRAVENCIONAL	145
I. PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN	145
A. Tentativa de Suicidio	145
B. Duelo	148
C. Apología del Delito	148
II. PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN PARCIAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL	149
A. El Abandono por Causa de Honor	149
B. Delitos contra la Dignidad: el caso de La Tortura	150
C. Delitos contra el honor y el crédito público	152
III. PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN PARCIAL	156
A. Lesiones Consentidas	156
B. Contagio Venéreo	156
C. Rapto	157
D. Conspiración	158
IV. SITUACIONES PARTICULARES	160
A. El Homicidio a Ruego	160
B. Delitos contra la Libertad Individual	162
C. Atentado a la Nación	164
D. Delitos contra la Seguridad de la Nación	165
E. Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional	167
F. Menosprecio de Símbolos Nacionales o Extranjeros	168
V. EL TRATAMIENTO CONTRAVENCIONAL	169
A. Descriminalización Contravencional	169
1. Pelea Dual y Anuncio de Sustancias Abortivas	169
2. Mendicidad	170
3. Provocaciones y Amenazas	170
4. Contravenciones contra las Buenas Costumbres	171
5. Contravenciones contra la Inviolabilidad de Terrenos, Heredades o Negocios	172
6. Contravenciones contra la Propiedad y el Patrimonio	173
7. Perturbaciones al Sosiego Público	173
8. Circulación de Moneda y Otros Valores	174
9. Molestias a Transeúntes	174
10. Seguridad en las Construcciones y Edificios	175
11. Incendios y otros Peligros	176
12. Violación de Reglas sobre Plagas	176
13. Apertura o Cierre de Llaves de Cañería	177
14. Uso de Sustancias Ilegales para Pesca	177
B. Inclusión de Conductas en el Elenco de Contravenciones	178

1. Explosión con Pólvora	178
2. Ofensas por Escándalos o Reuniones Tumultuosas	178
3. Bromas Indecorosas	179
4. Alarmas Falsas	179
5. Profanación de Cementerios y Cadáveres	180
6. Entorpecimiento de Transportes Públicos	181
7. Abandono de Servicio de Transporte	182
8. No Pago de Servicios	182
9. Permanencia sin Autorización en Establecimiento Público	182
10. Afectación a la Propiedad	183
11. Seguridad del Tránsito	183
12. Menosprecio de Símbolos Nacionales o Extranjeros	184
13. Daños Producidos por Animales	184
CONCLUSIÓN	186
BIBLIOGRAFÍA	191

INTRODUCCIÓN

Podría pensarse que el planteamiento de un tema relacionado con la promulgación de un nuevo Código Penal es del interés únicamente de los operadores del Derecho y, en concreto, de los vinculados con la parte represiva. Pero la realidad ofrece una respuesta distinta.

La estabilidad de un Estado de Derecho gira, en gran medida, alrededor de su organización, sobre la base de una serie de normas que regulen las distintas relaciones que se dan entre el Estado y los ciudadanos, así como entre éstos y sus similares.

Por otra parte, el delito, y la delincuencia por extensión, es un fenómeno prácticamente consustancial a la naturaleza humana, siendo únicamente novedoso el momento en que valorado el daño que producen algunas conductas, se hace necesaria la intervención de las diferentes agencias de control social, cuya actuación tiene gran parte de su sustrato en la norma represiva.

Ahora bien, al margen de leyes especiales en materia penal que prácticamente han acompañado la actividad normativa del país desde siempre, tenemos que el cuerpo organizado que nos rige hasta la fecha es el Código Penal promulgado por la Ley Nº 4573 del 4 de mayo del año 1970. Han transcurrido, pues, más de treinta y tres años, surgiendo de inmediato la interrogante respecto a si se justifica renovar ese instrumento.

Esa interrogante ya ha sido respondida con el dictamen afirmativo de mayoría de fecha 22 de abril del año 2003 por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, marginando, cuando menos en esta etapa, cualquier reparo en ese sentido.

Como posición inmediata para los interesados en la materia -y creemos también para el ciudadano común y corriente-, surge la interrogante respecto de tópicos tales como aquellos que se ocupan de si estará mediando un aumento en las penas, si se castigarán nuevas conductas y, agregamos también, emerge la curiosidad respecto de si algunos hechos están siendo eliminados del texto por razones diversas.

No menos importante es rendir una teoría sobre los lineamientos que inspiran ese texto y si los mismos son coherentes con el desarrollo posterior.

Todos esos aspectos son propios de un estudio criminológico y quizás los hemos expuesto de una forma llana, pero que se concreta en la importancia que tiene el proceso de codificación penal en la tarea de prevenir y/o reprimir la delincuencia cuando esta se hace efectiva en hechos que obligan a su persecución.

Una oportunidad como la que se plantea en este momento es útil para evaluar el quehacer nacional en esta materia, con todos sus rasgos positivos y sus eventuales carencias.

Lo descrito nos remite a su vez al gran tema de la política criminal de un Estado, de la cual un código penal es tan solo un componente, para unos el más relevante, mientras para otros solo un instrumento que en manos del juzgador puede evolucionar con el tiempo o ser simplemente un texto que acrecienta los conflictos que pretende conocer y resolver.

Con el presente estudio, queremos demostrar que las carencias que han informado la materia en un periodo que debió dar pie a sentar las bases para afrontar con mayor rigor el proceso que ahora examinamos aún se mantienen.

Todo no deberá ser negativo en cambio, pues la preparación de los juristas involucrados en el texto del proyecto es de gran calidad. Lo contrario implicaría el señalar que en el país no se ha desarrollado una dogmática nacional en la materia y que no se puedan identificar medios o recursos para afrontar la problemática de manera racional.

La manera de avocarse a analizar la temática enunciada obligará a la combinación de varias metodologías, especialmente, al principio, el método comparativo, al introducir necesariamente las bases teóricas sobre postulados generales en materia de política criminal y, por extensión, en los procesos de criminalización y descriminalización, que serán el enfoque de análisis del proyecto en cuestión. También se incorporará el método histórico para extraer conclusiones de los procesos acontecidos en el país, además de los métodos comparativos, descriptivos y exegeticos, al analizar los justificantes que se esgrimen para el proyecto, así como, en concreto, el contenido de los tipos penales, su explicación y alcances.

El estudio se divide en tres capítulos: el primero se ocupa de temas generales en materia de política criminal, además de un ligero repaso histórico sobre la relación política criminal - ley penal en nuestro país, seguido de interrogantes surgidas con motivo de la discusión del proyecto, los lineamientos generales del dictamen afirmativo y algunas reflexiones críticas. El capítulo segundo analizará en detalle las conductas objeto de criminalización en el proyecto según nuestra perspectiva crítica; y el tercero estudiará el proceso de descriminalización, al lado de otros eventos particulares enmarcados en esa misma línea, al igual que el tratamiento contravencional.

De acuerdo a lo anterior, el análisis se centra en la denominada Parte Especial del proyecto, prescindiendo de lo que sería también una fuente de otro rico análisis

criminológico, cual es el tema de los principios que informan el código, la teoría del delito, causas de justificación, agravantes, el importante tema de las penas alternativas, etc.

Asimismo, debemos precisar que rendimos un análisis que se podría llamar coyuntural, pues la suerte de la base de estudio bien puede variar, en el tanto el texto dictaminado sea objeto de conocimiento en el plenario de la Asamblea Legislativa, anunciándose incluso por algunos de los integrantes de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, la presentación inminente de múltiples mociones para enmendar yerros que han detectado, gracias a la reflexión necesaria que obligaba la importancia del texto en discusión y que se vio festinada con un dictamen abrupto que obedeció a presiones de toda índole.

Confiamos en que las líneas sucesivas darán una base crítica para reflexionar sobre aspectos de los que se habla mucho en los foros y en los recintos universitarios, pero que al tiempo de ser llevados a la práctica son olvidados.

El Derecho Penal, en cualquier Estado, cumple una función determinada y cuando se organiza en un cuerpo legal alcanza, lo que llamaríamos, su máxima expresión.

La falta de claridad sobre cuál debe ser esa misión y la forma de alcanzarla, puede llevar al error de que sus instrumentos no sean consustanciales con los objetivos que se proyecten.

Estas preocupaciones pretendemos sean evaluadas a partir de los indicadores que hemos escogido, cuales son la criminalización y descriminalización de conductas en el proyecto identificado bajo el expediente legislativo N° 11.871 en el gran contexto de la política criminal costarricense, si no es aventurado el asumir su presencia en nuestro país.

CAPITULO I POLÍTICA CRIMINAL Y PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

El Derecho es un instrumento al cual se le ha dotado de cierta eficacia con miras a normar las relaciones en sociedad. En ese contexto, la problemática del delito y de la delincuencia como fenómenos sociales, han tenido su respuesta preponderante con las vías que brinda el Derecho Penal.

Las distintas decisiones que se concreten en normas positivas, léase códigos o bien leyes especiales, teóricamente deben estar precedidas en su génesis de un proceso volitivo que las estime como necesarias y procure su dictado, de acuerdo a pautas mínimas de racionalidad y correspondencia con la realidad. Esa tarea obviamente corresponde a las autoridades en una sociedad organizada, que es tan solo una parte de otras tantas decisiones que deben dictarse.

El proceso que mencionamos se ha pretendido siempre que se enmarque dentro de una política criminal que llamaríamos de Estado, pero la realidad suele ofrecer características distintas.

Son comunes por ejemplo las respuestas a eventos coyunturales para aplacar el clamor popular derivado de hechos aislados, sin ningún estudio.

Ahora bien, un proyecto de Código Penal, debidamente dictaminado por la Asamblea Legislativa, hace necesaria una evaluación desde el punto de vista criminológico, que es lo que ahora pretendemos desarrollar.

I. ASPECTOS GENERALES

Al ocuparnos de política criminal, hay consenso respecto de que el tema debe ser una de las preocupaciones de cualquier organización societaria. Su contenido y la forma como se desarrolle, son dos aspectos sobre los cuales o bien gira la controversia o resulta necesario hacer algunas precisiones.

Por lo tanto, es pertinente establecer ciertas aproximaciones sobre ese particular. Inicialmente tenemos, por ejemplo, la posición del jurista Juan Bustos Ramírez, quien nos refiere básicamente que la política criminal comporta necesariamente el proceso de definición del fenómeno de la criminalidad dentro de la sociedad, para dirigir y organizar el sistema social cuando la atención se dirija hacia ese centro de interés¹.

Ese análisis comporta el abordaje por parte de las agencias de la policía, el proceso judicial en sus aspectos formales y materiales y, al final, el proceso de

¹Bustos Ramírez, Juan. Bases para una política criminal [en línea]:La Semana Jurídica, Chile, 1997 <www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/753/article-507.html>[Consulta: 6 de abril 2003]

ejecución. En tal examen puede resultar necesario un proceso de creación, modificación o ajuste normativo, así como institucional y de sus operadores.

Bustos Ramírez refiere que la forma de asumir la problemática del delito en un Estado democrático de Derecho, debe estar condicionada por los principios que lo rigen, a saber, fundamentalmente la igualdad, libertad y solidaridad. A partir del primer derrotero, la legislación penal no debe ser refugio de desigualdades y discriminaciones arbitrarias, sino que el control penal debe ser paritario, albergando aun los fenómenos delincuenciales donde medien autores de gran capacidad económica.

La libertad es vital para controlar el continuo deseo de llevar a una exagerada profusión de tipos penales, y a que el Derecho Penal cumpla el papel de las políticas sociales simplemente a través del castigo, con lo cual se encubre la realidad. Es común, en esa voluntad, que no se considere la capacidad del individuo de resolver sus propios conflictos bajo parámetros de respeto y solidaridad, optando más bien con aquellas fórmulas por el choque y la tensión constantes: política criminal no debe ser sinónimo de política de criminalización, lo cual es frecuentemente olvidado.

Finalmente y en el ámbito de la solidaridad, elegida la posición de la persecución penal, se deben establecer también mecanismos que se constituyan como medidas que ofrezcan alternativas al infractor o a la solución del conflicto mismo.

La Criminología abre la posibilidad de realizar un análisis sociológico de los procesos de criminalización, lo cual permite estudiar tanto los mecanismos de control como la norma represiva, todo ello, por supuesto, en un contexto de lo social.

Como producto de esa labor se puede llegar a conclusiones importantes sobre la necesidad de descriminalizar conductas, o sobre la de criminalizar otras.

También es importante destacar aquí como otro elemento necesario para perfilar consecuencias ulteriores, la definición que hace el propio Bustos Ramírez de lo que debe ser una política criminal democrática, lo que puede ser útil en una realidad como aquella en la cual nos ubicamos.

Al respecto, Bustos Ramírez apunta hacia la convicción de que las políticas criminales preventivo generales y, sobre todo las políticas radicales, se caracterizan por llevar al sistema penal a convertirse en una prima ratio y no en una última ratio o extrema ratio. Una posición finalista lleva a que la política criminal se preocupe sólo de los desvalores del acto, cuando todo el resto del ordenamiento jurídico se preocupa sólo de los desvalores de resultado; esto es, ante el daño a un derecho subjetivo que ha sido efectivamente violado. Para Bustos, esa concepción es propia del "más marcado autoritarismo".

Para un Estado social y democrático de Derecho, las desigualdades y las diferencias culturales existen, de modo que se reivindica la libertad de las personas. Por ello, una política criminal democrática debe aceptar que el poder de definir es solo una prerrogativa más del Estado, la cual le ha sido dada por los ciudadanos mismos para que la ponga al servicio de ellas.

Siendo el ejercicio del control penal una forma de violencia, debe apoyarse sobre pilares que lo justifiquen. Esas guías son, en el plano material, la dignidad de la persona, la protección de bienes jurídicos y la necesidad de la intervención. En el plano formal tendremos la concreción procesal de estos principios².

Por su parte Mary Beloff identifica la política criminal, como:

“... aquella rama, dentro del conjunto de las políticas del Estado, que se dedica a conocer, prever, controlar y contener el fenómeno de la criminalidad.”³

Desarrollando este concepto, la autora introduce algunos elementos a considerar, en los que se ubican la definición de hacia dónde debe dirigirse la justicia criminal de determinado gobierno o Estado, el diseño de modelos de regulación, la realización de las medidas establecidas para lograr el fin propuesto y la disposición de un sistema constante de revisión, con miras a su mejoramiento, así como la operatividad del sistema de penas para conductas en concreto o para el sistema en general.

Ese gran marco conceptual, -nos permite concluir- se desarrolla sobre dos grandes vertientes: el análisis de las causas de las conductas criminales y la disposición de instrumentos para reaccionar ante el hecho criminal como una realidad.

Mary Beloff es puntual y acertada al señalar que visto en forma integral el problema, no se trata solo de un asunto del aparato represivo, sino de la política social del Estado.

Con ello se recalca que la política criminal no es solo producción de tipos penales, sino del concurso con otras fuerzas, con miras a atacar un foco problemático claramente identificado.

² Algunos de estos conceptos son desarrollados en Bustos Ramírez (Juan) “Política Criminal y Estado”. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Costa Rica, Año 8, N° 12, Diciembre 1997, pp.3-9.

³ Beloff (Mary) “Lineamientos para una Política Criminal”. En: Maier (Julio B.J.) **Delitos No Convencionales**, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 1994, p. 150.

En definitiva, nos inclinamos por la definición que al respecto rinde Emiliano Borja Jiménez, por dos razones fundamentales: por ser una concepción integral y por ostentar una autoría de nuevo cuño, luego de examinar una larga tradición al respecto.

Como señala Llobet en el prólogo a la obra que contiene el marco conceptual aquí elegido, la misma tiene la virtud de reconocer el componente político de toda política criminal, de modo que ese rasgo se encuentre informado por determinaciones en el plano social que den pie a una eficiente prevención. En concreto, el Dr. Llobet apunta a que se debe:

“ ... prevenir en vez de castigar y [aplicar] Derecho Penal como ultima ratio, y [no] meramente castigar con el pretexto de prevenir y Derecho Penal de primera o única ratio. Debe advertirse, sin embargo, que la realización de los postulados del Estado Social de Derecho no debe verse en forma utilitarista como consecuencia de la necesidad de prevención de delitos, sino esta última sólo opera como una exigencia por “rebote”, ya que los postulados de justicia social tienen su base primaria y suficiente en el principio de dignidad de la persona humana ... ”⁴

Retomando en concreto los conceptos del Dr. Borja, éste se inscribe inicialmente en la posición ya reseñada respecto de otros autores, en torno a que la política criminal es una de las varias funciones del Estado que se concreta en el fenómeno criminal, la cual obviamente tendrá la base ideológica que informe a su vez a la sociedad en que se enmarquen las decisiones.

Así, Borja Jiménez nos plantea dos definiciones que, según nuestro criterio, son dos formas de ver y avocarse al problema, que se complementan y nutren recíprocamente. Sostiene el autor:

“ ... definimos la política criminal como aquel 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, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad ... ”⁵

De la definición extraemos la posición seria respecto del carácter multifactorial con que debe afrontarse el fenómeno delictivo, para no solo reaccionar ante el hecho dado, sino también para tratar de prevenirlo sin generar expectativas falsas.

⁴ Llobet Rodríguez (Javier) “Prólogo”. En: Borja Jiménez (Emiliano). **Ensayos de derecho penal y política criminal**, 1era edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, pp. 26-27.

⁵ Borja Jiménez (Emiliano) **Ensayos de derecho penal y política criminal**, 1era. edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, p. 208.

Nutriendo esas premisas, Borja a su vez establece lo que él da en llamar Política Criminal con letra mayúscula, identificando aquí una rama del saber que analiza las particularidades de la legislación penal en sus fases sustantivas y adjetivas, a partir del enfoque de principios y valores, que para ser consecuente con su señalamiento anterior, deben estar informados por rasgos políticos, sociológicos, éticos y que, en general, sean necesarios para evaluar un instituto en concreto.

Esa disciplina en la fase de la producción legislativa, es la que da criterios pertinentes para la introducción normativa o para las reformas. De acuerdo a ese ámbito de referencia, Borja plantea su definición sobre este otro enfoque del tema que enunciamos:

“ ... aquel sector del conocimiento que tiene como objeto de estudio el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal ...”⁶

En conclusión, vemos que se trata del insumo para producir las medidas y criterios de acción que se señalan en la otra definición, o bien de la herramienta para evaluarlas y otorgar vías de reflexión y enmienda, donde no solo será necesario el estudio de la norma penal en sentido estricto, sino cualquier otro mecanismo empleado por el poder público que venga a integrar o acometer las perspectivas sobre un problema en concreto.

El producto de ese trabajo no será necesariamente solo el nacimiento de normas penales, sino también la apertura a otros medios de enfrentar conductas concretas, aunque Borja reconoce que el delito es la medida de valoración de si una conducta merece o no ser objeto de inclusión en el sistema penal, de modo que siempre habrán hechos que deban ser objeto de ese proceso como parte de la evolución de las sociedades.

Insiste también Borja en que el Estado democrático siempre deberá vivir sobre la base de ciertos niveles de criminalidad, pues el espacio de libertad misma que otorga al ciudadano, da pie a que algunos abusen de esa prerrogativa con miras a maximizar esa libertad. Agregamos, además, que siempre que los ámbitos de libertad en todos los niveles sociales no sean lo más amplios posibles, siempre estará abierta la puerta a la necesidad de recurrir al delito para alcanzar los supuestos efectos que derivan del ejercicio pleno de las libertades.

⁶ **Op. cit.**, p. 209.

Asimismo, dentro de ese esquema general de Estado democrático, existirán acentos diversos sin que se varíe el ámbito básico de principios. Esos acentos determinarán la forma como se plantee el análisis y enfrentamiento al fenómeno criminal. Baste recordar una perspectiva progresista, frente a una conservadora, donde fácilmente se pueden lanzar hipótesis sobre tendencias a ensanchar o limitar el espectro de tipos penales y de bienes jurídicos a proteger, así como en torno a la realidad práctica que se da a las normas puestas en el papel.

Es útil señalar aquí, como ejemplo, una circunstancia que relata el mismo Borja en torno a los delitos ecológicos y la realidad española, muy útil para nuestros efectos sucesivos:

“...desde el año 1983 existe en España el denominado delito ecológico, o delito contra el medio ambiente. Sin embargo, el número de procesos y condenas que se han producido desde su nacimiento hasta la actualidad (más de quince años) es absolutamente insignificante, y ello no ha sido precisamente por ausencia de graves atentados a la flora y a la fauna, y a los correspondientes ecosistemas. En algún caso, han sido los correspondientes gobiernos quienes han influido en el archivo de la respectivas diligencias procesales, merced a las órdenes que en este sentido se dictaban al fiscal de turno. Y ello se explica porque eran empresas públicas las que han incidido en su actividad industrial en una dosis de contaminación de tal envergadura que se ha provocado la muerte de importantes especies arbóreas en determinados montes y bosques. Una persecución y condena de estos delitos pudiera provocar la incriminación de dirigentes políticos del partido gobernante (pues las empresas eran públicas) o frenar la inversión empresarial en ciertos sectores industriales, y estas 'razones' actúan en ocasiones como criterio político y explica que cierto tipo de criminalidad no sea perseguida.”⁷

Como bien señala Borja, una realidad ineludible que explica la búsqueda en el Derecho Penal el remanso para solucionar todos los problemas expresados en conflictos sociales, deriva de la estrecha relación que mantiene con la política criminal. Enfatiza el autor que los programas serios en ese sentido, recogen en buena medida los principios de aquella disciplina tradicional.

A su vez, esa gran relación que señalamos como premisa en este momento, se remonta a su vez a otra gran instancia cual es la dogmática penal, sobre todo si destacamos su papel otorgándole insumos y criterios al legislador para ocuparse de tan delicado tema.

⁷ **Op. cit.**, p. 214.

Como es harto conocido a partir de los pertinentes señalamientos de Roxin, no se trata de una labor que se destile desde la más alta academia, sino que debe imbuirse de la realidad social, que es a su vez la que define las necesidades en materia político criminal. Lo descrito se concreta de forma más puntual por Borja en las siguientes líneas:

“...La Política Criminal, en un Estado de Derecho, se limita a sí misma en esa tarea de combatir la delincuencia, respetando los derechos y libertades de los ciudadanos. Pero qué duda cabe que entre las medidas más relevantes para combatir el crimen, se encuentra la propia legislación penal. El correcto entendimiento de la misma para llevar a cabo las funciones político-criminales concretas, vendrá otorgado por la Dogmática Penal.”⁸

La producción de textos normativos no siempre es garantía de su ingreso efectivo en la realidad, pues los grupos de interés que se ocultan al tiempo de la discusión legislativa, luego en la práctica ofrecen sus mejores armas, convirtiendo en letra muerta lo regulado. En esas circunstancias y parafraseando el análisis de Zaffaroni, el poder de los juristas y el Derecho Penal tienden a palidecer groseramente⁹. Ese fenómeno, observando la legislación puesta en el papel, nos hace recordar las palabras de Tocora, quien detecta en ese tipo de producción jurídica en definitiva, un mero ilusionismo que pretende lograrse a partir de un copioso ingreso de tipos penales en la distintas legislaciones domésticas¹⁰.

Por otra parte, es procedente hacer ver que Chirino, a partir de un análisis del fenómeno contravencional, señala algunos aspectos que también pueden conciliarse con lo previamente señalado, en el marco de lo que debe determinar cualquier proceso de reforma penal, respecto a la consideración de incluir o excluir tipos penales, de acuerdo a las demandas del entorno social o de grupos de presión.

De sus apreciaciones llamamos la atención, por ejemplo, sobre tres aspectos útiles para lo que se estudiará más adelante respecto al fenómeno derivado de la consideración inclusiva o exclusiva de tipos penales, que deberán complementarse con otras consideraciones ulteriores del mismo jurista; nos referimos al compromiso del Estado con tres lineamientos básicos que él propone:

⁸ **Op Cit**, p. 218.

⁹ Ver en tal sentido: Zaffaroni (Eugenio Raúl) **Derecho Penal, Parte General**, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2000, pp 20 y siguientes.

¹⁰ Para mayor abundamiento: Tocora (Fernando) **Política Criminal Contemporánea**, Colombia, Editorial Temis S.A., 1997, pp. 17 y siguientes.

“...i) Con el respeto al Principio de Mínima Intervención; para así permitir que se siga legislando penalmente, sea, creando tipos penales y sancionando, conductas que no son violatorias de bienes jurídicos relevantes, o que ni siquiera son conductas desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal.

ii) Con la búsqueda de soluciones a algunos conflictos sociales que no requieren necesariamente de respuestas penales, al asumir incluso posturas ‘pacificadoras’ culturalmente establecidas, cuando éstas correspondan al respeto a la dignidad humana.

iii) Como corolario de los dos lineamientos anteriores, prescindir de la pena en todos aquellos casos en que no sea necesaria...”¹¹

No obstante lo explicado, la realidad nos hace ver con pesimismo la forma en que se dan los procesos de criminalización primaria. Para ello basta efectuar un repaso sobre de las denominadas políticas criminales o criminológicas, como las refiere Elías Carranza¹².

Carranza, en forma previa, hace una distinción interesante entre política criminal en sentido estricto, para hacer referencia a la acción del sistema de justicia penal, frente a la política criminal en sentido amplio, que comprende la totalidad del sistema de control social, albergando otras áreas de la política estatal de orden social y que inciden en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de determinados delitos.

Partiendo de ese marco, llega a señalar que no existe una estructura política integradora y sostenida, arrojando más bien el hecho de que los subsistemas policial, judicial, penitenciario, post-penitenciario, accionan en forma muy independiente y movidos por criterios contradictorios. Si se trata además de encontrar una armonía entre el sistema de justicia penal y el resto de sectores del estado y de la sociedad, la situación es muy similar.

La acción legislativa, policial, judicial y penitenciaria, por lo tanto, nos arroja productos sesgados incapaces de encontrar una verdadera línea de acción. Ahora bien, observada en datos tangibles esa serie de afirmaciones, Carranza llega a demostrar que el mayor peso del interés político, si se trata de lograr una evaluación a partir de la dotación de recursos, se encuentra en el componente policial, de modo que el afán preventivo solo se consigue a partir de esa perspectiva, así como la puesta en

¹¹ Chirino Sánchez (Eric Alfredo) Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión. Análisis Concreto de la Problemática Contravencional. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Año 1, N° 1, diciembre 1989, p.11

¹² Ver en tal sentido: Carranza (Elías) Política Criminal y Humanismo en la Reforma de la Justicia Penal. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Año 4, N° 6, diciembre 1992, pp. 19-25

marcha de todo el funcionamiento del sistema penal, determinando así la labor palpable en las etapas sucesivas.

Ante dichas carencias y en lo que es de interés para nuestra realidad latinoamericana, Carranza llega a proponer algunos aspectos básicos y que serían de interés para el presente estudio:

1. El apoyo de la prevención primaria o social de la criminalidad, en los niveles de la familia, la escuela, el trabajo, la salud, la recreación, la planificación urbana.
2. Apoyar la prevención del delito por medio de la comunidad, no entregando toda la tarea a los componentes policiales.
3. Promover formas no-penales de resolución de conflictos. Aquí Carranza sitúa esta propuesta como un instrumento para forjar una política criminal innovadora, regida por la convicción de alcanzar la paz social satisfaciendo a los miembros de la sociedad, sin recurrir a la sanción penal.
4. Focalizar los esfuerzos del Ministerio Público hacia la persecución de los delitos más graves y que causan mayor daño social.
5. Promover la participación de la víctima en el proceso penal.
6. Instaurar una política penológica que se oriente a sanciones y medidas no privativas de libertad y proactivas, planteando como posibilidades el trabajo en la comunidad, la reparación a la víctima, el reconocimiento del hecho y perdón del ofendido, de modo que la pena de prisión se reduzca a los delitos de mayor gravedad.

Con las particularidades y características que iremos desentrañando, veremos si las conductas previstas en el proyecto podrían lograr una inserción en esos ideales, o si, por el contrario y en definitiva, solamente la tipificación y la pena privativa de libertad deben ser sus referentes.

II. EL PROCESO DE CODIFICACIÓN

En este punto, es necesario hacer referencia a algunos aspectos que informan la creación penal o normativa.

En un foro multidisciplinario sobre seguridad ciudadana y justicia penal, celebrado en el año 1999, se enmarcó esa actividad dentro de las siguientes líneas de pensamiento:

“Desde hace algunos años, fenómenos como la corrupción y la violencia, constituyen para las autoridades estatales y para la población civil, problemas de alta prioridad social. La cada vez

más generalizada preocupación por tales fenómenos ha generado un debate que, en el seno de la sociedad costarricense en particular y en el de Latinoamérica en general, comienza a proporcionar elementos valiosos para definición de políticas más efectivas en el control del delito y el funcionamiento del sistema penal de justicia.”¹³

Luego se agregó, haciendo referencia en concreto a nuestra sociedad, que

“... el análisis de las estadísticas delincuenciales indica que las tasas de criminalidad se han incrementado en una proporción que supera el crecimiento demográfico del país. Entre otros, los cambios en los patrones de conducta social que estimulan el uso de la violencia para la resolución de disputas, el desordenado crecimiento urbano que genera pobreza y marginalidad, el crecimiento del crimen organizado y de la narcoactividad, el debilitamiento de la inversión social para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, se ven como factores criminógenos cuya incidencia se tiende a agravar por una creciente legislación procesal penal que no termina de ser asimilada por quienes están llamados a aplicarla y que en cambio parecen entorpecerla y burocratizarla.”¹⁴

En esas palabras, al margen del análisis que se puede hacer de su propia carga emotiva y tendencial, por oposición a lo que enuncian, encontramos casualmente lo que deberían ser los componentes de una política criminal adecuadamente desarrollada.

Sin embargo, observamos que por razones diversas, la realidad nos arroja en cambio el acento en una deficiente inversión social, en la respuesta represiva mediante la penalización de conductas, tímidas incursiones en un Derecho Penal mínimo sustrayendo de la regulación penal algunas conductas sin impacto alguno, frente a importantes reformas procesales.

La política criminal tiene un componente entregado a la pericia de los técnicos de la materia y otro que debe ir de la mano de la organización como un todo.

Por ello, extraña que al concebir acciones que repercutan de una u otra manera sobre el fenómeno de la criminalidad, no siempre se tiene claro que la codificación es tan solo un segmento de las políticas generales del Estado, de modo que su confrontación debe ser integral, planificada y con señales estratégicas.

Si hacemos un recuento retrospectivo, vemos como al igual que acontece en otros niveles de la política social, económica y de salud, la constante es el desorden y

¹³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. **Seguridad Ciudadana y justicia penal, perspectiva de la sociedad civil: Memoria de Foro**, Ed. Laura Chinchilla M., 1era. Edición, San José, Costa Rica, 199, p 115.

¹⁴ **Ibídem.**

las ocurrencias, no debiendo sorprender a nadie que la política criminal se nutra de iguales características.

No obstante lo descrito, ello no debe dar pie, enseguida, a una posición de derrotismo y negatividad, pues así como iniciativas en los sectores mencionados tarde o temprano deben ser asumidas, igual acontecerá con la parte correspondiente a la criminalidad.

Una política criminal debería aspirar a exigir del Estado acciones sostenidas tendientes a una prevención oportuna, a la prontitud en la administración de justicia penal –para que las respuestas sancionatorias no sean tardías– y a la eficiencia en la rehabilitación mediante medios sustitutivos a la prisión o haciendo esta menos traumática.

Aquí retomamos las palabras del Dr. Francisco Castillo, quien manifestó en alguna oportunidad, que

“... el país debe contar con un programa que estudie el comportamiento de la delincuencia y su evolución. Mientras esto no se haga, la respuesta que se articule frente al fenómeno criminal no será seria ni rigurosa, sino simplemente una acción ocurrente.”¹⁵

Esas palabras luego fueron ratificadas por el jurista con motivo de la discusión en la Asamblea Legislativa en torno al proyecto de Código Penal, lo que nos refleja una preocupación y una carencia aún presente, que retomaremos más adelante.

Con base en tales afirmaciones, tenemos que no se debe aplaudir la novedad por sí sola, si ésta no va aparejada a una respuesta real a las necesidades de tutela de bienes jurídicos de interés general y no particularizado.

Señala también el Dr. Castillo que la política criminal es un arte y una ciencia, dándonos así una dimensión especial sobre el tema, en el tanto sea un instrumento para organizar en forma racional las soluciones ideales a los problemas de fondo y forma que arroja el fenómeno criminal.

En esta tarea, vital es el papel de la Criminología en sus distintas vertientes, como la Sociología Criminológica, la Psicopatología, etc.

Costa Rica no nos ha mostrado una política criminal estructurada, sino remedios de choque mediante el empleo de la fuerza y la represión, por ser la más perceptible por el público y por lo tanto oportunista, pero pocas veces eficaz.

¹⁵ **Op. cit.**, p. 81.

El incremento de las penas es la consecuencia de presiones circunstanciales, bajo el ropaje de la traída de textos extranjeros como la solución que no se encuentra en la producción nacional.

Algunos han señalado también que antes de concebir y plasmar cualquier reforma normativa, se deben valorar las características psicológicas y culturales de los autores de los hechos que potencialmente se quieren penalizar o criminalizar, estableciendo categorías claras y ciertas. El pronóstico y el diagnóstico del comportamiento, permitirá realmente dotar de instrumentos acordes con la realidad y no un mero traslado mecánico de tipos penales.

Según los que defienden esta posición, esos estudios deberán ser los que alimenten y orienten al legislador en su proceso de producción normativa, y luego, al Poder Ejecutivo en su labor de aplicación.

III. PROCESO DE CODIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Sobre este particular pocos estudios sistemáticos se han realizado en nuestro país. No obstante debe destacarse el esfuerzo realizado por el Dr. Walter Antillón. Para los efectos de este análisis es dable hacer rápidamente las siguientes consideraciones, acudiendo a las reflexiones de dicho jurista.

Señala Antillón la necesaria vinculación entre las realidades históricas concretas y el proceso de producción normativa en el marco de una política criminal. Aquí nos concentramos en su estudio, en el componente relativo a la producción normativa penal acaecida en la segunda mitad del siglo XX, exclusivamente para efectos de ubicación temporal.

Pone énfasis Antillón en un hecho indubitable: la producción normativa está condicionada por factores de orden económico, social y cultural. En el caso de nuestro país, la manera como se han presentado esos factores lo lleva a afirmar que el proceso se ha caracterizado por una relativa ausencia de severidad en materia penal, con las excepciones de rigor que se irían acrecentando con el devenir histórico.

En ese sentido, se nos recuerda la visión utilitaria de las primeras leyes represivas, que ha prevalecido sobre todo en normativas de excepción y que es una corriente que se mantendrá hasta nuestros días si tan solo observamos por ejemplo la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Drogas de uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas y ahora la pretendida Ley para Penalizar la Violencia contra la Mujer.

Pero, en síntesis, la normativa vigente desde la época de la colonia y hasta finales del siglo XIX, tenía rasgos de corte económico, al procurarse una mano de obra

para infraestructura pública, ante la necesidad de crear vías para la exportación. La población penal era ideal para ello.

No sería sino con el auge del liberalismo en nuestro país, que al promediar la conclusión del siglo XIX se empiezan a introducir rasgos de creación dogmática en la normativa penal, además de perfilarse otros rasgos aún latentes.

Señala Antillón que, en el periodo de transición del Código de Carrillo, en ese entonces vigente, hacia la normativa sucesiva, no debe olvidarse la labor del Dr. Rafael Orozco, quien se dio a la tarea de redactar un nuevo código penal, recurriendo a la técnica usual de copiar otra normativa, en este caso el Código Penal chileno de 1874, que a su vez se había inspirado en la legislación española.

Pero sería una obra que aún no veía la luz, sino que entraría en juego la labor de otro jurista connotado, el Lic. José Astúa Aguilar, llamado a la tarea de redactar un nuevo código penal que luego de algunos paréntesis en su vigencia, regiría hasta el año 1941.

El Lic. Astúa se caracterizó como positivista en su quehacer dogmático, que se concretaba en una adhesión

“... a la tendencia político-criminal: creía en la Antropología y en la Sociología Criminal y rechazaba el libre albedrío como base del Derecho Penal ... Por ello el Código de Astúa Aguilar, aunque de corte clásico al decir de don Luis Jiménez de Asúa, y conservando básicamente, en la parte general, la estructura del Código Penal Español de 1879, tenía numerosas disposiciones que respondían a las ideas de la tendencia ecléctica y pragmática (que popularizaron Franz von Liszt en Alemania, Adolfo Prins en Bélgica y Carlos Sotos en Suiza), llamada “Política Criminal”, como la imputabilidad junto a la peligrosidad; la individualización del caso por parte del juez, que le permite prescribir el remedio más adecuado a la persona del delincuente; las penas eliminatorias junto a las resocializadoras; el presidio y la relegación por tiempo indeterminado; y demás mecanismos ...”¹⁶

Luego tenemos el Código Penal de 1941, que surge del seno de una Comisión de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia encargada de revisar toda la legislación. Es curioso, como lo refiere el Dr. Antillón, que ese cuerpo normativo contenía medidas cuya puesta en práctica requería de una infraestructura institucional y física aún no previstas, en temas como la libertad condicional, las medidas de

¹⁶ Ver en tal sentido: Antillón Montealegre (Walter) La legislación penal en Costa Rica. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Costa Rica, Año 9, Nº 14, Diciembre 1997 , pp.25-40.

seguridad, la prohibición de asistencia a ciertos lugares, etc., evento que nos recuerda en mucho la realidad actual.

Posteriormente a la guerra, vendrían algunos intentos normativos especiales como la Ley de Defensa Social de 1954 y el proyecto de Código de Defensa Social de 1960, que pretendían obtener partido de un periodo histórico muy singular, actuando sobre la base del siempre espinoso tema del peligrosismo.

En ese contexto entramos al Código Penal vigente, cuyo impulsor fue el Dr. Guillermo Padilla Castro. Se partió del Código Penal Tipo para Latinoamérica para la parte general y del Código Penal que para Guatemala había redactado Soler, en lo relativo a su parte especial.

Aquí es totalmente justificable la crítica del Dr. Antillón respecto a una práctica usual en nuestro sistema, no solo detectable en materia penal, de recurrir a fuentes disímiles para conformar un cuerpo normativo, revistiéndolo luego de una supuesta unidad que en la práctica generará sus inconvenientes, al no tener el sustento necesario en un solo norte dogmático y/o filosófico.

Según Antillón, la parte especial se caracteriza por su corte reaccionario, orientado a una protección del cuerpo estatal y los intereses de la clase dominante. Para tal línea de pensamiento, el argumento se centra en que al lado de los bienes jurídicos tradicionales, el resto se dirigen a proteger a las clases tradicionales en su posición privilegiada y en una falaz tutela a los intereses superiores de la Nación, preocupándose someramente por hechos típicos de la corrupción y de los delitos de cuello blanco.

Si recurrimos a ese expediente para valorar el proyecto de código penal objeto de este estudio, salvo algunos ligeros avances, en definitiva, encontraremos una corriente similar, pues además de la introducción de ciertos tipos penales, la política criminal debe ir de la mano de otros instrumentos, cuya ausencia, como veremos luego, puede dar al traste con un credo de buenas intenciones.

Como corolario de lo descrito y para completar la referencia a la tarea codificadora en nuestro país en materia penal y su vínculo con alguna base político criminal, ofrecemos unas líneas adicionales sobre el Código Penal vigente.

De la Exposición de Motivos del código vigente, acudiendo a las palabras del Dr. Padilla, deducimos un supuesto traslado de la posición positivista imperante hasta entonces, a una donde la sociedad goce de instrumentos para defenderse del delincuente, pero éste a su vez tenga la oportunidad de reincorporarse, gracias a los mecanismos que le otorgue el aparato social organizado. En ese último componente,

convergen necesariamente la prevención y el tratamiento. No obstante esa apreciación, se mezclan algunos conceptos relacionados con el peligrosismo y la necesidad de segregar al sujeto rodeado de esa aura. En una curiosa referencia, el Dr. Padilla, en su motivación, apela a una combinación del credo del cristianismo, donde el castigo debe ir de la mano de la enmienda. En el primer componente, la labor del juez en concreto es fundamental para dar las bases tendientes a ese propósito¹⁷.

Los rasgos descritos los determina el Dr. Antillón, como una expresa asociación entre la teoría de la Nueva Defensa Social de Marc Ancel, con los añejos postulados de política criminal de Franz von Liszt¹⁸. Ello lo ejemplifica, y podemos palparlo, con una lectura del texto penal y los criterios de imputabilidad, peligrosismo; las medidas de seguridad, el rol otorgado al Ministerio de Justicia y al Instituto de Criminología integrando la labor del juez, etc.

Las características enunciadas no demuestran que haya mediado un programa de política criminal debidamente organizado; más bien no hay una política criminal coherente que se siga bajo criterios ciertos. Se observa más bien una política criminal que responde a requerimientos o presiones sociales que exigen a la instancia legislativa productos, y esta responde para obtener réditos políticos. Es pues, al final del camino, más bien una política criminal incoherente, asistemática y contraria a lo que se exige en instrumentos nacionales e internacionales.

El ajuste formal de alguna normativa a principios generales y a compromisos internacionales, no estaría respetando los determinantes de un Estado Social de Derecho¹⁹.

La tarea es difícil y el proceso para conformar un código penal siempre será complicado y el credo final que se adopte en última instancia estará revestido de las adscripciones dogmáticas de sus mentores, claramente definidos en ese cuerpo legal.

Desconocemos la existencia de una estructura institucionalizada y a la cual puedan serle referidos la totalidad de esfuerzos o intereses que sobre esta materia puedan acontecer.

Citamos por ejemplo que, al inicio de la década de los setenta, con las amplias reformas en materia penal que se efectuaron, incluida la promulgación de un nuevo Código Penal, el posterior desarrollo de la normativa procesal e incluso la creación de

¹⁷ Ver: **Exposición de Motivos de Código Penal**, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1972, sin paginación.

¹⁸ Antillón Montealegre (Walter). **Op. cit.**, p.37.

¹⁹ En tal sentido, coinciden las palabras vertidas en: **Conferencia Doctor José Manuel Arroyo Gutiérrez**, Principios Orientadores de la Reforma al Código Penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 13 de febrero del año 2003.

la Dirección General de Adaptación Social, en forma cuando menos programática y estructural, se previeron una serie de instancias que se ocuparían de las temáticas aquí abordadas.

Es así como ubicamos en forma subordinada del Ministerio de Justicia el planteamiento de un Consejo de Política Criminal, si bien con la inconveniente referencia en última instancia a la Dirección General de Adaptación Social, preocupada estructural y funcionalmente por el recluso.

Pero aun señalando el asunto como meramente indicador, es interesante el recalcar las obligaciones de ese Consejo, orientadas a analizar y valorar todo lo relacionado con la política criminal y la posición del Ministerio de Justicia en ese tópico, respecto de otros agentes del sistema de justicia penal.

Ciertamente, su orientación sesgada respecto de los componentes que deben albergar una verdadera Política Criminal, se definen desde su estructura, establecida a partir del Ministro y Viceministro de Justicia, el Director General de Adaptación Social, el Director del Instituto Nacional de Criminología y el Director de Prevención del Delito. Respecto de esto último, también es anecdótico señalar, que dentro de la misma estructura se previó una Dirección Nacional de Prevención del Delito, ejecutora a su vez de los lineamientos de la Comisión Técnica Nacional de Prevención del Delito, concebida para prevenir la delincuencia. Paradójicamente, de acuerdo a su integración, el promisorio apelativo se diluye de inmediato, pues se trata de una prevención a lo interno de la actividad reclusiva²⁰. A su vez se proyectó un Consejo Institucional de Prevención, revestido de las mismas características y carencias.

Con el denominado Plan de Desarrollo Institucional y la simplificación de la estructura de la Dirección General de Adaptación Social, por el Decreto Ejecutivo N° 22198-J, las anteriores instancias desaparecen, sin dejar constancia en veinte años de vida formal, de la existencia de productos realmente relevantes para el país. Sí debe lamentarse el que se dejara de lado cuando menos la existencia de una iniciativa de crear instancias formales para ocuparse de los temas aquí expuestos.

El panorama descrito nos lleva a confirmar que el tema de la política criminal en nuestro país, lejos de acoger algunos de los presupuestos antes mencionados, nos brinda indicios de situarse como un producto más bien coyuntural, como llegó a exponer alguien en su momento, de lo que por la Asamblea Legislativa discurra. Es

²⁰ Conforman esa Dirección: el Programa de Diagnóstico y Referencia, el Programa de Atención Institucional y un Programa de Atención al Menor en Comunidad.

decir, un asunto de producción legislativa, léase de tipos penales que nacen o de otros que desaparecen.

Con lo expuesto vemos que el tema de la política criminal es complejo y objeto de distintas apreciaciones de acuerdo al momento histórico en que nos ubiquemos, donde los condicionantes sociales, políticos y económicos no pueden ser soslayados.

Resulta evidente que el tema no se soluciona en una mera adecuación de normas a la realidad objetiva entre la teoría y la realidad, pues ello conduciría a reducir el tema a un mero asunto de normas que, como hemos visto en palabras de Carranza, es una visión parcial de su objeto de referencia. El tema del delito y su prevención, por ejemplo, no puede agotarse en un asunto de leyes. La planificación con otros órganos del Estado se impone y debe ser más bien una exigencia, para valorar cómo se enfrenta determinada demanda social o de un grupo en particular. Por otra parte, la política criminal no es solo política delictiva, la que en todo caso y vista desde esa perspectiva, solamente puede aspirar a una reducción razonable del número de ilícitos, pero jamás a su erradicación total.

Si cualquier sociedad se da a la tarea de planificar su política criminal, la tarea es harto difícil, por los múltiples factores que deben ser tomados en cuenta, debiendo liberarse primero del estereotipo innecesario, de ser una expresión del poder político, pues la representatividad soluciona cualquier suspicacia al respecto. Los vicios en su ejercicio son problemas que deben ser discutidos a otro nivel.

Un ideal de la política criminal moderna es la reducción al mínimo del catálogo de ilícitos, marginando lo que es el casuismo normativo, para adentrarse en los eventos que afecten las condiciones de vida de las personas y de la comunidad, en general, de forma seria. De igual forma se sitúa como correlato necesario en ese proceso, la participación amplia y directa de la comunidad en la organización y aplicación del sistema penal, para abordar otra gran tarea: la de la prevención. Para ese ideario, una premisa es igualmente fundamental: el sistema penal es un todo y no solo un agregado de partes.

Otro aspecto ideal es el que señala que la planificación de la política criminal se caracterice:

“... por ser asegurada y llevada respectivamente a cabo por un organismo en que se hallen representados los funcionarios de la justicia penal, los abogados, las organizaciones obreras y patronales, y las asociaciones profesionales o privadas cuyas actividades se relacionen directamente con la prevención del delito y tratamiento del delincuente. El número de miembros pertenecientes a la profesión legal, cualquiera que sea la

modalidad de esta, será limitado respecto al número total de los mismos en dicho organismo ...”²¹

Encontramos muy difícil llegar a conciliar los intereses de grupos tan heterogéneos, pero sin duda ello se sitúa como el ideal para abordar tan delicado tema, sin las críticas que derivan del oportunismo y el cálculo político. Pero los grandes temas de la prevención y el control, el análisis del sistema penal y las sanciones penales, sin duda reclaman una comunión de esfuerzos que consideren varias perspectivas.

Lo descrito nos permite recordar también algunas referencias de Zúñiga Rodríguez y su análisis, por el cual vemos que constantemente nos debatimos entre los determinantes de concebir o no la política criminal como una verdadera ciencia, que se dé a la tarea de analizar las realidades delictuales domésticas a partir de principios mínimos y así disponer el curso que deben seguir sus productos. En esa tarea, referentes necesarios son siempre los preceptos constitucionales y el rol de las distintas instancias que participan del sistema penal en forma más o menos activa²².

Acogiendo ahora algunas referencias del Dr. Chirino vinculadas directamente con nuestra realidad, tenemos que generalmente ha mediado un desaprovechamiento de la labor a nivel dogmático que se ha manejado en el país, arrojando pocos productos valiosos originados en esa situación.

Chirino llega a analizar que desde la promulgación del Código Penal en el año 1971 hasta nuestros días, ha abundado una discusión sobre tópicos criminológicos y de política criminal, que en buena medida en esta y otras materias, determinan el que en el seno del Poder Judicial emanen iniciativas trascendentes tratándose de reformas a la legislación penal. Ello las reviste así de cierta bondad creativa, frente a otros productos de la intolerancia y del manejo coyuntural de los hechos²³.

Otros aspectos importantes señalados por Chirino nos resultan dignos de consideración como paradigmas de relación entre la temática de la política criminal y la producción legislativa en el marco de nuestra realidad. Enunciamos algunos de ellos:

1. la orientación antropológica de nuestro Derecho Penal;

²¹ López-Rey y Arrojo (Manuel) **Criminología. Criminalidad y Planificación de la Política Criminal**, Madrid, Aguilar S.A. de ediciones, 1978, pp. 348-349.

²² Ver en tal sentido, Zúñiga Rodríguez (Laura) **Política Criminal**, Madrid, Colex, 200, pp.159 y siguientes.

²³ En tal sentido ver: Dall’Anese Ruiz (Francisco) y Chirino Sánchez (Alfredo) **Delito, autoritarismo y estado**, 1era. edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2000, pp. 13-36.

2. la premisa de que discusiones llevadas adelante en otras realidades no necesariamente tienen cabida en nuestro sistema;
3. las políticas criminales en nuestros días suelen ser en sus productos, fruto del oportunismo o de la satisfacción a ciertos grupos de interés, mostrándose en un aumento creciente de tipos penales;
4. la consigna de algunas decisiones es un intercambio lesivo de libertades por seguridad, con rasgos de poco o ningún rigor técnico;
5. la discusión en Costa Rica de estos tópicos se muestra como propia de una política criminal autoritaria, que está poniendo en duda nuestra tradición de Derecho Penal esencialmente garantista; y
6. que, en definitiva, nos hemos caracterizado por la inexistencia de una política criminal, que en todo caso puede empezar a conformarse sistemáticamente a partir de la respuesta a las garantías constitucionales y apoyándose en el análisis de lo que arroja la realidad social.

Es fundamental prestar atención a tales consideraciones; Chirino se muestra cauteloso y llama la atención, por ejemplo, respecto de la inobservancia de aquéllas en la regulación de la delincuencia no convencional. Señala Chirino al respecto:

“No hay un modelo específico de reforma penal como el que había en los años setenta. Nadie se interesa por reformar la parte general de los códigos penales, o de iniciar un debate maduro sobre la ejecución penal, solo interesa incluir catálogos, se dice novedosos, de nuevos delitos, que se encuentran hermanados por una misma lógica: delitos de peligro abstracto, de causalidad compleja, sin bien jurídico claramente establecido, de vocación supraindividual y dependientes de una evolución tecnológica que nadie puede prever a mediano o largo plazo. Si se quieren resumir estos cambios en la parte especial de los códigos penales con una sola palabra, podemos decir con Hassemmer que es la 'prevención'. Este es el verdadero paradigma de nuestro tiempo, también para la política criminal. Lastimosamente, a pesar de las voces cada más potentes de quienes rescatan el papel de Ulrich Beck en el Derecho Penal, la prevención no puede ser el fin esencial del Derecho Penal, porque si se le pone como meta de todo se ponen en peligro importantes instituciones que han marcado el desarrollo científico y legislativo de nuestra cultura, instituciones sin las cuales el Derecho Penal no puede sobrevivir, como lo son, por ejemplo, el principio de culpabilidad o de acción. En todos los campos modernos que pretende estudiar la política criminal de nuestros días se nota el enfoque preventivo, tal vez más marcadamente en el Derecho Penal del Ambiente, en el campo del narcotráfico

y en el de la corrupción administrativa, pero también en el terrorismo ...”²⁴

Con lo descrito, pretenderemos valorar la factibilidad de conciliar esa realidad contrastante que menciona Silva Sánchez, con el principio de intervención mínima y la atención de nuevas formas de delincuencia, lo que no debería ser negado como tesis de principio²⁵, quizás desde una perspectiva distinta a la que deriva de las concepciones dogmáticas vigentes en torno a la sociedad del riesgo y esa necesidad persistente de mitigar la sensación de inseguridad que embarga a algunos sectores de la sociedad en forma cíclica. En esa tarea, sin duda, un comienzo debe ser la no deformación de la realidad y de las necesidades de la sociedad.

Asimismo, será necesario determinar si es posible efectuar la atención de esas nuevas necesidades sin recurrir a instrumentos que conculquen los principios por los cuales se ha trabajado tanto históricamente para atender los fenómenos tradicionales de delincuencia.

IV. ¿SE JUSTIFICA UNA REFORMA PENAL INTEGRAL DEL CÓDIGO VIGENTE?

En la relación necesaria que hemos establecido entre una política criminal verdadera en el país y la discusión sobre el proyecto de Código Penal, creemos que el tema no debe circunscribirse al análisis únicamente de principios, tipos penales, realidades que se pretende tutelar, etc. Más bien antes subyace una pregunta trascendente, respecto de si es necesario el dictado de un nuevo texto en esta materia o bien solamente recurrir a una reforma integral pero relativa a sus carencias y problemas, permaneciendo las regulaciones que han resultado eficaces o cuando menos exentas de discusión.

Tal premisa fue objeto de discusión en algunas de las sesiones de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, llegándose a una respuesta afirmativa, aunque en definitiva prevaleció un direccionismo previamente establecido.

Una de las diputadas más activas en la discusión del proyecto, la Licenciada Laura Chinchilla, llegó a señalar sobre este punto:

“ Me parece que lo que en realidad surge ante la pregunta, es si esta Comisión lo que quiere es abordar una reforma integral al Código Penal o, si en el fondo consideramos que no es necesaria una reforma penal, como pareciera haber sido la sugerencia de algunos de los señores asesores, que

²⁴ Op. cit., pp. 34-35.

²⁵ En tal sentido, ver Silva Sánchez (Jesús María) La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, pp. 18 y siguientes.

con mucha gentileza nos han venido acompañando en esta Comisión. Como bien lo señaló el señor Villalobos, algunos principios del Código no han dado problemas hasta ahora, ¿por qué modificarlos? O bien, está la propuesta que presentó el señor Francisco Castillo González, en el sentido de mantener, prácticamente la misma redacción del Código anterior, en lo que se refiere al principio que en este momento está siendo discutido mediante esta moción. La pregunta que yo me haría y me parece que es la premisa de la que deberíamos partir es: ¿Estamos nosotros buscando una reforma integral al Código, o no? Porque, si no es así, siento que podríamos considerar la posibilidad de mantener mucho de lo que en su parte introductoria tiene el Código actual y más bien revisar distintos tipos penales que es donde se ha presentado la mayor parte de las reformas de los últimos años. Prácticamente, ninguna de las reformas que ha conocido esta Comisión ha tenido que ver con estos temas, básicamente se ha discutido sobre cuántos años más o menos se le pone a una pena, cuál se elimina y cuál se crea. Me permito dirigir la discusión hacia este tema, porque me parece que es importante y dentro de esta tesitura abrir la pregunta a los señores asesores, sobre si es conveniente o no, una reforma integral al Código. En consecuencia, que nosotros aclaremos esta posición antes de seguir analizando este Código.”²⁶

Frente a esa posición, tenemos la del Dr. Francisco Castillo González, referente del quehacer dogmático en nuestro país y con gran experiencia en la práctica penal:

“... Pienso que las leyes van cambiando conforme cambian las circunstancias. El Código Penal actual es de 1970. Una época en donde no había computación, donde no había el cambio fundamental que hubo en la medicina, etc. Pienso que si se hace un esfuerzo para modificar la legislación, es preferible modificarla en su totalidad. No pienso que sea conveniente tocar unos cuantos artículos que queden mal, porque, en definitiva, pienso que el Código Penal tiene que ser una unidad.”²⁷

Por su parte, uno de los voceros de la Corte Suprema de Justicia en la discusión del proyecto, el Magistrado Daniel González planteó sobre el mismo tema lo siguiente:

“... Sí creo que hay que hacer una reforma integral, totalmente. El simple hecho de que en la misma corriente legislativa haya una gran cantidad de proyectos de ley dirigidos a modificar, parcialmente, el Código Penal, refleja la necesidad de que se

²⁶ Palabras de la Diputada Laura Chinchilla Miranda, visibles en: [Asamblea Legislativa](#), Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 14 del 25 de junio del 2002.

²⁷ *Ibidem*.

haga un estudio integral (...) Creo que sí requiere de una modificación integral...”²⁸

Al respecto, Francisco Dall’Anese expresó lo siguiente:

“Es por la pregunta que hizo don José Miguel Corrales, en relación con la intervención de doña Laura Chinchilla acerca de si era necesario reformar el Código integralmente. En realidad, creo que el país tiene que hacer conciencia de que en 1989, cuando se creó la jurisdicción constitucional cambió el Estado, cambió la estructura del Estado. Se creó un nuevo Poder, aunque esté dentro de la Corte, es un nuevo Poder, porque le puede a lo que diga la Corte, así que, está por encima de la Corte y la Sala Constitucional, o más bien, el Estado Constitucional de Derecho que se crea a partir de 1989, produce un cambio significativo. La Constitución deja de ser una carta de buenas intenciones y se convierte en un cuerpo con valor normativo de aplicación inmediata. Antes, la Constitución solo servía para adornar bibliotecas. El cambio implica un cambio en la técnica jurídica de interpretación de la ley, porque a través de la ley, ahora hay que interpretar la Constitución Política y los valores que tiene. El Código Penal va a desarrollar el régimen político de la libertad, que es diferente ahora, al que teníamos antes de la Sala Constitucional. Y, el trabajo que hemos hecho ha sido como poner al día, el Código Penal, de acuerdo con lo que ha venido diciendo la Sala Constitucional y a las leyes de reformas penales que ha emitido la Asamblea Legislativa. De manera que, de este Código en adelante, ya no tengan que recurrir, los jueces, a una serie de interpretaciones para lograr llegarle a la Constitución, a través de una ley que no observaba en muchos aspectos la Constitución Política. No solo la integración de la Sala Constitucional sino muchas resoluciones de la Sala Tercera, acabaron con figuras como los delitos de peligro abstracto que no tenían bien jurídico, por ejemplo, cuando se interpretaba que el libramiento de cheques sin fondos era un delito de orden formal y con solo firmar un cheque que no tuviera fondos implicaba prisión. Las interpretaciones de la Sala Tercera de acuerdo con el Estado Constitucional de Derecho, vinieron a cambiar la situación. Creo que esta es una oportunidad histórica que el país se merece para poner al día el régimen jurídico de la libertad que es lo que se va a decidir aquí. Aquí lo que se va a decidir es, cómo se van las personas a la cárcel y cómo quedan en libertad. Esto es muy importante en un Estado democrático.”²⁹

²⁸ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 14 del 25 de junio del 2002.

²⁹ **Ibídem.**

De todo lo anterior, llegamos a la conclusión de que es necesaria una reforma integral, debido al cambio de la realidad por el transcurso del tiempo, lo que es un hecho indubitable, a la necesidad de un mayor acercamiento a los principios de nuestra Constitución Política y, por qué no plantearlo, a la necesidad de remozar la estructura y conceptos que informan la legislación vigente.

La tarea pendiente de aclaración es el procedimiento y el marco general que guía el proyecto.

V. IDEOLOGÍA DEL PROYECTO

Un interesante punto objeto de discusión al inicio en las sesiones de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos se centró en el tema de la ideología que debía informar el proyecto de código. Una decisión de ese orden, se insistió, incidiría a su vez sobre la concepción que guiaría la redacción de los tipos penales. Un tópico, de esa naturaleza debía mostrarse con rasgos que permitieran establecer una correspondencia con la realidad a normar y no mostrarse simplemente como un elenco de declaraciones teóricas.

En ese sentido, tenemos las siguientes apreciaciones sobre lo que debería ser un código penal, vertidas por la Diputada Rodríguez Arias:

“... Me parece a mí que estos primeros cinco artículos del proyecto, son esenciales para tener una orientación sobre qué tipo de Código Penal es el que queremos tener. De estos primeros cinco artículos se desprende el hecho de si vamos a tener un Código con orientación finalista o un Código con orientación causalista. Si bien es cierto, el ciudadano medio, no conoce de teorías, va a pensar que igual va a ir a la cárcel o no, independientemente de la teoría que tenga el Código. Lo cierto es que, dependiendo de la ideología que vaya a tener el Código, así se va a impregnar todo el cuerpo legal. Sí me parece que es importante tener claridad en ese sentido, porque de acuerdo con lo que he hablado con algunos jueces, con abogados litigantes, con fiscales, pareciera que en la realidad, lo que se aplica al final de cuentas, es la teoría finalista. De manera que, si nosotros estuviéramos trabajando en un Código con otro tipo de orientación, casi sería letra muerta, porque no se aplicaría; sucedería lo que sucede ahora con el Código Penal vigente, que no es exactamente aplicable como debería ser, porque no se ajusta a la realidad judicial. De manera que, es imprescindible saber, qué es lo que queremos y para dónde vamos. Me parece que antes de cualquier cosa, todos tendríamos que tener claridad y sobre todo saber que tenemos que legislar y que tenemos que redactar un código que sea aplicable a la realidad judicial de este país. Me gustaría preguntarle al Dr. Chirino sobre esto, estoy casi segura que es así, porque se concluye de los comentarios que he tenido con

algunos abogados, en la calle; eso es lo que se dice en materia penal. No sé si todos nos hemos planteado esa pregunta. Pero, creo que es absolutamente imprescindible saber, qué orientación le vamos a dar a este Código y con base en eso, cómo es que vamos a regular los delitos y todos los demás títulos y capítulos que vengan, porque me parece que tenemos que dar un instrumento adecuado, que sea realmente aplicable en los tribunales. Tenemos que dar un instrumento aplicable, por lo que quisiera saber qué han pensando los demás, que me ilustren al respecto con la apreciación de cada uno. Me parece muy importante, porque de la orientación que le vamos a dar, dependen estos primeros cinco artículos...”³⁰

El Dr. Alfredo Chirino por su parte, planteó la necesaria visión normativa, ligada a nuestra Constitución Política, al referir lo siguiente:

“...El fundamento de una teoría del delito como ya lo planteó el Dr. Henry Issa, viene conectada a la estructura de la Constitución Política. Cuando hablamos del artículo republicano, generalmente se le considera solamente una expresión de principios, no es en forma alguna, para mucha gente un vaya dado, que me sirva a mí de fuente para construir una determinada teoría del delito. Es indudable, que cuando hablamos de un Estado Republicano, estamos hablando de un tipo de construcción de un Estado de Derecho totalmente distinto al que podría ser el Estado de Derecho proveniente de un Estado Autoritario, un Estado de Derecho proveniente de una Estado de carácter Teocrático, estamos hablando de un Estado de Derecho totalmente distinto. Un Estado de Derecho orientado por el principio republicano. Por esa razón, los pasos judiciales a los que está aludiendo el Dr. Henry Issa, con los pasos judiciales provenientes de una teoría del delito de esa estructura ideológica, política, de organización del Estado. Es probable que piensen ustedes que esto es algo muy endeble, porque uno simplemente está tratando de ver lo del primero. Lo que refleja esta primera transparencia que queremos compartir con ustedes es simplemente, que el artículo 1 no se puede ver solo, como tampoco se puede ver solo el artículo 39. Esos principios del artículo 28, 2º párrafo, 39, 1º, 33, incluso pondríamos el 41, sobre todo lo que se refiere al debido proceso. Están íntimamente ligados por una orientación antropológica, una orientación del derecho penal dirigida al sostenimiento de un determinado concepto del ser humano. Por esa razón, los pasos judiciales para el juzgamiento de una persona que ha realizado una conducta

³⁰ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 16 del 2 de julio 2002.

prohibida tienen que estar orientadas en esa misma tesitura...”³¹

Es un tópico también señalado en distintos foros y sobre el cual hay un evidente consenso³².

De acuerdo a lo descrito, esbozamos como bases presentes en el proyecto de código penal: primero, la protección de bienes jurídicos; segundo, la reafirmación de la autoridad de las normas y, en tercer lugar, la imposición de penas necesarias sólo a quienes transgreden las normas prefijadas como parte de un núcleo esencial de protección.

Claro está que una teorización inicial como la planteada, reviste las características de una visión delicada en sus alcances, pues se trata del marco de referencia en el cual el Estado ingresará en la esfera de la individualidad. Dependerá de la decisión final sobre la orientación de ese cometido, que los resultados sean deseables o bien objeto de controversia.

Sin duda es un tema sobre el cual es difícil hacer afirmaciones, ya que si no ha habido antes diseño de política criminal alguno, es sumamente difícil establecer la preponderancia de un modelo específico en Costa Rica que se pretenda mantener o remozar.

Por otra parte, la visión del proyecto de código penal nos permite eventualmente detectar un interés *post delicto*, sin concentrarse en qué hacer para evitar casualmente la comisión de esos hechos. No basta solo definir delitos, sino diseñar políticas dirigidas a minimizar el acaecimiento de los fenómenos delictivos, es decir el riesgo de ser víctima.

En lo que atañe a la creación de los delitos, puede estarse continuando una ordenación prácticamente intuitiva, pues no hay evidencias de estudios serios que deriven en la necesidad de nuevos tipos penales, para atender determinadas formas delictuales.

Al crear un tipo penal simplemente se regula una conducta, pero sin pensar en el efecto pretendido con ello y la eficacia para alcanzarlo. La razón para introducir un tipo penal debe ser su legitimación normativa y de hecho³³.

³¹ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 30 del 21 de agosto del 2002.

³² En tal sentido, se rindieron conceptos en las **Primeras Jornadas Universitarias de Derecho**, Reflexiones sobre el proyecto de Código Penal, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, 29 y 30 de noviembre del año 2002.

³³ Algunos de estos conceptos fueron rendidos también en: **Conferencia del Licenciado Francisco Dall’Anese Ruiz**, Auditorio de la Plaza de la Justicia, del 20 de febrero del año 2003.

Desde otra perspectiva tenemos las palabras del Magistrado González Álvarez, para quien la filosofía del proyecto se enmarca dentro del afán de que la pena privativa de libertad debe ser la última ratio y solo como efecto de la reacción estatal frente a ciertos hechos que ha definido como delitos. Por lo tanto, bajo esa misma convicción debe observarse la creación de los tipos penales y en especial su contenido³⁴.

VI. EL PROCESO DE LEGISLACIÓN EN MATERIA PENAL EN NUESTRO PAÍS: UN REFERENTE

Las primeras sesiones de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos nos permitieron analizar discusiones sobre la forma como debía afrontarse el análisis del texto planteado como proyecto, sobre lo que debe ser la nueva legislación penal marco.

Una posición de interés fue, nuevamente, la de la Diputada Laura Chinchilla, que reiteradamente insistió sobre que una política penal expresada en codificaciones nunca podrá ser el instrumento, por sí solo, para atacar la criminalidad y mucho menos resolverla.

“...Quiero razonarla a partir de tres elementos. Me parece que cuando los legisladores nos enfrentamos a modificar los instrumentos de la legislación jurídico penal y lo hacemos bajo la perspectiva de que, a través de esta vía, podemos afectar los niveles de delincuencia o de violencia que vive la sociedad, puede ser contraproducente, porque podríamos estar creyendo que a través del Derecho Penal es que se combate la delincuencia o la criminalidad en una sociedad. Siento que es importante dejar esto claro, porque el Derecho Penal, tal y como ha sido expresado por distintos expertos y distintos organismos internacionales, debe ser una herramienta, que por su naturaleza eminentemente represiva, debe ser utilizada con mucha racionalidad, debe ser utilizada como última alternativa por parte del Estado, para intervenir ante cierto tipo de situaciones y debe ser utilizada, en consecuencia, con mucha medida. Ciertamente, nuestro país ha estado experimentando una ola de criminalidad importante, desde hace unos 10 ó 15 años. La criminalidad se incrementa, particularmente, la criminalidad violenta. No podemos desconocer que hay problemas relacionados con el crimen organizado. Pero, quiero señalar, que en mi criterio, el fallo de la política estatal no ha estado tanto, en la política penal, como en una adecuada política de prevención del delito. En ese sentido, no me refiero, única y exclusivamente a las políticas suaves de prevención

³⁴ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 28 de mayo del 2002.

social del delito, sino también, a lo que es la intervención oportuna de los cuerpos de inteligencia y de la policía administrativa. Me parece, que hasta tanto el Estado costarricense no aborde estas otras áreas, podemos seguir creyendo que a través de la política penal vamos a combatir la criminalidad, la criminalidad violenta y el crimen organizado. Siento que no es así, no solamente porque yo lo sienta, si no, (sic) porque ya ha sido demostrado por distintos analistas que más que, la magnitud de la pena, lo que es importante, si queremos mandar un mensaje a la sociedad desde el Derecho Penal, lo que es importante es que haya una certeza en el castigo. En ese sentido, el llamado más bien ante la justicia penal, más que incrementar los topes de las penas, debería ser cómo revisamos la administración de justicia para que haya celeridad en los procesos judiciales y haya castigos efectivos en los casos en que tienen que darse esos castigos. Me parece que, obviamente, no hay que perder de vista el tema de las víctimas. Pero también quiero recordar que si nosotros nos ponemos a juzgar a las víctimas, y con justa razón, la víctima siempre querrá el castigo, la víctima siempre querrá la revancha, la víctima siempre querrá la venganza. Aquí también nos planteamos, ¿para qué está el Derecho Penal?. Ciertamente, el Derecho Penal no está para vengar un crimen que fue cometido. El reto que tenemos ante el tema de las víctimas, es no permitir o darle la oportunidad a las víctimas para que se venguen si no, ver como cada vez hay menos víctimas en nuestra sociedad, y esta no es una tarea del Derecho Penal, sino que es la tarea de otras instancias del Estado que deberían intervenir y que no intervienen oportunamente. Me parece, que tenemos un reto, en cuanto al tema de las víctimas dentro de lo que es todo el proceso penal, pero siento que está siendo, relativamente, bien manejado con las reformas que se introdujeron al Código de Procedimientos Penales. Pienso que en lo que va a ser la Ley de la Ejecución de la Pena podríamos también abordar todo lo que es el tema de la participación de la víctima. También ver el tema de las penas máximas o mínimas y cómo vamos a castigar cada uno de los delitos desde el punto de vista, estrictamente, de las víctimas puede llevarnos de nuevo a tener un Derecho Penal, fundamentalmente, vengativo, que me parece que no es el papel que le corresponde. Finalmente, no podemos dejar de mencionar que ciertamente, aunque estemos aquí hablando de los criminales más aterradores que pueda tener la sociedad, al final son seres humanos, que ya son muchos los años en que el sistema internacional fundamentalmente, las Naciones Unidas ha estado tratando de hacer ingentes esfuerzos por llamar la atención en cuanto al tema de la humanidad de la pena y que no podemos olvidar que sigue siendo el sector más abandonado de cualquier sociedad...”³⁵

³⁵ Palabras rendidas en **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 46 del 29 de octubre del 2002.

Y es que el tema de la necesidad del concurso de varios sectores en el tema de la política criminal y la reforma de un código especialmente, nos permite igualmente establecer un consenso a nivel de nuestra doctrina y práctica forense. Lamentablemente los hechos no suelen reflejar esa preocupación. Citamos unas breves palabras del Dr. Fernando Cruz:

“Me parece que la posibilidad de discutir los principios de política criminal del Código Penal o de la Reforma al Código Penal, es un elemento muy importante. Solo señalo que tal vez hemos tenido históricamente, con algunas excepciones el problema de que la política criminal ha sido predominantemente diseñada desde el Sector Judicial y eso tiene muchas ventajas, habla muy bien del Sistema Judicial, pero me parece que otros sectores, especialmente, importantes en ese diseño de política criminal han tenido un papel un poco más reducido.”³⁶

VII. OTROS TÓPICOS OBJETO DE DISCUSIÓN DENTRO DEL MISMO PROCESO

Además de los aspectos, que llamaríamos macro, antes relacionados, vitales para la comprensión primero del proceso de gestación de un eventual nuevo código penal, es necesario hacer referencia igualmente a otros aspectos objeto de debate que guiarían la normativa represiva.

A. Bienes jurídicos.

Uno de los pilares fundamentales del proyecto es lo relativo a los bienes jurídicos, a los cuales se vinculan todos los tipos penales y cuya afectación determinará el que se justifique o no una persecución.

Al respecto citamos las palabras del Magistrado González Álvarez:

“...En la parte especial, en relación con los bienes jurídicos yo me he limitado a ser como ejemplificativo. Incluso no mencionaba los de imprenta que son muy importantes, y que recordé después de la inquietud que formulaba la Diputada Chinchilla, pero hay muchos otros ejemplos de tipos penales que se podrían dar, no sólo que se vienen a redactar mejor. Sí se sigue siempre el sistema clásico, en el sentido de que la vida, la libertad, la integridad física, son los bienes fundamentales, el ser humano. En esto no hay cambio en el proyecto, sobre todo porque responde a la Constitución. Recordemos que el Derecho Penal lo que hace es proteger bienes jurídicos ya definidos en el resto del ordenamiento. Los

³⁶ Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 40 del 1º de octubre del 2002.

protege de una manera particular, estableciendo que su transgresión es penalmente relevante y que amerita además, de las otras consecuencias del Derecho, la pena penal, porque hay penas en todo el ordenamiento, la prisión, fundamentalmente, y lo que corresponde a responsabilidad civil. Este esquema no se quiebra. Lo que se hace es modernizarlo, actualizarlo con base en la actividad empresarial que cada día deja por fuera los tipos penales y la forma en que la actividad ilícita se va conduciendo y que requiere de ajustes; la informática que vino a replantear los términos del delito de estafa o de documento, en los cuales ya no se requiere un documento físico para falsificar o falsear una información, sino que se requiere información virtual, donde las nuevas tecnologías exigen la modernización del Código Penal.

Nuestro Código Penal fue aprobado en 1970, se elaboró en los años 60 y responde a criterios de la primera mitad del Siglo XX, requiere de esta actualización. Es urgente. No se trata simplemente, de un reacomodo, de una mejor definición de los tipos, si no (sic) (...) de una necesidad de que haya una más adecuada punición (sic) de los bienes jurídicos...³⁷

Claro está, que el tema también motiva especulaciones teóricas tales como las que formula Castillo González al respecto:

“...En primer lugar, pienso que si somos lógicos con lo que aprobó la Comisión, de que no hay delito, cuando no hay violación al bien jurídico tutelado, debería establecerse expresamente en relación con el delito absolutamente imposible. O sea, en el delito absolutamente imposible, cuando hay imposibilidad de medios, de objeto o de sujeto, no se viola ningún bien jurídico tutelado. Por ejemplo, alguien dispara sobre un muerto, en realidad ahí nunca corrió peligro el bien jurídico tutelado, porque ya había desaparecido. Tal vez, partamos del artículo 24 actual, éste establece hoy día, es que, no se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito. En consecuencia, nuestro Código distingue entre tentativa absolutamente imposible, que no está sujeta a pena y tentativa relativamente imposible, que sí está sujeta a pena...”³⁸

Ratificamos la necesidad de orientar al juzgador, a la víctima y al operador en general de la materia penal, sobre el referente que deben asumir los bienes jurídicos ante conductas u omisiones concretas que deben ser objeto de examen.

B. La estructura del delito: una decisión política.

³⁷ Ver: Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 28 de mayo del 2002.

³⁸ Ver: Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 38 del 18 de septiembre del 2002.

Interesante es la apreciación del Lic. Dall'Anese Ruiz, sobre la necesidad de establecer una estructura general del delito, que debe ser la que informe cada uno de los tipos penales. Esa definición en definitiva será una decisión de política criminal que, por lo tanto, debe ser meditada con miras a las consecuencias futuras, sin caer claro está, en dogmatismos innecesarios. El jurista expuso ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa:

“...Yo que creo que lo que tiene que definir la Asamblea Legislativa, es la estructura del delito. Tienen que tomarse los puntos estructurales y tomar una decisión política. Aquí, por supuesto, que estamos en una discusión muy interesante que, la última vez que se tuvo en Europa comenzó hace 70 años y no se ha terminado. Una discusión entre causalismo y finalismo. A veces, incurrimos en el problema de decir, por un criterio de autoridad, la opinión dominante o el criterio más moderno, estas cosas no son ciertas. La opinión dominante no existe, porque nadie ha hecho un conteo de cuántos autores, ni cuántos jueces siguen una u otra posición. Creo, que deberíamos de tratar de entrar a la cuestión política del Código Penal, ver cuál es la estructura que va a tener el Código, qué es lo que quieren los señores diputados que tenga como orientación una estructura del delito y a partir de ahí, ver el diseño que se está proponiendo en el proyecto.

Honestamente, creo, que se ha creado un instrumento que puede ser interpretado por jueces finalistas y por jueces causalistas, sin que se le haga daño a la democracia. Yo no creo que el planteamiento que hace don Henry, en la lámina titulada: La conducta, sea el contenido único que tiene el proyecto. Yo no sigo el finalismo, sin embargo, creo que con esto se puede hacer justicia. Igual creo que cualquier otro juez que sea finalista puede considerar lo mismo. Esto será lo que sigue, después de lo que ustedes hagan. Ustedes van a hacer la legislación, los profesores van a hacer la doctrina y los jueces van a hacer la jurisprudencia. Este es un proceso de maduración de la ley. Lo que quisiera nada más, es llamar la atención, para no perdernos en estas discusiones, que, al final de cuentas nadie las ha terminado, porque nadie puede decir quién tiene la opinión dominante, ni quién lleva la razón. En Derecho no hay certeza, si no, (sic) razonamientos válidos y entonces, creo que lo que tenemos que definir es lo que esperan los señores diputados. De alguna manera, trabajando sobre la base de casos, no tan fantásticos como el caso de la tormenta que proponía Welzel hace 70 años, si no sobre casos reales que tengamos que ver en los tribunales, que podrían ser los límites a los cuales los señores diputados podrían ponerle atención para ver cómo esperan que se resuelvan determinadas cosas, creo, que entonces, se podría tener una orientación política de lo que se espera. Pero, si nos enfrascamos en una orientación de orden doctrinario que es estrictamente técnico-jurídico-penal, como pareciera que es

lo que se está produciendo esta tarde, entonces, nos vamos a perder en lo que realmente tiene que ser el Código. El Código tiene que ser un instrumento que le sirva al intérprete, es la decisión de ustedes lo que va a marcar la cancha al intérprete dentro de lo que él cree, hasta dónde puede llegar. Pero, no podemos circunscribirnos a una doctrina de orden finalista o de imputación objetiva, porque entonces va a tardar discutiendo, 70 años como en Europa y no vamos a terminar haciendo un Código Penal.”³⁹

Lo descrito debe vincularse, a nuestro juicio, con lo que no debería ser la tarea del Derecho Penal. Sin embargo, varios de los productos del proyecto se orientan hacia lo contrario. Nos referimos a las labores de ingeniería social del Derecho Penal.

En el tema del incumplimiento de la obligación alimentaria, el Dr. Chirino no pudo soslayar esa realidad, citándola como representativa de supuestos en que el Derecho Penal se ve obligado a una necesaria tutela:

“... La jurisprudencia de familia ha indicado que los créditos alimentarios son deudas y, desde ese punto de vista, dicen, no hace alusión a la prohibición Constitucional, la cual expresamente hace la alusión a que esas deudas no entran dentro de la prohibición genérica del ser puesto en prisión, por incumplir o no, honrar las deudas. Por esa razón, entonces, la discusión debe plantearse por donde me parece que los señores diputados lo han intentado, que es casualmente, pensar primero: ¿Estamos imponiendo un tipo de ética o moral en cuanto al respeto y a honrar las deudas alimentarias? ¿Qué está pasando con una solidaridad impuestas (sic), vía normativa? ¿Qué está sucediendo con nuestras familias, donde es necesario que hasta el Derecho Penal reaccione, para hacer que los costarricenses, no sólo honren sus deudas sino también respeten sus familias? Es una pregunta de política criminal, la cual, no es de fácil respuesta para alguien que se acerca como asesor. Es una pregunta muy importante que tiene detrás, también, una buena parte de las reivindicaciones que las mujeres aluden y alegan. Casualmente, una de las preocupaciones que las mujeres expresan, usualmente, a sus asesores legales es, que sus maridos o compañeros renuncian a los trabajos, se emplean en empleos –valga la redundancia- que no tienen reporte de salario a la Caja Costarricense del Seguro Social, precisamente, para que nunca puedan ser objetos de persecución. De alguna manera, el artículo 213 trata de establecer un puente con esas inquietudes. Claro que hay preguntas de libertad individual muy importantes que hay que reflexionar, sobre si puedo llegar tan lejos, en el castigo de esos maridos y compañeros irresponsables, que renuncian a

³⁹ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 30 del 21 de agosto del 2002.

un trabajo y se emplean informalmente, para que nunca pueda ser objeto de una persecución vía judicial, tanto en sede familia como en sede penal. Evidentemente, aquí estamos llevando lejos la tutela penal, pero parece ser que los fines y las condiciones sociales en las que estamos viviendo, nos llevan a esas soluciones extremas. De hecho leía también, en los medios de comunicación colectiva, que el índice de familias jefeadas por una mujer es gigantesco en nuestro país y la mayor parte de ellas, no obtienen ningún tipo de ayuda económica, por parte de quienes originaron con ella, esa familia. Así que evidentemente, hay un problema social grande que está latiendo detrás de esto y la decisión de política criminal, tiene que tomar en cuenta esa altísima sensibilidad de este problema.”⁴⁰

Este aspecto debe vincularse, también con una crítica a la propuesta del Dr. Chirino de dejar a los juzgadores elegir la teoría del delito que en concreto permita examinar una conducta objeto de remisión a la instancia penal, que fue señalada en sus comparecencias a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa y en otras oportunidades⁴¹. El Lic. Dall’Anese Ruiz estableció la interesante referencia que enunciamos enseguida:

“... En realidad, sería ideal hacer un Código Penal con una parte penal muy simple, que tuviera conceptos generales y que cada juez, según la Teoría del Delito que siguiera, que también corresponde a su ideología del Derecho Penal, fuera creando la jurisprudencia. Pero, la verdad es que, para eso requeriríamos jueces muy calificados. No quiero hablar mal de mis colegas de la judicatura, pero, requeriríamos jueces muy calificados, muy versados en Teoría del Delito y es lo que más se falla en los exámenes de jueces. Luego, yo sí soy un convencido de que la estructura del delito es una decisión política. Lo que es un delito lo tienen que decir los diputados, no lo tienen que estar diciendo los jueces. En consecuencia, me parece que el Código sí tiene que plasmar una estructura del delito, aunque deje un margen a interpretación para aplicar en el ejercicio del Poder Judicial, el concepto de justicia que tenga el juez...”⁴²

Útil es la reflexión para conocer una falencia a lo interno del sistema, señalada por uno de sus mismos integrantes y por lo tanto válida como indicador.

⁴⁰ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 72 del 26 de marzo del 2003.

⁴¹ Hacemos referencia a: **Conferencia** en el Auditorio de la Plaza de la Justicia, el 27 de febrero del año 2003.

⁴² **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 29 del 20 de agosto del 2002.

C. Eliminación de delitos calificados por el resultado.

Los delitos calificados por el resultado desaparecen en el proyecto, lo que no implica que sean marginados de la persecución penal, sino que los mismos son observados desde otra óptica para su inclusión en el sistema.

En este punto es interesante cómo, en un tema sobre el que no hay un total consenso, prevalece en definitiva un criterio manejado a nivel del Poder Judicial. Es un ejemplo de la participación de una de las agencias de control social y de criminalización secundaria en la determinación de un lineamiento del proyecto.

Sobre el tema señaló el Magistrado González Álvarez en una de sus comparecencias a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos:

“...En relación con los delitos calificados por el resultado, nada más, para señalar que sí, efectivamente, hay una eliminación de todos los delitos calificados por el resultado. Por ejemplo, la violación con resultado muerte. Todos los que están en el Código Penal vigente. Porque, se estimó que si hay un hecho posterior y le es atribuible al título de dolo o culpa y está previsto como un hecho delictivo, lo que ocurriría sería o un concurso o un delito o uno subsumiría al otro. Es decir, la acción habría que analizarla conforme al otro tipo penal que ha realizado y habría que aplicarle la pena, dependiendo si estamos en presencia o no, de un concurso o de un cúmulo de ilicitudes y, habría que aplicar la figura más grave, dependiendo de cuál sea la naturaleza del hecho que se llegue a tipificar, porque (sic) eso es que se eliminaron. Y, si ese resultado no ocurre por ninguna razón atribuible al sujeto, el resultado no se produce ni a título de dolo ni a título de culpa, no podría serle imputable, entonces, en consecuencia, el resultado por esa razón, es que se estima que los delitos calificados por el resultado son contrarios a la Constitución, en el sentido de que no se está responsabilizando penalmente por una responsabilidad personal...”⁴³

Esa posición ha sido ratificada luego en varias ocasiones⁴⁴.

D. Inconveniencia de delitos de comisión por omisión y la preterintención en el proyecto.

Otro ejemplo de tópicos tratados en el seno de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos es el de los delitos de comisión por omisión, en el cual vemos la mano del Poder Judicial determinando la producción normativa. En este punto es necesario no adherirnos a una idea que niegue esa posibilidad, pues frente a un

⁴³ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 60 del 11 de febrero del 2003.

⁴⁴ **Conferencia del Doctor. Alfredo Chirino Sánchez y la Master Lilliana Rivera**, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 27 de febrero del año 2003.

referente irracional y descontextualizado de la realidad, como podría ser una mera iniciativa popular o legislativa independiente, esa resulta ser una vía atendible.

Sobre ese punto el Lic. Dall'Anese Ruiz expuso lo siguiente:

“...en (...) una sentencia de la Sala Tercera (...) los delitos de comisión por omisión son constituidos por acciones no tipificadas en la ley y que es el juez el que tiene que venir a decir, cuáles acciones entran en la ley y cuáles no. Lo cual es muy peligroso, porque se pone en el juzgador, un poder irrestricto para decir, qué es y qué no es delito (...) No quiero decir respecto del contenido del proyecto de ley o la propuesta del doctor Castillo González, cuál de las dos es mejor. Porque, en mi criterio, las dos son inconstitucionales. El Dr. Castillo González, critica en el proyecto, que no se define la preterintención. Quiero señalar lo siguiente, podría definirse la preterintención, eso no altera absolutamente en nada el funcionamiento del Código Penal. Es más importante definir dolo y culpa. Si nosotros vemos el Código vigente, definió la preterintención y no definió la culpa, esto si era más complicado, porque hay muchísimos delitos culposos, pero solo hay un delito preterintencional en todo el Código vigente. Si vamos a las sentencias, en que se ha utilizado el homicidio preterintencional ninguna cita la definición de preterintención que está en la parte general del Código, porque no es necesario depender de la definición, cuando es el intérprete el que le tiene que dar contenido a los conceptos normativos que tienen los tipos penales. Pareciera más adecuado definir dolo y culpa, que son los componentes de la preterintención, que dedicarnos a la discutir sobre la preterintención en sí. Si ya definimos estos dos elementos dolo y culpa, ya la preterintención no es necesaria...”⁴⁵

E. Los delitos de peligro abstracto y sus inconvenientes.

Un tópico objeto de recurrente análisis en distintos foros que se han organizado para discutir el proyecto de código penal es el tema de los delitos de peligro abstracto, que se señala abundan en algunos de las previsiones novedosas del nuevo texto. Lejos de censurar esa eventualidad anticipadamente es necesario establecer algunas ligeras reflexiones.

Se señala al respecto, por parte de Hassemmer, en forma autorizada sobre esta materia:

“...El segundo instrumento del que se sirve el moderno derecho penal para argumentar su capacidad de intervención es la técnica de los delitos de peligro abstracto. Basta echar un vistazo al Código Penal para darse cuenta de hasta qué punto el delito de peligro abstracto es la forma más representativa del

⁴⁵ **Ibíd.**

moderno derecho penal. Los delitos de lesión y de peligro concreto se consideran superados. Es fácil entender por qué el legislador utiliza esta vía. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente...⁴⁶

También algunos autores como Roxin, en algún momento, los han llegado a reconocer como necesarios, si la acción típica está claramente descrita, si el bien jurídico involucrado es fácilmente reconocible por cualquiera, por ejemplo la vida; y finalmente si el peligro es de tal relevancia que en cualquier momento puede realizarse⁴⁷.

Por su parte, juristas nacionales, como el Magistrado José Manuel Arroyo, han manifestado sin embargo una preocupación el sentido de que, tal y como se postulan en el proyecto, nos encontramos ante tipos penales de peligro abstracto muy abiertos, donde el bien jurídico tutelado no aparece necesariamente vinculado a sujeto alguno. Además, afirma, no hay una clara visión ideológica en ese sentido y duda sobre si se ha discutido en nuestro país respecto de si constituyen el mecanismo más eficaz para resolver determinados conflictos de esa naturaleza. En esa misma ocasión el Profesor Henry Issa manifestó iguales reservas sobre si el remedio debía encontrarse en muchos casos en el Derecho Administrativo⁴⁸.

En lo sucesivo, rendiremos algunas apreciaciones en concreto sobre este tema, aunque los gestores finales del proyecto nos permiten anticipar algunas ideas, tal y como lo expuso el diputado Malavassi:

“...Tengo una inquietud grande en relación con el tema de la codificación penal, para que los errores en Costa Rica y todas partes del mundo, se repiten, estamos creando mucho delito de peligro, estamos concentrados más en la parte especial que la general, no estamos construyendo adecuados sistemas de garantía. Y las mociones que me he permitido presentar apuntan en buena medida a eso.”⁴⁹

⁴⁶ Hassemer (Winfried) **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación del Derecho Penal**, 1era edición, Valencia, Tirant Lo Blanch-Alternativa, 1999, pp. 54-55

⁴⁷ Roxin, (Claus) **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**, 1era. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch-Alternativa, 2000, p. 91.

⁴⁸ Criterio rendido en: **Conferencia del Profesor José Manuel Arroyo Gutiérrez**, Principios Orientadores de la Reforma al Código Penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 3 de febrero del año 2003.

⁴⁹ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 77 del 23 abril de 2003.

VIII. DICTÁMEN

Es necesario ahora rendir unas consideraciones derivadas del Dictamen Afirmativo de Mayoría del proyecto de código penal.

Al margen de las siempre válidas valoraciones externas que se puedan hacer respecto de un proyecto de esta naturaleza, derivadas de la interpretación, por ejemplo, es necesario referirse antes a lo que postulan los propios creadores del cuerpo normativo que se pretende entre en el ordenamiento jurídico.

Inicialmente, se nos precisa la vieja data del proyecto y su origen. En concreto, hacemos referencia a lo que fue una iniciativa del Poder Ejecutivo del año 1994, que se había concentrado en el tema de la instauración de un sistema de penas alternativas.

Luego se instauró en el seno de la Asamblea Legislativa una Comisión Especial para estudiar todos los proyectos relativos al ordenamiento jurídico penal, que de alguna forma se encontraban dispersos.

En ese primer momento, detectamos la aparición de diversos sectores que conformarían lo que sería un texto sustitutivo, que no se ocupa ya solo del tema de las penas alternativas, sino de toda la normativa represiva contenida en un código penal.

El nuevo aliento que recibiría el expediente N° 11.871, que data del año 1994, fue formalizado en el acta N° 6 de la comisión especial citada, del 21 de septiembre del año 1995, momento en el cual se cita la presencia del profesor Henry Issa El Khoury, quien se mantendría a la vanguardia del proyecto, casi hasta el momento previo a su dictamen afirmativo de mayoría.

El Licenciado Issa sintetizó la importancia del nuevo texto, primero, al contener una parte general comprensiva de los principios generales que informasen todo el derrotero del Código. Esos principios son consustanciales a nuestro ámbito constitucional, definido por la Carta Magna y por los fallos de la Sala Constitucional, que serán luego el marco de referencia en la interpretación diaria que deben hacer los juzgadores.

Por otra parte, se sostiene que el código proyectado conforma lo que debe ser una verdadera teoría del delito, dando las pautas para que el juzgador enfrentado a un hecho cumpla su misión, ordenando así las distintas particularidades relativas a la acción, las causas de justificación, la culpabilidad, autoría, etc. Además, el Profesor Issa señaló la creación de la pena contravencional para dar efectividad a la represión

de ese tipo de ilícitos. En la parte relativa a los delitos, se hizo una confrontación entre los textos vigentes y la normativa constitucional, la legislación penal anexa y demás normas de interés. Por último, se habría realizado una confrontación con la realidad y la posición de la doctrina nacional sobre ese particular.

Enseguida se habrían analizado la serie de reformas propuestas y se incorporaron en el proyecto.

Sintetizamos la posición manejada en ese momento, con las siguientes palabras del Licenciado Issa relativas al texto sustitutivo:

“...si hubiera que resumir la filosofía que lo sostiene, diríamos que es una idea de constitucionalidad necesaria en una República; el artículo 1º de la Constitución Política decide que Costa Rica es una República y cuando dice eso, para nosotros tiene una connotación fundamental de decidir por un sistema sancionatorio racional. Es decir, en la República el ser humano es el centro del quehacer estatal; en el Estado autoritario, el Estado es el centro del quehacer humano; en la República es al revés, por lo tanto, el sistema sancionatorio de una República debe ser racional, con penas racionales, acordes con los hechos y con las personas. En un Estado autoritario el derecho penal es autoritario, por lo tanto, a la sanción no se le exige la cualidad de ser racional. Ese es el norte que guió estas reformas y la presentación de este texto sustitutivo...”⁵⁰

Finalmente, se agregó la convergencia de muchos autores en dicho texto, de modo que no podía circunscribirse a uno solo su autoría. Además, se señaló la necesidad de someter a consulta el texto a todos los sectores que pudiesen aportar algo al mismo, no solo los operadores del sistema penal.

Luego, el texto se sumiría en un letargo y no es sino con la presente legislatura que asume nuevos bríos, superando un fallido dictamen previo de dicho proyecto.

La Corte Suprema de Justicia, incorporando una comisión de expertos al interno de su estructura procedió a analizar el proyecto disponible en la Asamblea Legislativa y, con la colaboración de técnicos de la Asamblea Legislativa, rindió su propio dictamen, el cual fue puesto en conocimiento del Poder Legislativo formalmente en la sesión N° 10 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, en fecha 11 de junio del año 2002, luego de que en el año 2001, formalmente, había recibido el texto para su estudio⁵¹.

Pero volvamos al dictamen afirmativo de mayoría.

⁵⁰ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 28 de mayo del 2002

⁵¹ Para mayor abundamiento ver: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 10 del 11 de junio 2002.

En dicho documento se reconoce que las creaciones en el Derecho Penal han sido normalmente la respuesta a clamores de seguridad por parte de la ciudadanía. En no pocos casos, las respuestas que se dan no toman en cuenta que la realidad responde a problemas sociales y económicos profundos.

También es importante destacar, como en el mismo dictamen se plasma, un aspecto quizás no tan claro para algunos: el producto final reflejará teóricamente el perfil ideológico y político del Estado a partir de los intervinientes en su redacción y aprobación final.

Otra aspiración contenida en el proyecto es la convicción de que el ser humano debe ser el centro de la función estatal, de modo que, en consecuencia, el sistema represivo debe ser racional y la pena debe ser tal que corresponda al reproche que deriva del hecho. En concreto se afirma:

“...El derecho penal costarricense, por mandato constitucional, debe ser un sistema jurídico montado sobre bases de racionalidad y de consideración de las necesidades sociales, como fundamento y límite de la prohibición; un derecho que sanciona conductas humanas posibles y realizables y no meras proposiciones ideales, inventadas por un legislador...”⁵²

Otro de los fines que se le asigna el proyecto es otorgarle al país una administración de justicia penal más eficiente y eficaz, para cumplir uno de los objetivos del Estado democrático: dar respuesta pronta y clara a los pedidos de justicia de los habitantes, de manera imparcial e incorporando a la víctima.

Se indica también en forma categórica, que el sistema viene a ser más severo, pero a la vez más justo. El sistema de penas alternativas también será una vía para que el Estado siempre mantenga la mirada atenta sobre el infractor.

Acudiendo al mismo dictamen, detallamos algunos aspectos que son de nuestro interés y que se encuentran desarrollados en el mismo:

“...1. La creación de nuevos delitos. El proyecto crea una serie de nuevos delitos que se necesitan desde hace tiempo en Costa Rica, por ejemplo, los relativos a la manipulación genética, el comercio de órganos y la violencia doméstica.

2. La actualización de tipos penales con la finalidad de que las descripciones de los delitos recojan aspectos novedosos del quehacer social, con seguimiento de las reglas más modernas y de respeto a los principios constitucionales. Es el caso de la utilización indebida de servicios, para la

⁵² **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Dictamen Afirmativo de Mayoría, Ley de Reforma al Código Penal, Expediente N° 11.871, 22 de abril del 2003.

represión de quienes «hurten» electricidad, agua y telecomunicaciones.

3. Igualmente, en muchos casos tipos penales que aunque mantienen el mismo nombre, tienen contenidos totalmente actualizados, como el caso de los Delitos Contra el Ámbito de Intimidad, ahora referidos en forma más amplia a la violación de datos personales y comunicaciones.

4. Se elimina (sic) aspectos moralizantes que provocan una distorsión en la aplicación de las normas penales y que, con frecuencia, trasladan el reproche a las víctimas.

5. Se crean delitos que incluyen la utilización de nuevas tecnologías, como el fraude informático, la falsificación de tarjetas de débito o de crédito como falsificación de moneda, o la protección de la intimidad y privacidad cuando se vulnera por medio de la manipulación de bases de datos electrónicas ...⁵³

Partiendo de lo indicado, no parece que el proyecto siga claramente una orientación minimalista, cosa que no entra en contradicción con la necesidad de incriminar ciertos tipos específicos de conducta.

Aquí es conveniente recordar algunas palabras de Fernando Tocora:

“...Y sin embargo, este planteamiento minimalista no va en contra de la expansión criminalizadora en el ámbito del delito de cuello blanco, como una postura de protección de bienes jurídicos colectivos o sociales, ante comportamientos de agresión resistentes a otro tipo de correctivo legal (delincuencia ecológica, fraudes alimentarios y de medicamentos, atentados contra la seguridad industrial, gran corrupción administrativa, etc.); la extrema ratio sigue aplicándose aquí, en la medida que las conductas de esa naturaleza que puedan ser controladas mediante otras instancias (derecho administrativo, derecho policivo, etc.) no sean comprendidas dentro de la respuesta punitiva. Ni tampoco puede ir el minimalismo en contra de las penalizaciones de los graves atentados contra el orden democrático (caso de los golpes militares contra gobiernos constitucionalmente elegidos), ni contra el terrorismo del Estado, ni contra el crimen organizado, porque tanto unos como otros están afectando los imprescindibles valores de sociedades que requieren la salvaguarda del orden democrático y el respeto de los derechos humanos...”⁵⁴

Una interesante posición, contraria a los que niegan la creación de algunos tipos penales. Lo que debe evitarse claro está, es que bajo esos objetivos se recurra a tipos penales en blanco que recurren a fuentes ambiguas, que no otorgan ninguna seguridad jurídica. Igualmente peligroso es que, en ese mismo afán, se recurra a la

⁵³ **Ibíd.**

⁵⁴ Tocora (Fernando), **Op. cit.**, pp. 8-9.

producción de legislación coyuntural y efectista o, en síntesis, de un Derecho Penal reactivo, como bien lo señala Tocora⁵⁵.

Previamente al análisis de los distintos tipos penales, es conveniente recordar el enunciado expreso que hace el proyecto, de los principios básicos que deben informar tanto el contenido que deben tener los tipos penales detalladas en el código, como la labor de interpretación del Juez.

Son básicamente seis principios consagrados en igual número de artículos.

Inicialmente tenemos el principio de legalidad (artículo 1º del proyecto), que gira básicamente alrededor de los mismos postulados que la normativa vigente, pero orientándose en su redacción más hacia la acción u omisión que hacia el hecho.

De inicio se podrían señalar deficiencias en ese particular en el proyecto que luego puntualizaremos, pero que en las primeras discusiones sobre el proyecto fueron apuntadas por el Dr. Francisco Castillo a título de ejemplo, lo que debe mover a la reflexión:

“...Sí quiero advertir, que este principio, como les digo, proviene de la Constitución Política. Me voy a permitir establecer algunos casos, en los cuales hay normas inconstitucionales en el proyecto del Código Penal. Estas normas no son todas, pero sí son significativas. En primer lugar, una de las modalidades del homicidio calificado consiste en matar 'a la persona con quien se haya mantenido una relación análoga a la convivencia'. No se trata de matar a quien ha convivido en una relación de convivencia, sino análoga a la convivencia. ¿Qué puede significar este término? Lo cierto es que, signifique lo que signifique, no lo define el legislador, sino encarga su definición al Juez, cosa que es contraria al principio de tipicidad, que obliga al legislador a definir la conducta. Esta misma expresión, aparece en otros tipos penales, así en el artículo 150, en el artículo 169 inciso 2, en el artículo 173 inciso 3º y en el artículo 199, por lo cual todos estos tipos son inconstitucionales, por contradicción al artículo 39. Del mismo modo, es inconstitucional, por falta de tipicidad de la conducta una de las formas de agresiones sexuales y específicamente el delito de violación, previsto en el artículo 163 inciso 2º. En este artículo están las formas clásicas de violación: 'víctima menor de edad, de trece años, que se use violencia corporal o intimidación o cuando se encuentre incapacitada para resistir'. Pero, el proyecto considera violación cuando la gente se 'aproveche de la vulnerabilidad de la víctima'. No define el legislador, qué se entiende por este término, que provoca prisión de 10 a 16 años. Por consiguiente, se trata de un término cuya definición queda en manos del Juez. Considero inconstitucional (sic) todos estos artículos que refieren a este texto, además, del artículo citado,

⁵⁵ **Ibídem**, p. 18.

está el artículo 168 y 169 inciso 1º, que usan el mismo concepto. En segundo lugar, existe inconstitucionalidad cuando el legislador no define el tipo penal y crea un tipo penal abierto. Esto ocurre en el delito de tortura, en este artículo se define la tortura como: 'Quien ocasione a una persona dolor, tormento, o sufrimiento físico o psíquico, siempre que el hecho no constituya un delito más grave, será sancionado con la pena de tres a diez años de prisión'. ¿Cuál es la diferencia en este caso, con el delito de lesiones? Por ejemplo, en el artículo 120 del proyecto, se castiga como 'lesiones leves' con pena de 3 meses a 1 año de prisión o hasta cincuenta días multa, a quien 'cauce un daño físico o psicológico que incapacite a una persona para sus actividades habituales...'. El legislador no dice cuál es la diferencia entre las lesiones y el delito de tortura. Una sancionada con una pena de multa y otra con pena de hasta 10 años de prisión. Considero, entonces, que al no establecer la diferencia, aquí hay también una inconstitucionalidad. Son también inconstitucionales, por ser tipos abiertos, los tipos penales 201 y 202 del proyecto. En el primero de estos tipos penales, se castiga a quien determine acciones, decisiones o creencias de su cónyuge o ex cónyuge, o la persona con la que mantenga o haya mantenido una relación análoga a la convivencia o prohíba o limite su libre desarrollo profesional, laboral, deportivo, artístico, mediante chantaje, la desvalorización, el aislamiento, la culpabilización, la intimidación, la vigilancia o la persecución. ¿Qué significa en este artículo los términos desvalorización, aislamiento, culpabilización, vigilancia, persecución? El legislador renuncia aquí a definir estos conceptos, cuya definición en contra del artículo 39 de la Constitución, tiene que hacerla el Juez, con lo cual se convierten estos delitos en inconstitucionales. Son también inconstitucionales en este artículo, las leyes penales en blanco. Las leyes penales en blanco, han sido declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional. En la ley penal en blanco, hay la definición de una conducta, pero se remite a una ley o a un reglamento. De modo, entonces, que la definición de la conducta no está en el tipo que la castiga, sino que está en el reglamento o en la ley, o sea, es fijada en última por autoridades administrativas. Esto ocurre, por ejemplo, en el artículo 267, que castiga como contaminación ambiental 'a quien vierta, libere, abandone sustancias en cualquier estado, en concentraciones o niveles superiores a los permitidos por a (sic) la ley o de los reglamentos'. No dice qué tipo de sustancias, puede ser agua, pero aquí la inconstitucionalidad deviene de que en niveles superiores a la permitida por la ley y los reglamentos. Esto también es inconstitucional..."⁵⁶

Algunos numerales han variado en el proyecto que se dictaminó, pero la base de la crítica prevalece.

⁵⁶ Ver: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 13 del 19 de junio del 2002.

Otros juristas, como el Dr. Daniel González, le restan valor a los reparos en cuestión, apelando a algunas razones que también deber ser consideradas. Concretamente se señala la realidad de las nuevas formas de delincuencia, que bajo el esquema de delitos no convencionales, hacen difícil la definición en conceptos claros y precisos, cayéndose en pocos casos en relativas ambigüedades, donde la labor del juez será fundamental.

Expuso el Dr. González:

“...Para los delitos tradicionales, por lo general, bastaba con una descripción de la acción y el legislador le señala al juez claramente, cuáles son todos los elementos constitutivos de la infracción. Sin embargo, la complejidad de las relaciones humanas y las formas en que opera, sobre todo, la criminalidad no convencional, es más simbólica, realiza una serie de comportamientos más difíciles de describir y en consecuencia, hacen todavía más difícil la tarea del legislador de definirle al juez, cuáles son las conductas punibles y todavía algunas conductas clásicas y yo diría, hablando de tipos abiertos, o de faltos de descripción. Vean ustedes y sin embargo, no nos hacemos mucho cuestionamiento con el tema de las lesiones culposas como está en el Código Penal vigente y viene en el proyecto. Simple y sencillamente, se describen las lesiones culposas en el artículo 124 del proyecto y dice: 'Quien por culpa cause a una persona lesiones'. Vienen descritas ahí, el tipo de lesiones. Aquí el legislador está describiendo hechos o conductas de muy diversa naturaleza, realizadas en condiciones y circunstancias fácticas totalmente disímiles. Por ejemplo, la conducta de un médico en una mala praxis, el ejercicio no adecuado del arte de curar que, eventualmente, puede llevar a una consecuencia lesiva para la salud y se le aplica ese tipo penal. Lo mismo que un conductor ebrio que conduce mal su vehículo, no lo puede manipular y le causa lesiones a otra persona o, la acción de aquel que lleva un animal y no toma las precauciones debidas y le causa lesiones a otra persona. Aquí, podría seguir describiendo conductas y están descritas en ese tipo penal. Claro, yo sé que hay dificultad para describir las conductas. Es decir, la complejidad de las relaciones hace, muchas veces difícil, muy dificultoso, la descripción precisa, en términos puntuales de qué es lo que el legislador está sancionando como hecho punible. Hay muchos tipos. En realidad, si ese fuera el análisis que tendríamos que hacerle de aplicación del principio de tipicidad a toda la parte especial del Código Penal, diría que difícilmente encontraríamos un artículo en el que no haya que hacer alguna interpretación, difícilmente y en consecuencia, todos serían inconstitucionales. Lo digo no con ánimo de atacar las puntualidades que señala don Francisco, es decir, es posible, que haya que precisar algunas palabras, que haya que corregir, esto de la relación análoga que puede prestarse a confusiones y que me parece que tiene razón. Podríamos

buscar una terminología más adecuada. El intérprete no es solo al (sic) juez, porque la verdad es que el Derecho no solo lo interpreta el juez, las partes lo tienen que interpretar. Es decir, que si yo quiero invocar una acción tengo que comenzar por interpretar la norma jurídica en la que me voy a amparar para presentar la acción. De manera que, no solo es el juez el que va a interpretar el Derecho. Todos los operadores van necesariamente a interpretarlo, el policía o el jefe de la policía al darle las instrucciones a sus policías tendrá que interpretar el Código Penal, para decirles cuáles son las conductas que el legislador estableció como delictivas y no esperarse a que el juez lo defina. En realidad este es un problema difícil porque podríamos llegar a abarcar in extremum, el tema del principio de tipicidad y prácticamente, hacer imposible cualquier descripción porque, eventualmente, podrían escaparse a una descripción específica del legislador. Yo no desconfío tanto del intérprete. Creo que es una garantía para el ciudadano. No estoy pretendiendo deslegitimar el principio de tipicidad ni de legalidad, de ninguna manera, considero que esto es vital en un sistema democrático. Es el legislador el que establece cuáles son los hechos que son punibles. Pero, necesariamente sobre los conceptos tendrá que venir alguna interpretación no sólo del juez. Y, hay una gran cantidad de conceptos normativos que van a requerir de esa interpretación. Yo les digo: ¿qué es tortura? Es algo en lo que, obviamente, cualquier descripción muchas veces puede ser insuficiente. Pero, hay una cantidad de conceptos. Tendríamos que hacer un diccionario paralelo al Código Penal para poder definir qué es lo que el legislador quiere decir en relación con ciertos conceptos. Y, muchas veces, un mismo concepto, con el tiempo, adquiere nuevas interpretaciones, porque cambia. En las semanas pasadas señalábamos, en relación con ciertos conceptos, cómo se logra interpretar un término de una manera y, con el transcurso del tiempo, se le da una interpretación diferente, porque han cambiado las relaciones. Lo decíamos a propósito de los delitos de imprenta, de qué es vida privada o hasta dónde puede intervenir. Bueno, las exigencias de la comunidad en relación con la ética de los funcionarios públicos, hace que cada día la privacidad del funcionario público esté más restringida y que el funcionario público deba ser más transparente, en relación con la rendición de cuenta y esto sin que cambien las normas.⁵⁷

Enseguida, en el artículo 2º del proyecto tenemos una novedad: la consagración, en forma independiente, del principio de tipicidad y no ya solo como una característica de la acción u omisión en estudio. La consagración de ese principio es vital para el análisis del contenido de los tipos penales tanto del Código Penal como de las leyes especiales. Ese proceso en algunos tipos del proyecto paradójicamente no se estaría

⁵⁷ **Ibídem.**

cumpliendo a cabalidad, violentando un principio que debe guiarlos, como veremos más adelante.

El artículo 4º del proyecto establece el principio de lesividad, importante por la vinculación que hace con los bienes jurídicos y su daño o puesta en peligro. Con esa previsión, concluimos que el mismo proyecto admitirá los delitos de peligro, restando, luego la polémica sobre si se trata de una afectación abstracta o en concreto.

Sobre el tema de la lesividad, nuestra jurisprudencia es especialmente prolífica sobre el particular, de modo que el proyecto lo que viene a hacer es eco de una realidad conformada por nuestra propia dogmática, remontándose a su vez a la doctrina unánime en ese particular.

Como se puede observar enseguida en algunos fallos de interés, los mismos son contestes en fundamentar la existencia del principio en la Constitución Política, como una de las expresiones de un Derecho Penal liberal o democrático. Además, se han señalado los peligros derivados de no atender los determinantes de un principio de esa naturaleza, pues por esa vía se corre el riesgo de ampliar el ámbito de la criminalización, esta vez no por obra de las leyes, sino de la labor de los juzgadores.

Así, por ejemplo, tenemos la sentencia N° 171-99 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas con veinticuatro minutos del doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve, que indicó en lo que nos interesa lo siguiente:

“...En consecuencia, la actuación de Rojas Rojas se restringió a actos preparatorios, los cuales por tesis de principio de un ordenamiento penal liberal (o 'democrático', como suele convencionalmente llamársele), son impunes; ello no sólo por un asunto de tipificación específica, o de política criminal normada, sino esencialmente en respeto al principio de lesividad que debe entenderse contenido en los preceptos fundamentales, es decir que el Estado no puede intervenir o sancionar acciones que no dañen a otra (s) persona (s) (recogida (sic) tímidamente en el artículo 28 de la Constitución Política). A pesar de ello, frecuentemente los ordenamientos, y el nuestro tristemente no es excepción, echan mano al socorrido expediente de convertir de suyo en figuras típicas propias actos preparatorios de otras...”

Lo descrito no es otra cosa que la expresión del influjo de las distintas corrientes doctrinales que han informado nuestro sistema y, en ese sentido, los propios fallos no ocultan esa referencia, además de señalar a la lesividad como un requisito de tipicidad. El mismo Despacho, en el voto 908-98 de las catorce horas treinta y un minutos del veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, sostiene idéntica apreciación.

Tenemos como manifestación expresa de lo antes citado, es decir la referencia a bases doctrinales, el siguiente extracto de la sentencia N° 556-F-96 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y seis, donde se señala:

“...Se entiende que la posibilidad de poner en peligro o de lesionar el bien jurídico tutelado es un requisito de la tipicidad, aunque no esté expresamente enunciado en el artículo 214 del Código Penal. En una sociedad democrática, respetuosa de los derechos humanos, debe considerarse que el llamado principio de lesividad está implícito en el tipo penal, lo cual reconocen tanto la doctrina mayoritaria como nuestra jurisprudencia, ya que sólo se sancionan penalmente conductas que afecten significativamente un bien jurídico, esto es, aquella relación de disponibilidad entre un sujeto y un objeto de protección suyo, calificado como importante por la ley penal (cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan: Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático, en "Ciencias Penales", N° 8, marzo de 1994, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, págs. 12 a 14; y CHIRINO SANCHEZ, Alfredo y otro: Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, ILANUD, 1991, págs. 40 a 43)...”

Con lo descrito, ratificamos el necesario referente que debe encontrar en la Constitución Política el desarrollo conductual de las distintas actuaciones de la política criminal de una Nación, llevada al quehacer judicial.

Nuestra jurisprudencia ha relacionado también, atinadamente, el principio de lesividad con el de insignificancia, para dar importantes orientaciones sobre la materia.

En tal sentido, tenemos el voto 2001-00074 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas con diez minutos del diecinueve de enero del dos mil uno, donde se indicó lo siguiente en el Considerando II que, por su importancia, transcribimos enseguida, además de tratar el tema de los bienes jurídicos:

“II.- Para pronunciarnos sobre este tema es indispensable hacer un análisis sobre el principio de insignificancia. Hoy acepta la doctrina que se ocupa de la Parte General del Derecho Penal, que para agotar la fase de tipicidad (propia de la Teoría del Delito), es insuficiente que la conducta se ajuste objetiva y subjetivamente a los diferentes elementos que conforman la norma penal y mas bien se requiere, que el bien jurídico protegido en el tipo penal se haya lesionado (o puesto en peligro) de manera considerable. En el sistema normativo vigente, este principio encuentra justificación en el artículo 28 de la Constitución Política que regula el principio de lesividad, en virtud del cual: '... las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la

acción de la ley...'. En ese sentido, conviene hacer un recuento de diferentes sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional, como por esta Sala, en las que se ha desarrollado la importancia e implicaciones del principio de insignificancia. Para ello y por su utilidad para decidir el presente asunto, conviene traer a colación un voto de ésta Sala en el que además se alude a fallos de la Sala Constitucional. En efecto, ésta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema en los siguientes términos: '... III.- Falta de tipicidad penal: Se alega violación a lo dispuesto por los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues el Tribunal condena al imputado por el delito de cohecho propio y le impone una pena de dos años de prisión, cuando, a juicio del impugnante, se está en presencia de un hecho insignificante que en nada lesiona el bien jurídico que tutela la norma. La pena impuesta resulta por completo desproporcionada e irracional; la antijuridicidad de la conducta debe verse por el menoscabo que se supone sufrido por el bien jurídico, debe ser una lesión intolerable al orden comunitario. Nuestra legislación ha avanzado al punto de excluir del ámbito de aplicación del derecho penal aquellas conductas que por lo insignificante del hecho o por el poco perjuicio que ocasionan, no merecen poner en marcha al aparato penal. Nunca puede dejarse de lado el criterio de afectación del bien jurídico para estimar si una conducta es delictiva o no. Varias consideraciones resultan necesarias a efectos de resolver el motivo que se alega. El juicio sobre la insignificancia de un hecho, es, sin duda, un juicio de valor que el juez debe realizar, tomando en cuenta los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y su relación con la realidad social. Ciertamente nuestra legislación procesal lo ha incorporado como herramienta útil de interpretación, para excluir la intervención del aparato represivo estatal, al autorizar al órgano acusador la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos del inciso a del artículo 22 del Código Procesal Penal de 1996, cuando, entre otros 'se trate de un hecho insignificante (...), salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él'. Pese a que se encuentra ubicado en la normativa procesal, es indudable que su contenido y real significado provienen de los conceptos esenciales del derecho penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en un Estado de Derecho. No está de más señalar que incluso en el proyecto de Código Penal que actualmente se conoce en la Asamblea Legislativa, se incorpora el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del derecho penal sustantivo, entendiendo que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado. Esto no es más que el desarrollo normativo del postulado que contiene nuestra Constitución Política en el párrafo segundo del artículo 28, cuando se excluye del ámbito de la ley -de especial interés

cuando se trata de la ley penal-, aquellas acciones 'que no dañen la moral, las buenas costumbres o que no perjudiquen a tercero'. Esta es una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador. Como correlato, se convierte en un requisito de legitimación sustancial -o, dicho de otra forma, en el parámetro para valorarla- de toda norma, en especial de la prohibitiva. En consecuencia, no es válido para el legislador penal sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para el conglomerado social, según el contexto histórico concreto en que la norma produce sus efectos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y lo ha recalcado recientemente, en la sentencia 6410-96 de las 15:12 del 26 de noviembre de 1996, oportunidad en la que señaló: 'III. Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el 'para qué' del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.(...) V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los

demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: 'Al disponerse constitucionalmente que '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' -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión 'encaje' abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero'. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gozan de protección constitucional(...)' (resaltados no son del original). Ahora bien, el juicio sobre la insignificancia del hecho se dirige al juez y se refiere a un hecho histórico concreto, que formalmente se adecúa (sic) a una figura delictiva. En consecuencia, además de la necesaria tutela que la norma penal debe efectivamente buscar de un bien jurídico fundamental, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, imponen, a través de conceptos como la insignificancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico. Entra además la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal. Por ello, el concepto de insignificancia del hecho está íntimamente relacionado con la entidad de la lesión, menoscabo o amenaza sufrida por el bien jurídico, con la conducta cuya persecución penal se pretende. De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención

mínima y racionalidad que se predicen del derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela -materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales-, como de aquellos objetivos que se predicen de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna. No está de más señalar que si bien el criterio de entidad de la lesión al bien jurídico, es quizás el más relevante a efectos de dar contenido al concepto de insignificancia, también existen otros elementos que coadyuvan en esta tarea - puede enfocársele desde el punto de vista de la acción y la entidad de su disvalor; desde el resultado y su disvalor; también desde la óptica de la pena, que podría resultar desproporcionada con relación a la lesión del bien jurídico; desde la culpabilidad e incluso desde la teoría de la participación. Es indiscutible su relación con el principio de lesividad, según se ha visto; por lo demás, también se le complementa con la concepción de criminalidad de 'bagatela' y las aportaciones que esta hace a la interpretación de la ley penal, con especial referencia al principio, ya mencionado, de la proporcionalidad entre acción o conducta y la reacción prevista por el legislador (al efecto, consúltese el artículo del profesor Alfredo Chirino 'A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificancia del hecho' en la obra Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, pp. 105 a 139.)....' (Sala Tercera, sentencia # 219-98, de 9:55 horas del 6 de marzo de 1.998). Para determinar cuándo se está ante un hecho insignificante, el operador judicial debe acudir en primer lugar al principio de proporcionalidad, y buscar sus manifestaciones sustantivas en los diferentes estadios de la Teoría del Delito. En este sentido, la doctrina nacional ha indicado que: '...Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: I) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene 'poco' disvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene 'poco' disvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es 'insignificante' aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte 'desproporcional'; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es 'insignificante' puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la 'mínima

culpabilidad'); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho. Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente...' (Chirino Sánchez, Alfredo: Principio de oportunidad e insignificancia del hecho, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Corte Suprema de Justicia-Asociación de Ciencias Penales, San José, 1.996, pág.118). Ahora bien, no puede negarse que en el fondo de la discusión, el problema de la lesividad y con él, el de la insignificancia, encuentra su punto de partida en la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, pues se ha entendido que: '... una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva, y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales...' (Roxin, Claus: Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 558. El mismo autor señala que una de las implicaciones de la antijuridicidad material es la de servir como instrumento de interpretación de problemas dogmáticos, como sucede con la adecuación social de la conducta, Ibid, pág. 560. Sobre el concepto y alcances de la distinción, pueden consultarse los siguientes textos: Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.989, págs. 160 y siguientes. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1.993, págs. 276 y 277. Fernández Carrasquilla, Juan: Derecho Penal Fundamental, Vol. II, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.998, págs. 37 a 47. Velásquez Velásquez, Fernando: Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.994, pág. 236. Zaffaroni, Eugenio Raúl: Derecho Penal. Parte General, Argentina, Ediar, 2.000, págs. 569 a 571). En razón de ello, la doctrina ha resaltado que: '... No puede negarse que el principio de insignificancia tiene un carácter material, como

derivación que es del principio de proporcionalidad, señalando, conforme al carácter fragmentario del Derecho Penal, cuándo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tiene la magnitud suficiente para justificar la tutela del Derecho Penal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En estos supuestos se puede hablar de ausencia de antijuridicidad material, tal y como lo hace Roxin, pero podría ser denominado también, eliminando toda confusión entre tipicidad y antijuridicidad, ausencia de tipicidad material ...' (Llobet, Javier: Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado, en Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada, Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal 'eficiente', San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2.000, pág. 24). Ciertamente, como corolario indispensable para racionalizar el poder represivo del Estado, se impone la necesidad de distinguir entre diversos grados de afectación del bien jurídico, de manera que se excluya del ámbito de aplicación de la norma aquellas infracciones que menoscaban de manera insignificante dicho objeto de protección, funcionando en consecuencia como causal de exclusión de la tipicidad, que podrá invocarse en el proceso penal a través de varios mecanismos: por ejemplo, por medio de la solicitud de desestimación de la denuncia formulada por el Ministerio Público cuando el hecho no constituya delito (artículo 282 del Código Procesal Penal), o bien, sin esperar la iniciativa del ente acusador, o incluso mediando ésta o por gestión de parte, o de oficio el Juez de la Etapa intermedia deberá dictar sobreseimiento definitivo cuando el hecho no esté adecuado a una figura penal (art. 311 inciso b) ibídem). Incluso, es válido el supuesto de que el Tribunal de Juicio después de analizar la prueba evacuada en plenario establezca como hecho probado que la vulneración del bien tutelado es insignificante y por lo tanto, deba absolver al justiciable por considerar que el suceso comprobado es irrelevante y que, por razones de justicia material en el caso concreto la aplicación de la pena -aunque fuere la mínima prevista- resultaría abiertamente desproporcionada. Si bien, en términos generales el principio de insignificancia sirve como parámetro para comprobar que el bien jurídico se ha vulnerado y que de esa forma el sujeto ha adecuado su conducta a todos los elementos del tipo penal, es evidente que dicha máxima no puede aplicarse de manera generalizada o indiscriminada en cualquier tipo de delito, pues existen supuestos que no admiten tales atemperaciones (salvo las previstas en tipos que regulen atenuaciones específicas), como sucede por ejemplo, en los homicidios simples o calificados (en los que la infracción típica al deber de cuidado debe ser esencial), pues en tales casos el objeto de protección de la norma no es graduable. Por el valor preeminente que el ordenamiento jurídico concede a la vida humana, no puede admitirse que existan 'homicidios insignificantes'. Incluso y esto cobra mayor interés en las hipótesis de tentativa en estos delitos, la doctrina ha resaltado razonablemente que pueden presentarse supuestos en los que el disvalor de la acción

impida aplicar el principio aludido: '... es posible que, a pesar de la insignificancia o incluso ausencia de un desvalor de resultado, el disvalor de la acción haya sido superior a lo que entendemos por insignificante ...' (Hirsch, Joachim: El tratamiento de la criminalidad de bagatela en la República Federal Alemana. Con especial atención a la posición del Ministerio Fiscal, en Derecho Penal. Obras Completas, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2.000, pág. 280). Sin que se desconozca los alcances que algunos Tribunales de instancia han otorgado al principio en comentario, conviene destacar el tratamiento -que los máximos órganos de casación en materia penal- han dado al tema. El Tribunal de Casación Penal, mediante voto # 473-99, del 29 de octubre de 1.999, ha admitido la aplicación del principio de insignificancia en un supuesto en que se incautó a un menor de edad una 'piedra' de cocaína base ('crack'), con un peso de 0.03 gramos, destinada al comercio. En efecto, el Tribunal de Casación consideró que: '... Es entonces cuando el Juez Penal de San José, entra a este segundo nivel de análisis, a saber, el de la antijuridicidad del hecho, en el cual, tampoco duda en reconocer que se ha perfeccionado la antijuridicidad formal, a saber, la mera contrariedad de la conducta establecida como cierta, con el ordenamiento jurídico visto en su conjunto, pero, es aquí donde el análisis resulta relevante y decisivo, pues el juzgador también analiza, conforme las circunstancias del caso concreto, la concurrencia o no de la antijuridicidad material, para concluir que en efecto, ésta no se da, dando como razones dos de la más alta importancia: la primera, que el bien jurídico tutelado (La Salud Pública) no corrió ni siquiera peligro, en vista de que el oficial que compró la droga inmediatamente la puso en manos de las autoridades encargadas de iniciar el proceso, y la segunda, que efectivamente la cantidad de sustancia prohibida de que se trataba (0.03 gramos) no tenía la suficiente entidad para poner en peligro ese mismo bien jurídico tutelado. En el fondo priva el principio de lesividad que la sentencia termina por privilegiar en el caso concreto y que, conforme el criterio de este Tribunal es un razonamiento adecuado...' '... lo cual no exime del deber de analizar en cada caso la conducta acusada, para determinar si representa un peligro para los bienes tutelados por la ley. En el presente caso, vistas las particulares características que presenta el hecho y al excluirse todo riesgo para el bien jurídico protegido, la acción desplegada por Solís Borbón resulta atípica, toda vez que no encuadra en ninguna de las figuras penales propias del tráfico de drogas. Es decir, no constituye suministro o distribución, tampoco estímulo ni promoción del consumo de la sustancia ilícita (...) Por otra parte, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado es un elemento de la tipicidad penal, de manera tal que la insignificancia de esa lesión o puesta en peligro excluye la tipicidad de la conducta, no su antijuridicidad...'»⁵⁸

⁵⁸ La mayoría de esos conceptos son desarrollados previamente por la misma **Sala III de la Corte Suprema de Justicia**, N° 219-98 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del seis de marzo de

Destacamos como aspectos de importancia del anterior extracto:

1. el principio de lesividad se vincula directamente con la teoría del delito y su interpretación en un Estado de Derecho. Adicionalmente, agregamos, es tema fundamental también en el extremo de la fijación de la pena, dado su componente objetivo y normativo⁵⁹;
2. a nivel procesal, encuentra proyección en institutos como el criterio de oportunidad, que lleva a una exclusión de la persecución penal;
3. es errónea la tarea del legislador que se avoque a sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos que la sociedad ha estimado como dignos de tutela en determinado contexto social;
4. el bien jurídico permite interpretar la razón de ser del tipo penal;
5. es válido también un enfoque desde el punto de vista de la acción y la entidad de su disvalor, desde el resultado y su disvalor, desde la óptica de la pena, que podría resultar desproporcionada con relación a la lesión del bien jurídico, desde la culpabilidad e incluso desde la teoría de la participación;
6. la vinculación del tema con los conceptos de la mínima culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad;
7. la existencia de antijuridicidad formal y material, siendo de gran relevancia la segunda; y
8. el valor principal de la seguridad jurídica, que debe estar informando el tema.

Estos aspectos, necesariamente serán de relevancia a partir de las posibilidades que otorguen los tipos penales establecidos en el proyecto de código, concretamente aquellos que pretenden cobijar hechos revestidos como de alguna novedad. El tema del principio de lesividad, a pesar de su aparente claridad, fue objeto de amplias discusiones en el seno de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, al conocerse la inclusión de su texto⁶⁰.

mil novecientos noventa y ocho.

⁵⁹ Ver en tal sentido: **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José**, N° 2002-0053 de las diez horas quince minutos del primero de febrero del año 2002 y **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José**, N° 2002-0388 de las nueve horas veinticinco minutos del veinticuatro de mayo del año 2002.

⁶⁰ Ver en tal sentido: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 15 del 26 de junio del 2002.

Otro principio básico hace a un punto fundamental de la labor del juzgador, cual es la imposición de la pena, sobre lo que no abundaremos aquí. Nos remitimos al texto del artículo 5º para una comprensión adicional.

Finalmente, tenemos el carácter del valor supletorio del Código, que corresponde en líneas generales al artículo 3º vigente.

Luego, importante para la comprensión de ciertos tipos penales, es la definición expresa que hace el proyecto del significado de la culpa, no contenida en el actual código, como sí se hace respecto del dolo. La preterintención queda eliminada tal cual se define en la normativa que nos rige. Es importante detallar el texto que se propone para la culpa:

Artículo 21. Significado de la culpa. Actúa con culpa quien cause un resultado no querido, previsible y evitable, como consecuencia directa de la infracción a un deber de cuidado.

Es importante repasar esos elementos, pues la pertinencia de una norma penal residirá en que casualmente sea clara en establecer las posibilidades para que determinada conducta sea objeto de persecución y no se constituya en el germen de su misma inaplicabilidad.

También es importante destacar del título III del Libro I del proyecto, el tema de una pena que se señala como accesoria, cual es la inhabilitación, determinada inicialmente en el artículo 43º del proyecto y desarrollada en forma circunstanciada en el artículo 71º que transcribimos a continuación:

ARTÍCULO 71: La pena de inhabilitación

La pena de inhabilitación produce la suspensión o restricción para el ejercicio de uno o varios de los derechos señalados en este artículo. El juez, en sentencia motivada, aplicará las que sean pertinentes de acuerdo con el delito cometido. En ningún caso se podrá imponer la restricción de todos esos derechos, y habrá de evitarse que la imposición de varias de estas restricciones afecten la dignidad humana de la persona condenada.

El reemplazo de la pena principal por una o varias alternativas no afecta el cumplimiento de la pena accesoria.

La extensión de la inhabilitación podrá ser fijada entre los seis meses y los doce años. Dicho plazo podría contar a partir del cumplimiento o cómputo de la pena cuando es privativa de libertad y se ha hecho efectiva, si el juez en resolución motivada lo considera conveniente.

La pena de inhabilitación producirá:

1) Pérdida del cargo, comisión, contrato o empleo público que ejerza la persona condenada, aunque sea de elección popular;

- 2) Incapacidad para obtener los cargos, comisiones o empleos públicos mencionados;
- 3) Privación del derecho de ser electo en cargos públicos;
- 4) Incapacidad para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito;
- 5) Incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, o administración judicial de bienes. Esta capacidad se pierde cuando se haya cometido un delito aprovechándose del ejercicio de la patria potestad o la tutela o curatela o que éstas se vean afectadas por el delito cometido.
- 6) La cancelación de la licencia, permiso o autorización para ejercer la actividad con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito.
- 7) Clausura temporal o definitiva de la actividad, establecimiento o empresa con ocasión de cuyo desempeño haya cometido el delito.

La referencia a esta norma es importante, pues en una decisión de política criminal de los redactores del proyecto, se establece en forma imperativa esta sanción para delitos concretos, como veremos en su momento.

En definitiva y recordando las palabras del Magistrado Daniel González Álvarez, no debe nunca soslayarse el que la criminalidad es un tema heterogéneo, para el cual las respuestas también deben ser heterogéneas. La pena de prisión no siempre soluciona la criminalidad. Cualquiera que sea el resultado final, debe mediar una proporcionalidad y una racionalidad en la respuesta del Estado al hecho delictivo. La definición de tipos penales o la decisión de excluir otros tantos, será vital en esa materia⁶¹.

IX. ALGUNAS CRÍTICAS SOBRE ASPECTOS GENERALES DEL PROYECTO

Como corolario de lo descrito, hacemos algunas citas del Dr. Francisco Castillo González, uno de los más fuertes críticos de esta iniciativa, como muestra de perspectivas distintas sobre un mismo tema.

El Dr. Castillo ha señalado que la doctrina alemana de una u otra forma ha contribuido a la evolución de principios que se quieren rescatar o bien desterrar de nuestro sistema. Al efecto destaca algunas etapas:

1. Teoría del bien jurídico. Es una elaboración causalista de la acción, que se dio entre los años veinte y sesenta del siglo veinte, dominada por el neokantismo. Nuestro código vigente corresponde a esa etapa según el Dr. Castillo.

2. Trabajos de Welzel: corresponde a una concepción formalista de la acción, popularizada en Latinoamérica por Eugenio Zaffaroni, del que según el Dr. Castillo son

⁶¹ Lo anterior fue manifestado en: **Inauguración Foro de Discusión del Proyecto de Reforma del Código Penal**, Salón de Expresidentes de la Asamblea Legislativa, 6 de febrero del año 2003.

seguidores el Dr. Alfredo Chirino y el Lic. Henry Issa, quienes a su vez participaron activamente en la preparación del proyecto o del texto sustitutivo y han sido orientadores de buena parte de las decisiones plasmadas en el dictamen afirmativo de mayoría.

3. Postfinalismo: aquí, según el Dr. Castillo, se abandona la concepción de acción finalista y del bien jurídico como definidores del injusto de la acción. Viene a ser solo un criterio restrictivo de la tipicidad, excluyendo el principio de insignificancia como restrictivo de la tipicidad y se traslada a lo procesal. Ello lo lleva a la teoría de la imputación objetiva o teoría social de la acción, de la cual se cita como partidario, al ser la última etapa en la evolución de la dogmática penal.

A su juicio, el proyecto no toma en cuenta la evolución, refugiándose en criterios de Zaffaroni que corresponden a una etapa ya superada⁶².

Un planteamiento de esa naturaleza no tuvo eco en la Asamblea Legislativa, gracias a los argumentos de serios opositores, por lo demás atendibles de acuerdo a la filosofía que informa el sistema nacional.

Al respecto destacamos por ejemplo un criterio sobre la inconveniencia de la imputación objetiva como línea en la política del Código y sus tipos penales. Citamos la posición del Licenciado Dall'Anese:

“...Quiero hacer unas referencias muy breves a lo expuesto ayer por el doctor Castillo González. En realidad, el día de ayer él cerró su intervención suscribiendo la teoría de la imputación objetiva y es muy claro, leyendo sus propuestas, que ahí florecen algunos conceptos de imputación objetiva.

Quiero señalar una cuestión, la teoría de la imputación objetiva o el funcionalismo, como se conoce también en doctrina, es algo así como una medicina en experimentación. Nosotros no podríamos estar dependiendo de una medicina que no se ha probado en seres humanos y es lo cierto, que en Alemania no existe ninguna sentencia que le haya dado cabida a la doctrina de la imputación objetiva, no lo digo yo, lo dice Velásquez Velásquez y lo dice el profesor Schtruderbach. De manera, que nosotros no podemos estar asumiendo por modo o porque hay una ocurrencia de seguir el pensamiento de punta, de Alemania, la teoría de imputación objetiva en el Código Penal, sobre todo, los códigos deben tener un fundamento político, que es lo que ha existido constantemente, pero tienen que dar un espacio al intérprete para que el juez pueda realizar su concepto de justicia, en el ejercicio del poder judicial. La teoría de la imputación objetiva, invierte los fines

⁶² **Conferencia del Dr. Francisco Castillo González**, Consideraciones críticas sobre parte general del proyecto, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 6 de marzo del año 2003.

del Derecho Penal, tienen un régimen políticamente liberal como el nuestro, tienen, en primer lugar, la protección de bienes jurídicos, en segundo lugar, la reafirmación de la autoridad de las normas y en tercer lugar, la imposición de las penas necesarias a quienes transgreden las normas. Los teóricos de la imputación objetiva, lo que hacen es bajar a último nivel la protección de bienes jurídicos y a primer nivel, o la imposición de penas o la autoridad de las normas. De manera que, a cualquier persona que no lesione bienes jurídicos por la simple causación, o por llenar los requisitos que establece la norma penal, puede ser castigada, aunque no cause daño alguno, lo cual está prohibido por el artículo 28 de nuestra Constitución Política. Por eso, esta doctrina no puede tener cabida en ninguna parte de nuestra legislación penal.”⁶³

Resta, a partir de las líneas sucesivas, hacer una aproximación del proyecto de Código Penal.

X. PREOCUPACIONES FINALES DE DIPUTADOS CON MOTIVO DE LA DICTAMINACIÓN DEL PROYECTO

Como corolario de este primer capítulo, citamos un aspecto que debe llamar a la reflexión.

Luego de ubicar un esfuerzo razonable por parte de varios sectores de establecer un texto revestido, cuando menos, de una línea argumental coherente en materia penal, correspondida con discusiones de altura en el seno de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, un súbito apuro determinó el dictamen afirmativo del proyecto, para ajustarse a la conclusión del periodo legislativo involucrado.

Esa situación debe ser censurada y a nivel interno de la misma comisión algunos diputados levantaron sus voces.

Inicialmente tenemos las siguientes palabras del Diputado Benavides Ramírez:

“...Yo lamento tener que decir lo siguiente. A mí me parece que esta Comisión ha hecho un extraordinario esfuerzo, por aprobar un proyecto de Código Penal, que Costa Rica necesita. La metodología en alguna forma fracasó en virtud de que se hizo tan pesado el trabajo, que los diputados en su mayoría, acordaron acelerar el procedimiento cuando aun debían de discutirse en la Comisión y a mi juicio en forma detallada cada uno de los artículos. Aunque yo comprendo, los motivos por los cuales se hizo así, no lo comparto. No me parece la forma más adecuada de legislar, ni de recomendar al

⁶³ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 32 del 28 de agosto del 2002.

Plenario Legislativo, un proyecto de ley. Yo no voy a suscribir el dictamen, en virtud de eso. A pesar de que sé, que los compañeros piensan en una forma responsable, me parece que el argumento de que se nos acabe este período no es argumento, para dictaminar un proyecto de ley, no lo es, nunca lo ha sido, y a mi muy respetuosa forma de ver las cosas, no lo va a ser nunca. De manera que, yo pienso así, y quiero que quede en actas para salvar mi responsabilidad. Muchas gracias, señor Presidente.”⁶⁴

También sería secundado por el Diputado Malavassi Calvo con los siguientes conceptos:

“...Lo que me consuela, no es mi esfuerzo, ni mi satisfacción en el contenido del Código, sino que me parece percibir con sinceridad en el resto de los compañeros de Comisión, que sí están satisfechos, que sienten que tienen un buen producto.

Desde mi punto de vista, no es un buen producto, pero entiendo que ustedes están satisfechos y consideran que es un buen producto. Ese es mi consuelo, si bien no mi esperanza, sí mi consuelo (...) Suscribiré el dictamen de mayoría un poco a regañá dientes (sic) , pero con ese consuelo, aunque me sentiría también contento haciendo un dictamen de minoría, lo que pasa es que me siento amarrado y comprometido en una negociación que tenemos todos. No sé tal vez esté equivocado y tal vez, lo que siento no es correcto, pero debo manifestar que en mi humilde criterio había una oportunidad histórica para hacer cosas muy nuevas. Una de ellas, examinar todo el tema de la contravenciones y mirar qué es delito para pasarlo como delito y lo demás pasarlo por otro tipo de falta, si bien administrativas o como fuera para descongestionar el Poder Judicial y dejar las conductas penales para hechos que sean de suyo delitos y no estar creando artificialmente delitos. Me parece que en ese sentido, estamos replicando un poco lo que ésta (sic) y perdimos una oportunidad histórica para enmendar, para simplificar, para hacer un Código más corto. Así, mismo (sic) mantengo la esperanza de que vía artículo 137, como fue ofrecido aquí, haya posibilidad de resistematizar el Código, de analizar algunas fallas o falencias, que en mi criterio tienen el tema de los Delitos Internacionales, en el tema de la Sistematización en la parte general, y la revisión de los extremos, de las penas (sic) haber si son uniformes y correctos. También han manifestado algunos miembros de la Comisión que debemos estar muy tranquilos, porque este Código que lleva más de diez años en la corriente legislativa, ha sido examinado, reexaminado, vuelto a analizar y analizado muchísimas veces no solo por diputados, asesores y técnicos, sino incluso por el Poder Judicial. Sin embargo ha encontrado en algunos

⁶⁴ Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 77 del 23 abril de 2003.

momentos que ellos mismos se desdican de cosas que vienen y mantengo la esperanza de que exista una posibilidad de revisión. Mantenemos como pena principal la cárcel o como respuesta del sistema de la cárcel, eso es una pregunta que también deberemos hacernos en algún momento e incluso, si la comisión de ilícitos en una sociedad lo que requiera es una pena. Una pena, porque a veces nos consolamos en el eufemismo de que la pena es rehabilitante, pero en las clásicas enseñanzas del Código Penal, el primer efecto de la pena es ser ejemplarizante. La palabra pena que viene del griego 'pœna' (sic) significa precisamente que haya dolor, que haya sufrimiento y la existencia de un Código Penal, significa un Código para hacerle penas a los otros, no es un Código estimulante, ni un Código de incentivos, sino que es un Código Penal, para causar penas, y lo que quiere determinar es en qué casos la sociedad va a causar pena a algunas personas. De allí mi detalle algunas veces en que no deben de crearse delitos artificialmente, porque si es una posibilidad bastante complicada crear penas, debería ser para hechos muy restringidos. Entonces, voto no muy convencido en la esperanza y consuelo de que la satisfacción de ustedes sea merecedora de este dictamen..."⁶⁵

Esas palabras serían también vertidas en foros abiertos, señalando que el dictamen vertido, emanó más de un consenso que del producto de una labor concluida. Agregó Malavassi que el sistema se pierde en el marco de un proceso final atropellado⁶⁶.

Por supuesto, y no podía ser de otra manera, otras voces sí apoyaron lo actuado. Tal fue el caso de la diputada Laura Chinchilla Rodríguez:

"...En la dirección de invalidar del Código, me tocó escuchar, en uno de los Foros que participé, que organizó el Órgano Judicial, de que este era un esfuerzo que nos habían impuesto a nosotros, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. A mí me parece que eso sería profundamente ofensivo y desconocería el enorme esfuerzo que hizo esta Comisión, por recibir criterio adicional al informe que nos había remitido la Corte, que además, por lo demás, nunca fue producto original de la Corte Suprema de Justicia. Simplemente había ido a una consulta ahí. Decir, que dentro de todas las limitaciones que pueda tener, dentro de lo corto que podamos haber quedado, en cuanto a un producto distinto, ideal, a mí me parece que es un buen producto y así lo estaré defendiendo y así lo estaré presentando. Tenemos que destacar que se hizo un enorme ejercicio de gran seriedad, en todo lo que fue la parte de establecer una serie de principios filosóficos con los que no contaban antes los Códigos, la gente tenía que asumir

⁶⁵ **ibidem.**

⁶⁶ **Conferencia del Lic. Federico Malavassi Calvo y el Dr. Daniel González Álvarez,** Auditorio de la Plaza de la Justicia, del 26 de junio del año 2003.

que las figuras que ahí estaban eran, no sé ni por qué, porque la gente además no tiene formación jurídica sobre todo, cuando hablamos de las víctimas y los ofensores. Y que este esfuerzo se materializó en esa parte general, que tiene este Código y me parece que eso es algo destacable, que habían diferencias filosóficas, las habían, pero creo que las discutimos y agotamos bastante la discusión y recibimos por lo menos a las visiones más confrontadas, como para que los diputados se hicieran sus propias conclusiones. Siento, además, que logramos llenar ese hueco, que venimos arrastrando desde que reformamos el Código de Procedimientos, que era la ausencia de un Sistema de Penas Alternativas, y eso a mí me complace enormemente. También, me parece que es un Código que genera mayor seguridad jurídica a víctimas y a ofensores, es mucho más clara la tipificación de delitos que se hace. Siento por lo demás, que tenemos que sentirnos muy orgullosos de no haber nosotros cedido como ya lo he dicho en forma anterior, a la presión de los medios de comunicación y a la prensa amarillista y me complace no haber visto aquí, nunca la tentación de incrementar penas o de traernos simplemente, la creación de nuevas figuras, porque de pronto la prensa se le ocurría, que algo había atenderlo. (sic) A mí, aunque ciertamente, comparto con Carlos Ricardo, que este 'spring' final, no estuvo como en consonancia con todo el proceso más pausado con que arrancamos trabajando. Si bien comparto esa inquietud, sí decir que, entiendo que en algún momento hay que poner punto final a las cosas. Será que soy una persona que me ponga metas y me gusta cumplirlas. Siento que un año, ha sido más que suficiente para que nos hagamos una idea de lo que tenemos al frente. Mi esposo que es de origen español, pero de nacionalidad canadiense, le tocó participar en la última redacción del Código Penal Canadiense, y, ciertamente son mundos distintos al nuestro, él lo que me decía era que en Canadá había habido todo un sistema para elaborar un Código Penal. Una comisión de encuesta, una comisión de notables, procesos de consultas, encuestas a todos niveles, análisis de estadísticas penitenciarias, criminales, de juzgados y después de todo eso, los legisladores dictaminaron, pero todo ese proceso les tomó aproximadamente un año o menos. Nosotros tenemos diez años, no logramos quizás hacer el mejor de los sistemas para trabajar en este Código, pero siento señor Presidente, que sí hubo un esfuerzo importante, que oímos a muchas de las partes que profundizamos en la discusión. Y yo me siento muy satisfecha con el producto que estamos hoy aquí aprobando.”⁶⁷

Como puede observarse, los discursos son contradictorios. Se señaló por parte de la diputada Chinchilla Rodríguez un referente de cómo se debían hacer las cosas tratándose de la producción en materia penal pero, enseguida, lo determinante fue el

⁶⁷ **Ibídem.**

tiempo. También indicó que no se cedió a la presión de grupos y a las coyunturas en la creación de algunos tipos penales. En el análisis contenido en el próximo capítulo verificaremos la veracidad de esa apreciación.

Solo nos queda concluir que en la recta final de la discusión medió una idea fija, cual era el dictamen del proyecto a toda costa; se dejaron de lado, incluso, aspectos que la misma Diputada en otras ocasiones había señalado como imperiosos. Concretamente apuntó al necesario marco de referencia de una política criminal guiada por principios como los de eficiencia, transparencia, equilibrio, respeto de garantías fundamentales, discusión y un análisis sistémico y no de hechos aislados⁶⁸.

Algunos de esos principios no se observaron en la labor final de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, reflejando una vez más las contradicciones en el discurso de nuestras autoridades.

Sí debe en cambio reconocerse el esfuerzo por armonizar un proceso que se ha venido gestando en la última década, a partir de la Ley de Justicia Penal Juvenil, seguida del Código Procesal Penal y que ahora pretende coronarse con un código penal, restando la Ley de Ejecución de la Pena.

Como la decisión que en definitiva se adopte será trascendental, es importante aplicar criterios objetivos como los que se hayan señalado, para delinear la valía del proyecto y su justificación

⁶⁸ Conceptos externados por la Diputada Laura Chinchilla Miranda en: **Mesa Redonda con la participación de los Licenciados Laura Chinchilla Miranda y Federico Malavassi Calvo y el Master Douglas Durán Chavarría**, La Orientación Político-Criminal del proyecto de Código Penal, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 29 de noviembre del año 2002.

CAPITULO II PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN Y DESCriminalIZACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

Antes de iniciar el análisis de la labor de los redactores del proyecto de código penal, expresada en tipos penales, es necesario rendir algunas consideraciones sobre lo que idealmente debe ser un proceso de esa naturaleza. El norte debe ser un discurso racional y de confluencia de esfuerzos que, además, no se limite solamente a la labor exclusiva de expertos en la materia, en algunos casos abstraídos de la realidad.

I. ASPECTOS GENERALES

Aniyar de Castro ha señalado que el proceso de descriminalización empieza cuando los delitos existen en los códigos, pero no se aplican en la práctica, operando una especie de abolición informal, ya que esos conflictos se resuelven dentro de la propia comunidad, sin mecanismos de confrontación.

En otro sentido, existen hechos a los cuales la sociedad no considera delitos, pero que de alguna manera se erigen como el foco de alguna problemática. En tal sentido, los problemas sociales no deben resolverse con leyes penales⁶⁹.

Retomando el tema, la concreción de nuevos tipos penales y la exclusión de otros tantos, debe partir de la realidad de que el sistema penal debe intervenir solo para normar aquellos conflictos en que no haya alternativa.

Es evidente que no se pueden criminalizar todas las conductas que afecten determinados bienes jurídicos, pues se caería en el caos de no poder dar respuesta a todos los supuestos que encuadren en una situación de esa naturaleza.

La normativa y los recursos del aparato estatal deben orientarse hacia los conflictos de mayor impacto y apelar a soluciones menos traumáticas y alternativas.

Los principios doctrinales en boga en otras latitudes, no deben transportarse en forma mecánica, sino adecuarse a las necesidades de la sociedad costarricense.

La preocupación de la ciudadanía no debe ser desconocida ciertamente, pero más bien debe interpretarse en forma correcta, a partir de lineamientos técnicos y constitucionales.

En tal sentido, el Dr. Fernando Cruz, al enfrentarse a las interrogantes sobre cuándo una conducta debe dejar de criminalizarse o ser concebida como delictiva y cuándo un comportamiento debe criminalizarse, señala que no debe dejar de

⁶⁹ Conferencia de los **Doctores Lolita Aniyar de Castro y Fernando Cruz Castro**, Penas Alternativas, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 22 de mayo del año 2003.

escucharse la valoración de la ciudadanía sobre un acto lesivo o perturbador, pero no situarse en primer plano esa posición⁷⁰.

Lo descrito permite concluir, inicialmente, que el proceso de producción de la ley penal es complejo, no debiendo concebirse como una simple y antojadiza creación de palabras asociadas en un texto.

En tal sentido, es dable recordar también las palabras de José Luis Díez Ripollés:

“...el proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo.”⁷¹

Dicho autor nos destaca la presencia de un fenómeno sociológico constituido por etapas, que serán nuestro referente al analizar las actuaciones palpables en el proyecto de código penal en su parte especial.

También habla Díez Ripollés de una primera etapa constituida por un desajuste de hecho entre una determinada realidad y la respuesta jurídica que se está dando a la misma, lo que a su vez produce un roce que demanda el cambio del sistema penal sobre el punto en concreto.

La segunda etapa lleva a la conceptualización de sentimientos difusos e individuales de inseguridad por ese desajuste entre la realidad y el derecho, pero que generan algún malestar. Esos eventos son tratados en algunos casos por los medios de comunicación.

Una tercera etapa se concreta en el dimensionamiento del problema como un hecho de trascendencia social, por obra de la acción de los medios de comunicación, que hacen visible y autónomo el problema, más allá de una inconformidad individual.

En la cuarta etapa, el problema se traslada a la acción de los grupos de presión, que canalizan la preocupación hacia sus propios intereses, con legitimación o sin ella.

“Se trata pues de grupos de presión que defienden intereses muy diversos sobre la materia, sean socioeconómicos, morales, ideológicos, meramente profesionales o corporativos.”⁷²

⁷⁰ **Ibíd.**

⁷¹ Díez Ripollés (Juan Luis) La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Año 10, N° 15, diciembre 1998, p. 20

⁷² **Ibíd.**

Llegado este momento, se deben rendir formulaciones sobre el contenido de la reforma legal.

Una quinta fase nos lleva a la antesala de la introducción en la corriente legislativa del texto, al haber adquirido el asunto a normar una importancia tal que deba ser atendido como problema. A partir de ese momento, se instará a los aparatos gubernamentales para focalizar y canalizar la iniciativa en el congreso o parlamento o bien se acudirán a un grupo político afín que forme parte de aquel poder legislativo. Aquí es difícil establecer un verdadero control político, técnico o jurídico de la propuesta, de modo que las observaciones que se rindan serán recibidas por mero protocolo procedimental, pero sin esperanza de acogida, según el análisis de Díez Ripollés.

Agrega el mismo autor, que el ideal comportaría disponer de una teoría de la legislación, de modo que existiese un marco conceptual que permitiera establecer lo que sería un procedimiento de elaboración de las leyes penales.

En este punto se coincide con el Dr. Francisco Castillo respecto a que ese procedimiento debe cubrir información empírico social sobre la realidad que se pretende regular, la identificación de las necesidades sociales que se quieren satisfacer y las consecuencias sociales de la intervención que se pueden anticipar; además, el análisis de la opinión pública frente al tema, al igual que los grupos de presión afectados y lo que es de gran importancia, y que pocas veces suele medirse en nuestro sistema: los costes económicos de una reforma penal y los pronósticos de las dificultades de su puesta en práctica.

La decisión legislativa debe ser el resultado de un proceso razonado y técnico, pues es bien sabido que una vez que determinada iniciativa entra en esa corriente, las influencias y presiones políticas hacen difícil la entrada de intervenciones externas de valor, sino más bien lo inverso. Además, si se ingresa un producto que llena la mayor parte de problemas o dificultades involucradas, se logrará que la dinámica legislativa no introduzca su brazo, poco apto para el resultado positivo.

Al interno de ese proceso y como guías para analizar la conformación de cualquier tipo penal, Díez Ripollés plantea una serie de principios que llama coyunturales.

Nos permitimos enumerarlos para guiar el estudio sucesivo:

1. Principio *in dubio pro libertate*: A partir de este principio, debe renunciarse a penar comportamientos respecto de los cuales no haya claridad en

torno a su daño social. Es una noción igualmente viable al momento de la decisión de descriminalizar una conducta.

2. Principio de tolerancia: Puede no mediar duda alguna sobre cierto grado de lesividad social, pero se admite a su vez cierto grado de conflicto social, al potenciar la conveniencia de sublimar la libertad individual, ante la inminencia del cambio respecto de una actitud represiva. Claro está, que una convivencia mínima puesta en entredicho, no puede autorizar decisiones apoyadas en este principio.

3. Principio de ponderación de daños y ventajas: Se trata de poner en la balanza la decisión de penalizar o despenalizar, a partir de los efectos directos de la decisión, con la guía adicional del principio de intervención mínima.

4. Principio de practicidad procesal: Conductas que no son valorables a la luz de los determinantes del proceso penal y sus principios, tampoco deben ser objeto de ingreso al mundo de lo normado penalmente.

5. Principio de abstención de tareas de ingeniería social: La decisión no debe reparar en las consecuencias que sobre el código moral de una sociedad puedan producirse, ni en la idea de que la penalización lleve a modificar conductas no desviadas. La punición no debe ir más allá de lo necesario para asegurar la convivencia, para no llevar en forma peligrosa y artificial a modificar los valores imperantes.

Es muy usual y con total error, el pretender que la ley penal sea el agente por excelencia del cambio social en el fenómeno criminal, predicando valores individuales como los propios de la colectividad.

La línea fundamental debe ser el establecimiento de pautas para lograr la convivencia social y nada más, en una buena técnica legislativa como la referida por el Dr. Castillo y que mencionamos líneas atrás.

Por otra parte, Díez Ripollés nos da otra guía adicional para analizar el proceso de codificación en materia penal que se está gestando en el país, y que identifica como criterios de legitimación de la legislación penal.

Básicamente, el autor agrupa esos criterios en tres vertientes: una de orden ideal, otra apoyada en criterios expertos y finalmente los criterios identificados como constitucionales.

Bajo el primer grupo de criterios, se encuentran los modelos derivados del tipo de sociedad imperante en el sistema que se pretende elegir como punto de referencia normativa. Esta vertiente, para asegurar su validez, debe inspirarse y regirse por la

realidad del proceso de mutabilidad social. Según este principio, en definitiva ningún cuerpo legislativo podrá justificarse como monolítico.

De igual forma, es erróneo fundar la existencia de arquetipos consustanciales a una sociedad, si éstos no tienen contenido empírico.

Los llamados criterios expertos pretenden sustraerse de la influencia de los valores sociales, predicando una supuesta objetividad.

Es lo cierto que los operadores de esos criterios tendrán sus propias valoraciones, aunque no las hagan explícitas, de modo que, en definitiva, esa neutralidad no deja de ser una quimera.

Asimismo, ese enfoque eminentemente técnico arroja el peligro de sustraerse del aporte del ciudadano lego, quizás el más cercano a la realidad que se quiere normar y por qué no decirlo, hasta del del experto en la materia específicamente que está siendo regulada.

Sí es valioso el aporte de este criterio, en el tanto las presiones de las demandas sociales solamente deben informar la decisión, pero no llegar a condicionar la misma.

Los criterios constitucionales por su parte, predicán que

“...es la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomando las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario solo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente.”⁷³

Esa postura que pareciera resultar evidente, suele ceder ante el imperio de los otros dos criterios, en el proceso de producción de la ley penal, al igual que en otras normas de relevancia para la organización jurídica de un país.

Por supuesto, que la interpretación de esos grandes mandatos no debe ser tanto un freno infranqueable, pues las mismas cartas fundamentales pueden irse rezagando en la respuesta a la realidad social.

De todo este proceso resulta elegante la salida de Díez Ripollés, al postular más bien el criterio de las convicciones generales, en las que debe ser la ciudadanía, bajo pautas de responsabilidad, la llamada a definir su política criminal.

Ciertamente es una posición de sumo idealismo, máxime si no existen los mecanismos para dar esa expresión de lo que se quiere, que a su vez puede ser “mal interpretada” por los operadores y técnicos del Derecho, haciendo ilusorio el objetivo planteado.

⁷³ **Op. cit.**, p. 24.

La representatividad legislativa no suele ser el instrumento más confiable y sano para esa aspiración.

Es necesario hacer acá una precisión respecto a que con el proceso de descriminalización se hace perder a una acción su carácter de criminal, mientras que con la despenalización se sustituye la pena por sanciones extrapenales, no perdiendo la conducta anteriormente regulada su carácter de injusta. Por lo tanto, para analizar la situación del proyecto de código penal, hablaremos de descriminalización y criminalización, pues en la mayoría de los casos no es quizás tangible asegurar el destino derivado de los efectos de la decisión.

La descriminalización puede operar desde una óptica *de iure* o bien *de facto*. Bajo la primera noción, el aparato legislativo se pronuncia expresamente sobre la decisión de restar el carácter delictivo a una conducta; o bien con la declaratoria de inconstitucionalidad de una previsión penal. Ese proceso es por lo demás de difícil ejecución, por lo que es usual el que tipos penales permanezcan como letra muerta en los textos, útiles solo para recuentos académicos o históricos. Esto se vincula necesariamente con la descriminalización *de facto*, donde la efectividad del tipo penal cae en desuso por las variaciones en la realidad social, o bien por la marginación que de ellos han hecho las propias agencias de control social.

Teóricamente una u otra decisión debe ser el resultado de una adecuada política criminal, que se plantee cuando un tipo penal debe dejar la vida jurídica.

Es como apunta con tino José Rico:

“...una conducta puede y debe ser descriminalizada cuando ha dejado de constituir un peligro grave para la comunidad o para el individuo.”⁷⁴

Tal pérdida de peligro no es otra cosa que la ausencia de lesión a bienes jurídicos de interés para el sistema, de la cual se ha ido encargando la ausencia de reacción social a las conductas inmersas en esos tipos penales. También puede acontecer que el conflicto involucrado haya encontrado solución en otras vías.

Tangencialmente, aunque no como valores principales, pesan en la descriminalización o criminalización, criterios de reducción de la saturación de los tribunales de justicia del conocimiento de causas menores, para concentrar sus esfuerzos en los hechos de real impacto social. También se cita la necesidad de

⁷⁴ Rico (José). Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea, México, Editorial Siglo XXI, 1979, p.134

reducir una población penitenciaria forjada a partir de hechos para los cuales la sociedad no demanda ya una respuesta.

Los tipos penales vinculados con circunstancias propias de una moral social, deberían ser los más proclives al cambio, al igual que crímenes sin víctima o de mero peligro o bien delitos patrimoniales, donde otros deben ser los caminos para acercar a víctima y victimario en la solución del conflicto. Aquí se trata de trabajar sobre un material jurídico ya existente.

Con la criminalización la tarea es más compleja, pues se trata de definir comportamientos a tener como punibles, con la gravedad que ello comporta hacia el futuro.

Si nos ubicamos en el momento de la llamada criminalización primaria, estaremos en la labor del legislador que ejerce su poder de definición, tal y como se observa en la orientación que pretende dar el nuevo proyecto de código penal, con la clara intención de crear algunos nuevos tipos penales e introducir matices sobre otros tipos ya vigentes, que tienen mayor curso en la jurisdicción penal.

Lo cierto es que debe apelarse a una correspondencia entre la opción simbólica y la realidad.

Hulsman nos ofrece adicionalmente otras perspectivas sobre este proceso que pretendemos analizar, al indicar que:

“...1. No debe criminalizarse nunca por el deseo de hacer dominante una concepción moral determinada. 2. Tampoco se deben criminalizar conductas solamente para crear un ambiente propicio para dar ‘tratamiento’ al delincuente de forma coercitiva. 3. No debe criminalizarse para hacer creer que se va a solucionar así un problema. 4. No deben criminalizarse comportamientos que son generalmente propios de grupos socialmente débiles. 5. No debe criminalizarse un comportamiento por el solo hecho de arrojar alguna frecuencia en un determinado grupo social. 6. No debe criminalizarse un comportamiento de difícil definición; y 7. No deben criminalizarse comportamientos que atañen a la esfera puramente privada y que la ley no debe controlar.”⁷⁵

Lola Aniyar da otros criterios, tales como el necesario antecedente de una definición de objetivos del sistema penal, una valoración de las posibilidades de alcanzar esos objetivos con los tipos penales a incluir en la legislación penal; la consideración de si esos objetivos pueden ser llenados por vías fuera del sistema penal; fijar si la criminalización logra evitar la venganza privada y refuerza en cambio el

⁷⁵ Hulsman (Louk) **Abolicionismo Penal**, Buenos Aires, Ediar, 1989, p 315.

sentimiento de seguridad y no solo una satisfacción psicológica; y por último el daño que la tipificación traerá para el autor y la víctima, al ingresar en el proceso penal por ese hecho⁷⁶.

En el marco de esta perspectiva, el Derecho Penal asumirá una naturaleza exclusivamente secundaria o de mera sanción, siendo la identificación de ilícitos un proceso previo a cargo de los otros sectores que informan el ordenamiento y que ya hemos citado.

Pero es lo cierto que ese sector del Derecho asume en ese momento el proceso de reformulación de acuerdo a criterios técnicos, bajo el concepto de delito y sus implicaciones.

Lo que sí es un hecho indubitable, es que el ensanchamiento del elenco de definiciones delictuales, lo que refleja potencialmente es una incapacidad del Estado para dar respuesta a ciertos conflictos.

El tema de los bienes jurídicos tutelados siempre circundará esta materia, acercando o alejando previsiones, en razón de su grado de afectación a valores sociales fundamentales, así como la eterna discusión sobre la decisión de restringir la libertad solo en casos extremos.

Así las cosas, puede que se imponga simplemente la decisión de no intervenir, dejando la resolución a las partes en conflicto; o bien que se abran otras vías como la civil o la administrativa.

Igualmente puede pesar la decisión, de acuerdo a una relación de costos sociales, de no intervenir en ciertos eventos.

Por lo tanto, el proyecto de Código Penal es una herramienta útil para analizar los procesos de criminalización/descriminalización en el país, pues expresa no sólo la ideología de sus mentores, sino también las razones que pudieren existir -válidas o inválidas- para penalizar nuevas conductas o para excluir otras del catálogo represivo, todo ello en el marco de una supuesta política criminal.

El proyecto de Código Penal, en lo que se refiere al detalle de los distintos tipos penales, permite observar a grandes rasgos los lineamientos generales que los justifican. Analizando pormenorizadamente cada tipo, podremos entender mejor su ordenamiento de acuerdo a los diversos bienes jurídicos.

⁷⁶ Aniyar de Castro (Lola) Sistema Penal y Sistema Social, la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso. En: **Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle**, Cali, Vol. IX, N° 16-17, 1986, p.19.

Esa nueva ordenación demanda un ajuste con relación a la terminología tradicional, pero a la vez privarán conceptos heredados del sistema vigente, lo que se puede detectar a partir del estudio de tipos concretos.

Se observa que si bien se dan en el proyecto la exclusión, por una parte, de ciertos elementos integrantes de algunos ilícitos y, por otra, la de algunos tipos penales, el legislador asume de manera consistente el papel histórico de introducir cambios radicales que orienten nuestro sistema hacia un Derecho Penal mínimo.

Apegándonos como recurso metodológico al orden secuencial de los distintos tipos penales en el proyecto, hacemos el siguiente análisis.

II. PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

En este punto es pertinente recurrir a algunas palabras de Fernando Tocora, que son particularmente diáfanas sobre este primer punto:

“...Al lado de este movimiento de descriminalización, existe uno inverso de criminalización, originado en el surgimiento de nuevas realidades que hay necesidad de regular (fraudes informáticos, manipulaciones genéticas, tráfico de órganos, manejo indebido de energía nuclear, atentados ecológicos, etc.). Sobre este proceso es conveniente que la intervención penal sea también la mínima; en cuanto se les pueda contrarrestar con otras jurisdicciones u otras instancias de control, debe preferírseles. Igualmente existen criminalizaciones reclamadas por movimientos sociales que representan derechos de grupos de la sociedad (mujeres, niños, etnias, etc.) que deben seguir el mismo principio, así el histórico desconocimiento de esos derechos haya exacerbado el anhelo de justicia. Por último, se resaltan ciertas criminalizaciones de la violencia oficial que tienen que ver con las desapariciones o la tortura...”⁷⁷

De acuerdo a esos referentes, analicemos el comportamiento del proyecto.

A. Delitos contra la vida: un proceso de criminalización relativa.

Observamos respecto de los delitos contra la vida, tal y como se proponen en el proyecto de Código Penal, características muy particulares que analizamos a continuación.

Inicialmente tenemos que, respecto del tema del homicidio, la circunstancia calificante inserta en la actualidad en el inciso 6 del artículo 112 y que hace referencia

⁷⁷ Tocora (Fernando) **Op. cit.**, p. 36.

al hecho de muerte vinculado con otro delito, asume en la reforma al Código Penal una independencia normativa, a pesar de mantenerse prácticamente el mismo texto actual.

Citamos el artículo 119 del proyecto, que detalla lo siguiente:

ARTÍCULO 119: Homicidio conexo con otro delito

Será sancionado con pena de prisión de quince a treinta y cinco años quien mate a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

¿Cuál es la razón que justifica una actuación normativa de ese tipo? La inmediata respuesta se encuentra en un aumento en el extremo mayor de la pena, elevándose a treinta y cinco años respecto de los treinta para las otras figuras agravadas o calificadas en el proyecto, al lado de lo previsto para el homicidio simple.

Parece no haber una razón de peso para crear un tipo penal aparte para este género de conductas; quizá se le quiso dar un valor diferenciado pensándose, tal vez, que este tipo de homicidio era más grave, pero a nuestro juicio es igual de importante un homicidio alevoso o con ensañamiento, como aquel cuya finalidad es, por ejemplo, ocultar la comisión de una estafa.

Sin embargo, parece claro que en el proyecto se quiere dar cierto realce a esta forma de homicidio como respuesta a un supuesto incremento en la comisión de asesinatos vinculados, por ejemplo, a asaltos y secuestros, respuesta que difícilmente podría tener incidencia sobre las tasas de homicidio, lo cual torna ingenua esta fórmula del legislador, que también podría estar vinculada a otros cuerpos legales, que históricamente hayan seguido esa posición, cosa que podría ser otro caso más de traslado de legislación de otros países sin ningún sustento que lo respalde. También podrían pesar criterios de teoría del delito, que no pretendemos abordar aquí.

Resulta en cambio de avanzada y desterrando una postura superada, el giro en el contexto de los homicidios especialmente atenuados. Hablamos no de la exclusión del homicidio de la denominada madre de buena fama que dé muerte a su hijo para ocultar la deshonra, sino de la elección de una forma más amplia y, dirían algunos, consecuente con los tiempos, de abordar esta problemática.

Es interesante como para tal fin se utilizan incluso guías de orden psicológico como determinantes de la conducta, pero en definitiva se regula la muerte de un hijo de hasta tres días de nacido a cargo de su madre. Tal situación es la que encontramos en el artículo 120 del proyecto, concretamente en su inciso 1), que detalla lo siguiente:

ARTÍCULO 120: Homicidio atenuado

Será sancionada con pena de prisión de uno a seis años:

- 1) La mujer que mate a su hijo de hasta tres días de nacido, impulsada por alteraciones en su estado anímico que las circunstancias hagan excusable ...

Si con lo enunciado se deja de lado el portillo para atacar homicidios que derivan de actividades irresponsables en la concepción, que luego con toda la voluntad del caso llevan a dar muerte a un inocente, es evidente que se ha avanzado con la regulación, pues de lo contrario se estaría privilegiando, como acontece hasta el momento, la posición de una madre de tal orden, frente a la vida truncada de la persona menor de edad, apelando a valores como la honra y la buena fama. Ahora esos aspectos están situados circunstancialmente en un nivel distinto, con fines de atenuación.

Ahora bien, no podemos ocultar que esos mismos valores que se destierran de la letra de un texto normativo, en casos concretos sí pueden ser los que produzcan la alteración en el ánimo que propone el nuevo texto. Confiamos en que no sea ese un camino para mantener en la práctica, lo que se ha borrado de la letra. Para ello serán vitales los análisis periciales profundos que el hecho exija.

En similar contexto se ubica el aborto *honoris causa* tipificado en el artículo 120 del Código Penal vigente, en que se maneja el elemento de la deshonra que se desea ocultar. Con ello la muerte del producto de la concepción recibe una sustancial atenuante en la pena, tanto para la mujer, como para el tercero, según sea el caso.

Ahora el proyecto hace un interesante giro eliminando esos conceptos superados por el tiempo, exigiendo igualmente que medie una alteración del estado de ánimo, frente al marco fáctico que deriva de las circunstancias en concreto. Ello se hace extensivo no solo a la mujer perpetradora, insistimos, sino al tercero, tal y como lo observamos en la siguiente transcripción del artículo 127 del proyecto:

ARTÍCULO 127: Aborto atenuado. La mujer que cause su propio aborto o dé su consentimiento, hallándose en una alteración del ánimo que las circunstancias hagan excusable, será penada con prisión de tres meses a un año.

Las circunstancias del homicidio atenuado las encontramos proyectadas igualmente a este tipo penal, para no hacer de un avance normativo algo meramente cosmético.

B. El delito de disparo con arma de fuego

Novedosa y si se quiere sin mayor explicación, tenemos la criminalización de una conducta enmarcada en el artículo 137 del proyecto y que se inserta en el Capítulo III del Título I denominado “lesiones y agresión” y dentro del gran Título que tutela la vida.

Nos referimos al tipo penal del “Disparo con arma de fuego”, cuyo contenido más se asemeja a uno de orden contravencional que a un delito en sentido estricto y en la segunda parte del tipo se recurre a la culpa.

El texto que se propone es el que sigue:

ARTÍCULO 137: Disparo con arma de fuego
Quien dispare un arma de fuego en un lugar poblado o habitado, será sancionado con prisión de dos a seis meses o hasta cincuenta días multa. Si el disparo se hiciera contra una persona, sin dolo de matarla o lesionarla, la pena sería de cuatro a nueve meses de prisión o hasta setenta y cinco días multa.

Prueba de la anterior afirmación sobre la menor gravedad de este ilícito, es la apertura hacia la imposición de pena de multa que da el texto del artículo.

Quizás hurgando un tanto en la razón de ser de esta norma y su elevación a nivel de delito, teorizamos que podría tratarse de una respuesta de carácter preventivo con relación a algunos hechos que han sido divulgados por la prensa en años recientes y que han producido lesiones e incluso muertes, pero que, dadas las circunstancias, no tipificaban bajo ninguna de las figuras de las lesiones o del homicidio⁷⁸.

Se trató de acciones circunstanciales en las que personas inexpertas produjeron hechos ahora descritos en el tipo propuesto.

De igual forma, en ese contexto se sitúa el párrafo primero del artículo proyectado, donde se castiga un delito de mero peligro, pues se criminaliza pura y simplemente la acción del disparo en las condiciones señaladas, donde cualquier otro efecto obligaría a trasladar la conducta a un tipo penal distinto.

⁷⁸ Un reciente hecho expresión del contenido de la norma propuesta, puede verse en: **La Nación**, 19 de julio del año 2003, p.15 A.

Por lo tanto, partiendo de la premisa recogida por el propio proyecto, respecto a que las contravenciones en la mayoría de los casos son estériles, es que se eleva a la categoría de delito, un hecho nutrido de las características de aquellas, lo que en forma evidente es una solución discutible. Es el reconocimiento de la falta de eficiencia del sistema como un todo.

Sin embargo, no puede negarse que el carácter aislado de ciertos hechos no debe dar pie tampoco a desatender ese tipo de conductas por parte del sistema. Quizás existan otras fórmulas de mayor impacto sobre el propietario del arma, como la supresión del permiso de portación de armas con la acción del Ministerio de Seguridad y Gobernación, en última instancia una de las agencias del sistema penal, sin producir un ingreso formal en la estructura del proceso represivo. Si no se posee el permiso, en ese momento la respuesta emanará de los instrumentos que castigan la falta de ese aval de las autoridades de gobierno.

La criminalización planteada en el artículo 137 es discutible: resta esperar la suerte en la corriente legislativa.

C. Descuido con animales peligrosos

Otros hechos que han generado un airado reclamo de la ciudadanía por respuesta del Estado, son aquellos en los que se ven involucrados algunos animales domésticos que producen lesiones serias e incluso la muerte de personas.

La Ley N° 8200, cuya entrada en vigencia es reciente, dio una respuesta punitiva a esa problemática, la cual dio un viraje importante respecto del tratamiento meramente contravencional que se venía dando al tema.

Así, el legislador optó por otro delito de peligro, sujeto a valoraciones muy particulares a cargo del juez, al castigar con pena de prisión la tenencia de animales peligrosos en un contexto tal que se ponga en peligro la integridad de las personas que circulen por las inmediaciones donde se ubique el animal. Se prevé, además, partiendo de un cuidadoso análisis en concreto, un aumento de la pena originalmente prevista, si con el hecho castigado inicialmente se pasa del mero peligro al resultado.

Es pues la respuesta que el legislador dio a hechos concretos y ante las presiones de la prensa maximizando el dolor de las víctimas en el tratamiento de la información.

El proyecto se muestra un tanto más técnico, pero se inscribe dentro de la misma idea, pues dentro de la coherencia de la motivación de la norma, se mantiene la idea de que sea un delito de mero peligro, mediante las vertientes de la tenencia, la incitación al animal para que se excite su comportamiento o bien dejándolo libre en

una actitud totalmente ligera, y si se quiere, irresponsable por las consecuencias inminentes dada la naturaleza del animal. Lo descrito se encuentra visible en el texto para el artículo 138 que detallamos a continuación:

ARTÍCULO 138: Descuido con animales peligrosos

Será sancionado con pena de quince días a tres meses de prisión a (sic) quien tenga en su poder un animal peligroso sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas.

La pena será de tres a seis meses de prisión si la conducta consiste en azuzar o soltar al animal con peligro para las personas.

Una vez más vemos al legislador dando acogida a clamores concretos. Por lo reciente de la reforma relacionada, no creemos que el legislador vaya a dar un giro radical respecto del tema; más bien estamos tentados a suponer que en el proyecto se retomó la fórmula contenida en el proyecto en la Ley N° 8250, dando el ingrediente de trasladar del mero peligro al hecho tangible, también para atender un eventual reproche de falta de firmeza en la atención de la problemática.

D. Lesiones al producto de la concepción

Dentro del gran tema de la mala praxis, que igualmente ha generado no pocas discusiones en el país, por causa de hechos cuya resolución incluso se ha dilatado en los casos de mayor divulgación, un tema también objeto de alguna preocupación es la responsabilidad derivada de lesiones a lo que el proyecto de código da en llamar *producto de la concepción*, como concepto introducido antes de analizar el tema del aborto. Recordemos que el código vigente utiliza más bien la nomenclatura de *feto* y en algunas figuras hace distinciones respecto del tiempo de vida intrauterina, siendo la jurisprudencia la que ha dimensionado los alcances del artículo. Explicado lo anterior, quedaría por solucionar cuándo se tiene por válido hablar de producto de la concepción. Inicialmente, la respuesta debería encontrarse en lo que ha determinado la jurisprudencia, aunque creemos que debería ser una definición normativa.

Rápidamente sobre el particular debe señalarse que alguna discusión se ha generado tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Sin embargo, la Sala Constitucional ya ha establecido en nuestro país algunas reglas sobre ese particular.

Dos son los ejes fundamentales que en este tema soportan el discurso: la protección al derecho a la vida y la dignidad del ser humano, que encuentran determinantes diáfanos tanto en la legislación nacional como en los instrumentos internacionales.

Por lo tanto, es pertinente detallar la siguiente posición del alto tribunal constitucional costarricense sobre este particular:

“...V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva -primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es

que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona 'tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica' (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1: 'Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la

ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.' Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe (sic) tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona 'el nacimiento'. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga 'debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable". VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera 'nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento', con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera: 'Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)' El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que 'niño' se es 'desde su concepción hasta sus 12 años'. 'Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral'. El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y

Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia...”⁷⁹

Concluimos que sobre este tema siempre convergen necesariamente los extremos de los avances en la medicina, la ética y la ley, para orientar cualquier definición que determine la acción futura.

Así, en nuestro país está definida la noción operativa en todos los niveles sobre la concepción, apoyándose además en los vínculos derivados de instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José, que conminan a una protección incondicional de la vida. A lo descrito deben sumarse la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el artículo 21 de la Constitución Política y al final del bloque de legalidad, el artículo 31 del Código Civil.

Luego de este breve preámbulo para tener clara la noción relativa al “producto de la concepción”, retomamos el análisis normativo del proyecto de Código Penal.

El artículo 140, que plantea las lesiones culposas al producto de la concepción, establece la tutela penal, por ejemplo, ante casos de prácticas médicas provocadas por faltas al deber de cuidado en el ejercicio de la profesión, sin excluir las acciones de cualquier otro sujeto que causaren lesiones a este especial tipo de sujeto pasivo.

El artículo 139, por su parte, regula conductas de naturaleza más bien dolosa en perjuicio del producto de la concepción:

ARTÍCULO 139: Lesiones al producto de la concepción
Quien cause al producto de la concepción una lesión que perjudique su normal desarrollo, será sancionado con pena de prisión de seis meses a cuatro años.
Al autor se le podrá imponer además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, o actividad en la cual se cometió el delito, de dos a ocho años.

La criminalización así prevista por los artículos 139 y 140 es acertada, en vista de que establece la tutela de una entidad que, por su naturaleza débil y vulnerable, merece la protección regulada en esas normas.

⁷⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2000-02306 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.

E. Delitos contra la salud

El Capítulo VII del Libro II del proyecto identificado como “Delitos contra la salud”, igualmente contiene una serie de innovaciones respecto de la legislación en curso, que como efecto necesario lleva a la punición de ciertas conductas antes no previstas, cuando menos no en forma expresa en el Código Penal vigente. Las nuevas previsiones se engloban genéricamente dentro del bien jurídico “la salud”, aunque, como veremos, no necesariamente todos los hechos descritos se insertan dentro de esa noción en sentido estricto.

En este apartado del proyecto puede observarse también cómo se recoge una serie de previsiones contenidas en otros sistemas, ciertamente como expresión de sus propias realidades, pero que quizás ahora ya han encontrado algún asidero en nuestro país con el paso del tiempo.

De alguna forma se encuentran inmersos en esas previsiones los grandes temas de la experimentación en seres humanos y de la manipulación genética.

Aquí saltan a la discusión tópicos en boga como la clonación, la manipulación genética, el genoma humano, etc.

En principio, se antepone como una realidad que las actividades que se inscriban en esos temas y cuyo objetivo sea el bien de la humanidad la humanidad, como en los eventos donde se llegara a concebir por ejemplo una clonación terapéutica para hacer toda clase de órganos y tejidos, no deberían ser punibles.

Fuera de ese marco, la naturaleza humana, sostienen algunos, estaría en entredicho y se pondría también en cuestión la dignidad humana.

Retomando el tema de la manipulación genética y la experimentación humana, es claro que en cualquiera de esos dos ámbitos media una intervención humana en el proceso de la herencia, en el cual entran en juego los intereses generales del derecho a la salud, frente a los individuales, donde quizás se podría ubicar un derecho a ser único e irrepetible.

A partir de esas premisas, en el campo del Derecho muchas pueden ser las derivaciones y en el campo de lo penal, también se abren grandes temas a la discusión.

Algunos temas a enunciar podrían ser aquellos comprensivos de actividades que vengán a violentar la dignidad de la persona en el uso y administración de los datos genéticos, por ejemplo con los elementos probatorios en juicio, lo que incluye los tópicos de la voluntariedad de los exámenes y la falibilidad de los resultados mismos.

Es sin duda el ámbito de los llamados delitos no convencionales a los que hemos hecho referencia líneas atrás, donde en aspectos aún tan nebulosos como los que nos ocupan ahora, se suelen, por ejemplo, plantear penas más fuertes dados los especiales conocimientos de los perpetradores y se exigen tipos penales dotados de características muy especiales y no mantenerse más en los esquemas tradicionales, tales como los ilícitos vinculados con lesiones, que se muestran como insuficientes.

Claro está que lo descrito a título introductorio, no debe ser tenido como un enfoque para satanizar el avance de la ciencia, sobre todo en el marco de las nuevas técnicas genéticas. En otras palabras, de inicio no puede plantearse la prohibición a la libertad de investigar en el campo del genoma humano, pero en ese camino debe ponderarse el papel del ser humano, frente a lo que quizás podría plantearse como un negocio de pocos. Es decir, la instrumentalización del ser humano con miras a determinados objetivos, no siempre de interés para la colectividad.

Aquí la guía en un país democrático como el nuestro debe ser siempre la Constitución Política, a partir de la cual se tutela la dignidad humana desde antes de la concepción, en contra de actos lesivos. Recordemos que el artículo 21 consagra la inviolabilidad de la vida y todo lo que represente su contenido.

Por otra parte, el otro gran tema es el papel del Derecho Penal en este tópico. Para algunos la intervención debe ser necesaria, mientras para otros no debe ser un asunto que se entregue al poder resolutivo de conflictos que se le asigna con algún error al Derecho Penal, sino que ha de integrarse con la multiplicidad de ramas del quehacer humano que pueden intervenir en tan delicada materia⁸⁰.

1. En el proyecto encontramos inicialmente el artículo 147, intitulado “Experimentación indebida”.

El artículo proyectado señala lo siguiente:

Artículo 147: Experimentación indebida
Quien someta a una persona a experimentación para la aplicación de medicamentos, fármacos, sustancias o técnicas sin ser debidamente informada de la condición experimental de estos, y de los riesgos que corre, sin que medie consentimiento expreso de la víctima y de las autoridades correspondientes, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

Observamos que la norma contiene algunos conceptos según nuestro criterio confusos, que luego pueden dar al traste con la pretensión de hacerla efectiva, de

⁸⁰ Algunos de estos tópicos fueron tratados en: **Conferencia de los Doctores Sergio Abarca C., Alfredo Chirino Sánchez y Gustavo Gutiérrez Espeleta**, Manipulación genética y experimentación en seres humanos, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 29 de mayo del año 2003.

modo que la persecución de la conducta podría volverse harto difícil. Se habla por una parte de la posibilidad del consentimiento expreso, en cuyo caso no habría delito, pero bien podría eventualmente de igual forma producirse un daño con motivo del hecho. Asimismo, se utiliza la expresión “víctima” en forma técnica cuando media un daño, para trasladarla al tema del riesgo, es decir del mero peligro. Si se produce un resultado que afecte al sujeto de la experimentación, concurrirán otros ilícitos.

Pero pensemos que los hechos ahí señalados no produzcan daño alguno, de modo que su inaplicabilidad sería evidente en ese evento. Por lo tanto, sería prudente más bien introducir ese matiz del daño en forma expresa, si se trata de perseguir ese tipo de conductas, incorporando la tutela del bien jurídico salud.

El sistema en cambio se muestra omiso, pues el tipo penal no permite detectar una tutela de la sociedad por encima de una acción de ligereza del particular consintiendo, pues el hecho estaría exculpado, como hemos visto. Recuérdese que en estos casos, generalmente son utilizadas personas de baja escolaridad, de modo que es fácil inducir al engaño y obtener el mencionado consentimiento.

Se propone, entonces, castigar con el tipo penal un hecho que en este momento se presume se presenta en forma recurrente en ciertos sectores y que no está siendo objeto de control para proteger a los afectados y a la sociedad en general.

En este punto es importante señalar que un reglamento dictado por el Ministerio de Salud, que pretende de alguna forma ordenar estos temas, ha sido objeto de impugnación ante la Sala Constitucional, de modo que su aplicación fue mínima, lo que refleja de algún modo el recelo aún patente sobre esos temas⁸¹.

2. Enseguida, el artículo 148 denominado “Experimentos biológicos”, bajo una identificación llamativa, contiene una previsión que nos remite a los reparos señalados en el artículo anterior. Indica la norma:

ARTÍCULO 148: Experimentos biológicos

Quien realice experimentos biológicos que atenten contra la integridad física o psicológica de las personas será sancionado con prisión de quince a veinticinco años.

Se castiga la realización de experimentos biológicos que atenten contra la integridad física o psicológica de las personas, con una concepción de figura agravada dada la cuantía de la pena que se proyecta. Entendemos que la experimentación prevista en el artículo 147 es en última instancia de orden biológico, bastando agregar

⁸¹ Hacemos referencia al **Reglamento para las Investigaciones en que Participan Seres Humanos**, Decreto Ejecutivo N° 31078-S del 5 de marzo del año 2003 y que ha sido objeto de una acción de inconstitucionalidad que suspendió su eficacia.

la de orden psicológico. Aquí dicha norma sí recoge los efectos erróneamente no previstos para el artículo precedente, salvo que se interprete que aquella se ocupaba del peligro y ésta del resultado.

3. El tratamiento sin consentimiento (artículo 149), se enmarca también como delito contra la salud, ante eventos generadores de los varios supuestos que igualmente se ubican usualmente bajo el concepto de mal praxis, donde con gran ligereza se realizan prácticas médicas o quirúrgicas que pueden afectar la integridad física o la vida, que engloban el concepto general de salud y no son cosa distinta.

Indica el artículo 149:

ARTÍCULO 149: Tratamiento sin consentimiento

Quien someta a una persona a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para la integridad física, su vida o su salud, sin informar debidamente de los riesgos que se corren y sin que medie consentimiento expreso, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

No comete delito quien, ante una situación de urgencia, realiza la conducta descrita anteriormente.

De tal norma se derivan dos consecuencias: se debe informar de los potenciales efectos y luego obtener el consentimiento expreso. En caso contrario, la acción una vez acreditado el peligro, vendría a ser punible. Es sano que haya quedado establecida la situación de urgencia que se encuentra prevista.

También no debe olvidarse que, como en toda norma de esta naturaleza, estarán a la orden también los abusos de las potenciales víctimas, por lo que la práctica deberá imponer mecanismos de registro y control, para evitar esas circunstancias.

4. En ese mismo contexto se ubican los artículos 151 y 152 del proyecto, bajo dos figuras de comisión exclusivamente dolosa, para pretender así dar solución a carencias actuales del sistema.

Nos referimos al comercio, entrega, distribución y posesión para esos efectos, de alimentos y medicamentos con las características ahí señaladas⁸².

⁸² El texto proyectado para ambas normas es el que sigue: ARTÍCULO 152: Circulación de alimentos y medicamentos peligrosos

Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años quien comercie, entregue, distribuya o posea para esos fines, o importe:

1) Alimentos adulterados, deteriorados, vencidos, contaminados o falsificados, con peligro para la vida o la salud de las personas.

2) Medicamentos adulterados, deteriorados, vencidos o falsificados, con peligro para la vida o salud de las personas.

ARTÍCULO 153: Importación de alimentos y sustancias no autorizados

Por otra parte, tenemos que el artículo 153 del proyecto contiene una previsión, cuyo control y denuncia subsecuente debería en principio estar en manos de las autoridades del Ministerio de Salud, al otorgar sus permisos para la venta de alimentos vegetales y/o animales, o bien al tiempo de hacer sus controles en fábricas o establecimientos afines, al igual que ante denuncias de particulares.

Aquí, sin duda alguna, mueve a los redactores del proyecto, el recurrir a un pretendido efecto de intimidación en el productor o comerciante, pues en caso contrario su eficacia real habría perdido entidad si se produce el daño a la salud o a la vida, pues el análisis de la conducta se desplazaría hacia otro tipo de previsiones. En otras palabras, el delito se sitúa como una figura exclusivamente de peligro y a partir de ese esquema se plantea la tutela penal.

Ante la potencialidad del daño, el asunto está siendo asumido por el legislador, dejando de lado la fórmula de imposición de exiguas multas en normas especiales o sanciones administrativas, como acontece en la actualidad con una total desproporción en cuanto al posible perjuicio.

Sobre este tema pueden verse, por ejemplo, las previsiones de la Ley Orgánica del Ambiente, que contiene un elenco de sanciones administrativas para sancionar daños al ambiente o por infracción a las normas que establecen protecciones sobre el tema⁸³.

Es clara la elección del proyecto por la previsión penal, por encima del denominado Derecho Sancionatorio Administrativo, mecanismo al que, sin embargo, algunos autores se adhieren y que, bajo ciertos esquemas, quizá, resultaría atractivo⁸⁴.

Quien importe alimentos, medicamentos, fármacos, agroquímicos o sustancias cuyo comercio, distribución y consumo no estén autorizados en Costa Rica o en el país de origen, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.
Igual pena se aplicará a quien, a sabiendas, permita el desalmacenaje de tales productos.

⁸³ Señala el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente lo que sigue: " Artículo 99.- Sanciones administrativas. Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: a) Advertencia mediante la notificación de que existe un reclamo. b) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados. c) Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental. d) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia. e) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia. f) Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo. g) Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica. h) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente. i) Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente. Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica."

⁸⁴ En tal sentido, destacamos: Cruz Castro (Fernando) Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable perversión del sistema penal. En: **Revista de la Asociación de Ciencias**

5. Igual acontece con el artículo 155, que castiga una conducta a la cual se ven expuestos los países subdesarrollados, cual es la traída de medicamentos, fármacos o sustancias, que en muchos casos solamente se encuentran en etapa de experimentación en sus países de origen. Citamos la norma a continuación:

ARTÍCULO 155: Importación o comercio de medicamentos experimentales
 Quien, con peligro para la vida o la salud de las personas, importe o comercie medicamentos, fármacos o sustancias que se encuentren en proceso de experimentación, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años.

Observamos que nuevamente bajo penas relativamente bajas, se persigue un fin intimidatorio.

6. En otro sentido, consideramos casuístico el que se haga una protección especial en el artículo 156 del proyecto, al penalizar la venta o suministro respecto de menores o incapaces mentales, de sustancias o productos descritos en dicha norma, identificados como tóxicos o peligrosos. Más bien tratando de hacer operativos los tipos penales, lo viable es introducir un tipo penal genérico, sin reparar en la condición de la persona que se encuentra como víctima del hecho. Podrían luego crearse circunstancias agravantes⁸⁵.

7. Conceptos similares a los vertidos hasta acá podrían ser planteados en relación con el artículo 157 del proyecto, que castiga la importación peligrosa de microorganismos, bacterias y agentes patógenos que puedan afectar la vida o la salud⁸⁶. Con este tipo se da una redacción más técnica y, si se quiere, tendiente a hacer eficaz la persecución penal, respecto de lo que hoy se tipifica en el Código Penal en los ilícitos definidos como delitos contra la salud pública, acorde con los tiempos y las posibilidades de comisión.

Aquí el proceso de criminalización es relativo, al existir en el sistema actual una norma similar.

Penales de Costa Rica, San José, Costa Rica, Año 6, N° 9, noviembre 1994. Este autor argumenta que en el caso de los sujetos involucrados en este tipo de hechos, las sanciones ordinarias no lograrían los objetivos político criminales asignados a las penas tradicionales. No requieren resocialización, sino sanciones cortas que produzcan mayor impacto y por lo tanto un efecto “contramotivador” y disuasorio.

⁸⁵ Indica el ARTÍCULO 156 del proyecto: Venta o suministro de sustancias peligrosas. Quien venda o suministre sustancias, mezclas de sustancias, productos u objetos tóxicos, de carácter peligroso o declarado peligroso por las autoridades de salud, a menores de edad o a personas incapacitadas mentalmente, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años.

⁸⁶ Establece el artículo 157 del proyecto: Importación peligrosa Quien, con peligro para la vida o la salud de las personas, interne en el país un cultivo o mantenga microorganismos, cultivos bacterianos, virus y hongos patógenos, no autorizados, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años.

La consideración respecto a si estos temas deben ser objeto más bien de regulaciones a nivel administrativo, plantea el tema de si debe serle otorgado mayor o menor peso a los valores o bienes jurídicos insertos en tales normas, lo que corresponde a la valoración ideológica final del legislador.

La aplicación del Derecho Administrativo sancionador no siempre tiene iguales efectos y puede generar altos grados de ineficacia.

No obstante, aspectos como las sanciones de inhabilitación, recogiendo de alguna manera las palabras de Cruz Castro, se concebirían en su formulación a la luz del logro de objetivos de prevención especial.

Sin embargo, algunos de los razonamientos de Cruz Castro para apelar a ese mecanismo son incluso rechazados por parte de la doctrina, por ejemplo, el argumento de que los perpetradores de hechos de esta naturaleza no requieren resocialización.

La gravedad de los eventos que prevén estas normas no debería admitir valoraciones ideológicas tendientes a desaplicar en estos casos sanciones, por ejemplo, privativas de libertad; se afirma, incluso, que deben imponerse consideraciones que tendrían que ver con la función retributiva de la pena y con los principios de proporcionalidad y de igualdad⁸⁷.

Al final del camino, nos situamos en un caso en el que la respuesta debe ser necesariamente criminalizadora, tal y como lo señala Bustos Ramírez⁸⁸.

Así, la elección efectuada en el proyecto no resultará reprochable para muchos y es incluso complementada con sanciones de inhabilitación de la licencia, permiso o autorización de ejercicio, de corroborarse finalmente alguno de los hechos planteados en las normas del capítulo, tal y como lo prevé el artículo 160 del proyecto.

F. Delitos contra la libertad sexual

Dentro de este apartado, que encuentra su regulación en el Título II del proyecto y cuyo bien jurídico objeto de tutela es la libertad sexual, bajo el tema de las agresiones sexuales tenemos unas pequeñas referencias, que se muestran como novedosas y que por lo tanto tienen un efecto de criminalización de acuerdo al contexto de este trabajo.

En primer término, tenemos el artículo 162 del proyecto que, regulando la violación calificada, incluye como objeto de persecución al autor que ostente la característica de cónyuge o conviviente de la víctima. (ver inciso 1. de las

⁸⁷ En tal sentido: García-Pablos de Molina (Antonio) Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de "cuello blanco". En: **Antología Historia del pensamiento criminológico del siglo XX**, Universidad Estatal a Distancia, 2002, sin numeración.

⁸⁸ Bustos Ramírez (Juan) Principios fundamentales de un derecho penal democrático. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Año 5, N° 8, 1994, pp10-17.

circunstancias calificantes). Además, se procura arrojar mayor claridad respecto del siempre intrincado tema de las relaciones de afinidad y consanguinidad, al incluir como objeto de castigo, a las siguientes personas:

El tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, la madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.

Detectamos un ensanchamiento del elenco de potenciales sujetos activos del delito de violación que, por sus características personales, acceden a facilidades para perpetrar el ilícito en referencia. La decisión de agravar la situación respecto de estas personas y no dejar el hecho como capaz de producir un delito de violación puro y simple es un criterio de política criminal. El tema no es puramente cosmético, pues los extremos de la pena se ven incrementados en la violación calificada, como es lógico suponer.

El legislador parece así pretender hacer eco de una realidad fácilmente aprehensible y sancionar con mayor peso este tipo de hechos, cuyo daño es sumamente considerable y poca reparación se logra para la víctima y su entorno.

Una explicación de esa naturaleza, es la única que se puede encontrar para la inclusión del inciso 6) del artículo 162 relativo a la violación calificada, cuyo texto es el siguiente:

Cuando el autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente indicados en los incisos 2 y 3 anteriores.

Así, las posibilidades de persecución son mucho más amplias, cobijando prácticamente todo el núcleo familiar mínimo, en los ámbitos de la consanguinidad y la afinidad.

Igual fórmula es la que se aplica en el delito de “abusos sexuales contra menores de edad o incapaces” previsto en el artículo 165 del proyecto, al definirse en forma circunstanciada algunos de los familiares que pueden situarse como perpetradores del hecho y la posibilidad de que sean víctimas también los parientes del cónyuge o conviviente, del orden definido en el tipo de la violación agravada.

El proyecto también es consecuente, al extender la misma fórmula, para el ilícito de los “abusos sexuales contra personas mayores de edad”.

La coherencia legislativa es digna de elogio en este punto, pero debería venir acompañada, en un futuro, de políticas públicas de prevención, para que el sistema penal deje de ser la única respuesta -al final del camino- para esta problemática.

Adicionalmente, no debe olvidarse el hecho de que en el manejo de bienes jurídicos en esta temática, el proyecto hace una separación de protecciones penales que inicialmente se caracterizarían por su raigambre sexual, para en cambio tutelar por un lado la libertad sexual y por el otro lado la libre determinación, según la sistemática del código. En el último caso, hacemos referencia al delito de rufianería, ilícito que si bien prevé actividades de índole sexual, lo que castiga en última instancia es el convertir a la persona en un instrumento, con miras a aquella actividad. En el código vigente, en cambio, lo tutelado es la libertad sexual, con evidente poca precisión.

También debe destacarse que la edad de los sujetos pasivos es variada de los doce a los trece años, en los casos expresamente previstos en los artículos relativos a la violación vinculada con menores de edad, relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad e incapaces, corrupción agravada, etc., de modo que sobre los rasgos tradicionales de los delitos que atentan contra la libertad sexual, se amplía el grupo de protección, lo que por sí solo no es censurable, dada la especial protección que requiere este tipo de sujetos pasivos, aunque con ello se da una mayor criminalización, siempre cuestionable desde la perspectiva minimalista.

G. Omisión de deberes de protección

Dentro de los delitos previstos para tutelar el desarrollo normal de la sexualidad como bien jurídico digno de especial protección en el Capítulo III del Título II del proyecto, tenemos un artículo 175 que se distingue de otros numerales en razón de la especial actividad que se desarrolla en los lugares que detalla el propio tipo penal.

Transcribimos el texto de la norma enseguida:

ARTÍCULO 175: Omisión de deberes de protección.

Quien debiendo evitarlo como dueño, empresario, administrador, encargado o autoridad pública, no impida la entrada o permanencia de menores de edad, en lugares donde se ejerce la prostitución, o se practiquen actos de exhibicionismo de carácter sexual, será sancionado:

1) Con pena de prisión de seis meses a dos años, si la víctima es mayor de quince pero menor de dieciocho años.

2) Con pena de prisión de tres a cinco años, si la víctima es mayor de trece pero menor de quince años.

Con pena de prisión de cuatro a ocho años, si quien entra o permanece por su tolerancia, es menor de trece años.

Estas sanciones serán igualmente aplicables al dueño, empresario, administrador, encargado o autoridad pública que teniendo conocimiento, no impida en lugares bajo su responsabilidad, la realización de actos sexuales con menores de edad.

El proyecto contiene una norma similar que no debe llevar a equívocos, cual es el señalado en el artículo 228, en cuyo inciso primero se castiga la tolerancia o entrada consentida de menores o incapaces por los mismos sujetos activos del ilícito en examen, pero esta vez bajo una forma más genérica: la de “lugares no autorizados para ellos”⁸⁹.

Aquí en cambio se centra la normativa en una prohibición expresa, no ya en el marco de esa vaga tutela a los deberes y derechos familiares visible en el título sexto del proyecto, sino en el “desarrollo de la sexualidad”, como dijimos líneas atrás.

El código vigente no tiene un tipo penal de esa naturaleza, por lo que detectamos en curso el proceso de criminalización, de conductas no sancionadas, que derivan de otros tipos penales, por ejemplo el de corrupción y en especial los eventos donde intervienen menores en actos sexuales o eróticos. El que tolera esos hechos a la luz del sistema actual no estaría siendo objeto de castigo, mientras que con esta norma sí se alcanzaría la punición.

De igual forma, el artículo 188 bis introducido por la Ley N° 8250, no cobija las conductas detalladas en el nuevo tipo penal⁹⁰.

Pero retomando el tenor de dicho artículo, detectamos al legislador inmerso en el proyecto preocupado por la necesaria tutela de la niñez y la adolescencia, consagrada en el Código de la Niñez y la Adolescencia y en la Convención de los Derechos del Niño, al servicio de los cuales también debe erigirse la normativa penal, bajo ciertos límites, claro está.

El proyecto es realista al reconocer la realidad de los lugares donde se ejercen la prostitución y los actos de exhibicionismo, pero a la vez acepta la realidad de que en algunos de esos sitios se hace permanecer en forma inescrupulosa a menores de edad. Así, puede observarse como se hace una gradación de la pena que en los extremos mayores puede ir de los dos a los ocho años de prisión, en el tanto los menores involucrados sean menores de trece a dieciocho años, que no es otra cosa que el ámbito que comprende la niñez y la adolescencia.

⁸⁹ Establece el ARTÍCULO 228: Protección a menores e incapaces

Será sancionado con pena de prisión de quince días a tres meses, en los siguientes casos:

- 1) Al dueño, administrador, encargado o autoridad de policía o de vigilancia que tolere o permita la entrada o la permanencia de un menor de edad o incapaz mental en lugares no autorizado para ellos.
- 2) Quien venda, entregue, confíe, o permita llevar armas, materiales explosivos, o sustancias venenosas o perjudiciales para la salud a un menor de edad o incapaz mental, siempre que ello no constituya un delito más grave.
- 3) Quien coloque al alcance de un menor de edad o incapaz mental, armas de fuego, materiales explosivos o sustancias venenosas, con peligro para éstos o para otras personas.
- 4) Quien en un establecimiento comercial sirva o expendá bebidas alcohólicas o tabaco a un menor de edad o incapaz mental.

⁹⁰ El artículo 188 bis del Código Penal y el 228 del proyecto tienen grandes similitudes.

También es interesante, cómo se introduce en el último párrafo un delito de omisión que permite reprimir a aquellos que, debiendo denunciar o impedir actos sexuales en que intervengan personas menores de edad, no lo hicieren.

Es evidente que estamos en un proceso de uso extensivo del Derecho Penal en que los bienes involucrados justifican la decisión de política criminal sobre ese particular. Creemos que en casos tan particulares, donde el lucro implícito en la labor de administradores o empresarios, así como los deberes derivados del ejercicio de determinadas funciones, hacen que lo planteado no sea desproporcionado.

De igual forma, si lo que se tutela es el desarrollo normal de la sexualidad, criterios de Psicología infantil y de la adolescencia hacen justificable el no tolerar la presencia de personas menores de edad en actividades que incluso en adultos pueden tener efectos nocivos. En una época en la cual todo es mercancía, se justifica una mayor protección de bienes jurídicos que, como en este caso, tienen que ver con la franja etaria de las personas menores de edad, las cuales se encuentran en proceso de desarrollo. Sobre este particular, el Dr. Alberto Morales, Director de la Clínica del Adolescente del Hospital Nacional de Niños, por ejemplo, señala un gran porcentaje de incidencia en la formación de futuros abusadores, en los casos de menores expuestos a la pornografía, al verse afectados por un efecto distorsionado sobre el papel de la sexualidad⁹¹.

Tampoco puede desconocerse que la presencia en lugares donde se dan prácticas de este tipo puede dar pie, paulatinamente, a consecuencias más nocivas como la propia prostitución o el trasiego de menores para los mismos fines, cuando el hecho pudo evitarse castigando conductas omisivas e irresponsables.

H. Delitos contra la libertad

El Capítulo III del Título III, de los delitos contra la libertad, contiene dos previsiones que, por alcances diferentes, motivan aquí el análisis en el tema de la criminalización.

1. Inicialmente observamos el artículo 188, denominado “Tráfico de personas”, que con ese enunciado podría llevar a equívocos con el contenido del actual artículo 172, de idéntica redacción en el proyecto. Por ello se hace necesaria su lectura, a partir de la siguiente transcripción:

ARTÍCULO 188: Tráfico de personas
Quien trafique con personas con la finalidad de comerciar
sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus

⁹¹ Ver artículo: Pornografía induce al abuso sexual en: La Nación, 6 de julio del año 2003, p. 14 A.

componentes derivados, será sancionado con pena de prisión de diez a quince años.

En este tipo penal, con una pena bastante alta que oscila entre los diez y los quince años de prisión, se castiga la instrumentalización del hombre, comercializando su cuerpo como entidad vital comprensiva de su sangre, fluidos, tejidos, etc.

Corresponde a un tipo de conducta en la que convergen la necesidad de la víctima y la del destinatario de la cosa traficada; el sujeto activo es castigado en su calidad de intermediario.

Se trata de un ajuste de la normativa a hechos de no poca frecuencia en la actualidad y a algunos instrumentos internacionales sobre el tema.

Se reprime solamente la acción de quien trafica, sin detenerse el tipo penal en las motivaciones o en las particularidades del sujeto pasivo o del eventual beneficiario, salvo, por supuesto, cuando éste asuma el papel de cómplice.

Si el tipo penal tutela el bien jurídico de la libertad individual, asume que el peso de la acción determinante está en el sujeto que realiza el tráfico, cuya acción, por ese solo hecho está revestida de ilegalidad, como acontece a otros niveles, por ejemplo, en el caso del tráfico ilegal de personas.

Este tipo de delitos se da sobre todo en un contexto en el que el sujeto pasivo recurre al comercio de sus órganos, fluidos, etc., dadas sus necesidades y, en general, su situación de exclusión social.

El tráfico definido en el tipo penal es una realidad y alguna respuesta debe dar el sistema, tratándose en última instancia de tutelar la dignidad humana, llevada a la cima de la protección en muchos instrumentos internacionales, tal y como lo hace ahora en forma expresa el proyecto.

De la gravedad de las penas previstas, que pueden alcanzar hasta los quince años de prisión, se deduce la importancia que el legislador da en esta criminalización al bien jurídico relacionado.

Es importante acá que no dio el legislador importancia alguna al tema del consentimiento, cuestión que da una idea de la jerarquía que se quiere dar en el proyecto al bien jurídico tutelado por esta norma, pues se ha privilegiado la defensa de la dignidad del ser humano por encima de toda otra consideración.

2. Interesante, enseguida, es el artículo 189 del proyecto, que pretende castigar a quien utilice, preste o facilite a un menor de edad, incapaz o anciano para la práctica de la mendicidad⁹².

La norma al inscribirse dentro de la tutela de la libertad de determinación, sin duda responde a una lamentable práctica que diariamente se observa en nuestras calles, en el servicio público de transporte y en general en lugares de aglomeración de público, con una frecuencia inusitada.

Tenemos aquí un caso de oposición radical entre la legislación vigente y los promotores del proyecto de reforma a la misma, pues mientras que en el proyecto se tipifica el hecho como delito, con una sanción de dos a seis años de prisión, en la Ley N° 8250 en su artículo 381 y bajo un texto muy similar, el hecho se concibe como una contravención sancionable con diez a sesenta días multa. Es un efecto de aumento en el proceso de criminalización el que nos ofrece el proyecto.

Vemos que se pretende superar el contenido de la ley actual, en la que, bajo la perspectiva de una falta menor, no se presta atención a los alcances del potencial peligro a que se ven expuestos estos segmentos débiles de la población mientras mendigan.

Dentro del papel de prevención que se le asigna al Derecho Penal, la elección de la cárcel asume cuando menos un valor de mayor simbolismo, tratando de reprimir la mendicidad instrumentalizada en las condiciones descritas y castigando a los perpetradores. Pero no debe olvidarse la realidad de la falencia estructural que da pie a esas actividades.

Resultan muy interesantes, en todo caso, las distintas perspectivas que asumen las agencias de producción de ley penal ante un mismo fenómeno, cosa que si bien puede no asumir mayor relevancia para la gran colectividad, sí es importante desde el punto de vista criminológico.

A nuestro juicio la opción del proyecto es la más atinada, ya que se adhiere a los distintos instrumentos nacionales e internacionales que protegen a la niñez, a la adolescencia, a los incapaces y a los ancianos.

Aquí la imposibilidad de autodeterminación del sujeto pasivo, sí obliga a reprimir este tipo de conducta, no interesando el vínculo del perpetrador con la persona a la

⁹² Tal el texto de esta norma: ARTÍCULO 189: Explotación de personas para la práctica de la mendicidad. Será sancionado con prisión de dos a seis años, quien explote, preste o facilite, a un menor de edad, incapaz o anciano para la práctica de la mendicidad.

cual se limita su libertad de acción de este modo, de forma instrumentalizada y grosera, insistimos, dadas las particularidades de las personas involucradas.

El hecho que se criminalizaran ciertas conductas que no lo ameritaban y de que las mismas fueran previstas sólo como contravención en la Ley N° 8250 es muestra de la falta de coherencia del legislador.

Y aquí nos remitimos a otro factor de análisis, cual es el material fáctico que arroja la realidad.

El diario devenir nos permite observar las prácticas que se reprimirían con el tipo penal propuesto para minimizar directamente esas actividades que constituyen un continuo riesgo, ante la mirada indiferente de la sociedad, que opta ahora por la creación de este delito ante la reiteración de ese tipo de manifestaciones de abuso, que apelan a los sentimientos del ciudadano, generalmente bajo falsas circunstancias y sin ningún tipo de control, pero donde la importancia última está en la limitación del espacio de autodeterminación que se produce con esos hechos.

En todo caso, no debe olvidarse que cualquiera de las dos perspectivas bajo las cuales quiera examinarse el asunto, es decir como delito o como contravención, el gran obstáculo será la persecución y la búsqueda de elementos probatorios, pues salvo la denuncia directa con elementos de convicción indubitables, es una realidad que para las autoridades será más importante destinar otro tipo de esfuerzos a conductas de más impacto en la sociedad.

No hace muchos años saltó a la luz pública algún escándalo por asociaciones y agrupaciones fantasma que recurrían a ese tipo de recaudación de fondos. En definitiva, el asunto no pasó a más dada la poca trascendencia que frente a otros ilícitos puede merecer la criminalización de conductas de esa naturaleza.

Ese no debe ser argumento, sin embargo, para que el sistema penal se desentienda al respecto.

3. Otro ilícito novedoso, ubicado, quizás con poco tino, en el Capítulo III relativo al “Tráfico de Personas” es el identificado como “Acoso y hostigamiento sexual”.

El texto de dicho artículo es el que detallamos enseguida para su mejor comprensión, en lo que constituye uno de los tipos penales más amplios del proyecto:

ARTÍCULO 191: Acoso y hostigamiento sexual

Será sancionado con pena de prisión de un mes a un año, quien realice una conducta sexual, indeseada por quien la recibe, de manera reiterada y que provoque efectos perjudiciales en las condiciones laborales o educativas, o en el estado general de bienestar de la víctima.

La conducta sexual deberá consistir en alguna de las siguientes:

- 1) Requerimientos de favores sexuales que impliquen:
 - a. Promesa de un trato preferencial, respecto de la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien la reciba.
 - b. Amenazas físicas o morales, de daños o castigos referidos a la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien las reciba; o
 - c. Exigencia de una conducta cuya sujeción o rechazo sea condición para el empleo o el estudio.
 - 2) Uso de palabras de naturaleza sexual, escritas u orales, que resulten hostiles, humillantes u ofensivas para quien las reciba; o
 - 3) Acercamientos corporales u otras conductas de naturaleza sexual, indeseada y ofensivos para quien los reciba.
- Lo anterior siempre que se trate de conductas inequívocas, objetivamente determinables y que no exista correspondencia ni relación afectiva con la víctima o provocación o conducta similar, también inequívoca y objetiva.

En algunos foros ya se ha externado alguna preocupación por previsiones amplísimas de esta naturaleza que encuentran respuesta, además, en otros niveles del sistema.

Evocamos aquí las palabras del Licenciado Rodrigo Obando Santamaría⁹³, quien al analizar el elenco de delitos sexuales contenidos en el proyecto de Código Penal, refiriéndose expresamente al artículo 191, destaca la presencia de conceptos de difícil determinación en casos concretos, llegando incluso a generar el peligro de concurrencia con otros ilícitos como el de amenazas, en cuyo caso debería aplicarse la norma más beneficiosa al perpetrador.

La presencia de elementos de gran subjetividad en este tipo penal, en una redacción, por demás, muy distinta a la que se viene manejando en el resto del proyecto, da la impresión de que esta norma se incluyó de manera más bien circunstancial.

Contiene el ilícito varios elementos básicos:

1. la presencia de una conducta sexual indeseada por la víctima;
2. la conducta debe presentar una ocurrencia reiterada, sin que se den parámetros para definir esa situación en el tiempo;
3. enseguida se da un rasgo sobre el ámbito en que se debe desarrollar la conducta, a saber: las condiciones laborales o educativas y en un ámbito mucho más amplio, lo que se da en llamar “el estado general de bienestar de la víctima”;

⁹³ **Conferencia del Lic. Rodrigo Obando Santamaría**, Delitos Sexuales, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 12 de junio del 2003.

4. adicionalmente la conducta sexual debe cumplir alguno de los requisitos señalados en la misma norma, que se resumen así:

a. requerimientos de favores sexuales con: i. promesas de tratos preferenciales en el ámbito del empleo o del estudio; o comportando ii. amenazas físicas o morales de daños o castigos, en cualquiera de los ámbitos citados; o exigiendo una conducta de la cual dependerán ciertos efectos en el trabajo o el empleo.

b. uso de palabras de naturaleza sexual, del orden definido en el tipo penal; o

c. acercamientos corporales u otras conductas de naturaleza sexual no deseados por la víctima y que le resulten ofensivos. Aquí prácticamente ingresaría todo lo no definido en los apartados previos.

El último requerimiento del tipo penal es mucho más problemático y conviene enunciarlo nuevamente:

“ ... Lo anterior siempre que se trate de conductas inequívocas, objetivamente determinables y que no exista correspondencia ni relación afectiva con la víctima o provocación o conducta similar, también inequívoca y objetiva.”

Esa forma de legislar riñe con todos los buenos propósitos que al inicio de este trabajo recogieron los gestores del proyecto, además de contradecir los principios de proporcionalidad, de mínima intervención y de *ultima ratio*; incluso, se violentan los principios más generales de taxatividad y legalidad penales.

Además, fuera de la referencia al “estado general de bienestar de la víctima”, el contexto en el cual se encuentran esas previsiones normativas de otro orden, corresponde concretamente al ámbito del Derecho Laboral y al del Derecho Administrativo. Hacemos referencia a la Ley Nº 7476, relativa al Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, el cual ha sido trasladado a todas las instituciones públicas en reglamentaciones particulares, al igual que a los centros de educación.

Es uno de esos casos típicos en que no hay razón alguna para hacer uso del Derecho Penal en la solución de conflictos cuyo remedio es más adecuado en otras áreas del ordenamiento jurídico.

Nótese que la pena es ligeramente pequeña (de un mes a un año), de modo que fácilmente se encontrarían abiertos los mecanismos alternativos, que en definitiva harían ineficaz esta norma, superado, claro está, el laberinto necesario para alcanzar una tipicidad a partir de los amplísimos supuestos del artículo.

En el caso del acoso sexual puede tener mucho más impacto para el perpetrador, por ejemplo, la pérdida del trabajo, por lo que, sin apelar al instrumento

del Derecho Penal, se estaría dando una respuesta a este tipo de situaciones problemáticas.

Es importante que se reflexione sobre este tema, para no incurrir una vez más en el error de la inflación del Derecho Penal.

I. Delitos contra el ámbito de intimidad y autodeterminación informativa: el caso de los delitos informáticos⁹⁴

La dinámica creciente que asume la informática con la producción de grandes avances en todas las materias, es también un ámbito amplísimo para la perversión de las finalidades para las cuales fue concebida.

El manejo de los datos informáticos, frente a los valores de tutela del derecho a la intimidad y la privacidad de las comunicaciones, es un tópico de interés para el Derecho Penal y para el ámbito criminológico en general.

El proyecto de Código Penal en el título III, denominado “Delitos contra el ámbito de la intimidad y la autodeterminación informativa”, contiene una serie de regulaciones no todas ellas novedosas en materia de criminalización, pues el legislador ya ha dado en años recientes algunos pasos sobre ese particular, concretamente con la Ley N° 8148 del 24 de octubre del año 2001, que vino a establecer el delito de fraude informático en el numeral 217 bis y en el artículo 196 bis, así como en la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 del 9 de agosto del año 1994, al igual que con otras normas especiales.

Sin embargo, una mayor tutela se hace presente en el código proyectado, al dar otra connotación al ya mencionado uso ilícito de los registros informáticos, en el contexto de los denominados delitos no convencionales, sobre los cuales también ha habido una amplia discusión, que escapa a los alcances de este trabajo.

⁹⁴ Sobre el tema de los denominados delitos informáticos, dentro del ámbito de los delitos no convencionales, existe una copiosa doctrina, que recoge definiciones muy particulares, así como delimitaciones sobre su contenido. Al respecto remitimos por ejemplo a: Azpilcueta (Hermilio Tomás) **Derecho Informático**, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A., 1987. 89 pp.; Nazar Espeche (Félix A.) **Derecho Informático**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, 339 pp.; Correa (Carlos) **Evolución reciente del derecho informático en América Latina**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991; Correa (Carlos), Batto (Hilda N.), Ozar de Zalvendo (Susana) Nozar Espache (Félix), **Derecho Informático**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987; Del Piazzo (Carlos) **Introducción a la Informática Jurídica y Derecho Informático**, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalia Fernández, 1984; Guerrero Murillo (Patricia) Rodríguez Jiménez (Karla) **Derecho Informático Costarricense, Sistematización y Análisis**, tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2001; Guibourg (Ricardo) **Manual de Informática Jurídica**, Buenos Aires, Ediciones Astrea, 1996; Gustavino, Elías. **Responsabilidad Civil y otros problemas jurídicos en computación**, Buenos Aires, Editorial La Roca, 1987; Mayo (Goyeneche), **Informática Jurídica**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991; Pérez Luño, (Antonio Enrique) **Manual de Informática y Derecho**, 1era edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1996; Perna (Elena María) **Informática Jurídica y Conductas Punibles**, Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalia Fernández, N° 160, 25 mayo 1989; Rojas Jiménez (Oscar) **La Informática y los problemas en materia de Calificación Delictual**, tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995, dos tomos; Serrano Gómez (Alfonso) **Criminología e Informática**, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, 447 pp.

Sobre este tema también se generaron algunos reparos en la propia discusión del proyecto en la Comisión de Asuntos Jurídicos, paradójicamente por algunos de sus mentores, al hacer relación con el tema de los delitos no convencionales, que en última instancia es el ámbito en que se desarrollan todas las previsiones que examinaremos en adelante.

Señaló al respecto del Dr. Chirino:

“ El delito del 181, *“el uso ilícito de registros informáticos”*, es en efecto, un delito de peligro concreto y probablemente, también la doble condición de que sea sin autorización y con peligro o daño para la intimidad de un ciudadano era, para no tener que esperarnos a que el Derecho Penal reaccione, cuando hay una lesión sino que, digamos, el juzgador y el sistema de justicia penal puedan reaccionar, antes de la puesta en peligro. Obviamente, estamos moviéndonos en ese pantanoso terreno de los delitos no convencionales, estamos hablando de delitos que se realizan con un especial conocimiento, un especial manejo de circunstancias tecnológicas, que se utilizan con un cierto uso de un poder tan sutil y poderoso, como es el de la informática y que, efectivamente, exige del legislador también, herramientas igualmente sutiles y poderosas, para tratar de adelantarse.

Entonces, ese artículo 181, caracteriza ese difícil momento en el que nos estamos moviendo y, donde estamos ubicados, es decir, el doble momento entre decidimos por una represión jurídico penal y, establecer los ámbitos donde sea posible una prevención de este tipo de conductas, en la que vemos son importantes y ya se han dado en nuestro medio costarricense. Por esa razón, causalmente el artículo 181, es el punto medio, de esa encrucijada de caminos en que nos encontramos; entre decidimos por el derecho administrativa, (sic) como lo menciona don Henry, correctamente o escoger una vía penal, donde nos obliga a asumir vestidos, técnicas y herramientas de punición, que, más bien coinciden con esa área criminológica, muy bien estudiada, de los delitos de carácter no convencional.”⁹⁵

El legislador inmerso en el proyecto ya ha adoptado su decisión de política criminal para afrontar este tipo de hechos, optando por la vía penal; ahora es importante el análisis sobre cómo plantea los instrumentos para poner en marcha la represión de los mismos.

Es necesario vincular lo descrito con el bien jurídico “autodeterminación informativa”, que se introduce en el proyecto: un nuevo bien jurídico incluido en el

⁹⁵ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 68 del 12 de marzo del 2003.

proyecto de Código Penal, que oscila entre la protección de la intimidad y el derecho de la sociedad civil a la información.

Se dice que es un derecho de tercera generación, estando detrás de la tutela de ese tipo de bienes un Derecho Penal de riesgos, pues la información genera riesgos para el ser humano en doble vía: tanto para el receptor, como para el que quiere resguardarla frente a terceros.

La tutela que se encuentra en el proyecto, tiene su fundamento en el derecho a la información y el derecho a la intimidad consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política, en el marco de un justo y necesario equilibrio.

Con este bien jurídico se pretenden superar las tradicionales separaciones entre la esfera de lo privado y lo público, estableciendo más bien un discurso recíproco. En última instancia no es un nuevo derecho, sino una forma de nueva tutela y de facilitación de su forma de vida, en el marco de las libertades públicas. Es también el respeto de la dignidad de la persona, frente al flujo de datos en todos los ámbitos.

Enseguida se establecen como algunos principios rectores, el apelar a la veracidad de los datos y un necesario autocontrol.

Los hechos que se destacan en este tipo de protecciones, hoy en día se desarrollan a través del tema de la informática, con la abierta posibilidad de generar daños cuantiosos, ser perpetrados por sujetos con conocimientos especiales y por lo tanto con dificultades de investigación, de modo que son delitos complejos que deben ser reprimidos mediante el uso de otros bienes jurídicos.

Se dice que su tutela lleva a la previsión de un delito de peligro concreto, que se forma alrededor de normas que conminan a deberes y donde la culpabilidad asume un nuevo enfoque para alcanzar la sanción. Es necesario, sin embargo, potenciar el Derecho Administrativo sancionador, el Civil y el Constitucional, en el contexto de derechos supraindividuales⁹⁶.

1. El fraude informático está siendo penalizado en la actualidad si media un beneficio patrimonial para el autor del ilícito; en el proyectado artículo 194 se hace una combinación bastante curiosa y por lo tanto extensiva, de delitos de acción y de resultado en sentido estricto, con elementos de mero peligro o daño potencial a la intimidad. Esas potencialidades se extienden al uso de registros informáticos, al ingreso a bancos de datos o archivos electrónicos o digitales. Veamos el texto de la norma proyectada:

⁹⁶ Conceptos desarrollados en: **Conferencia del Doctor Alfredo Chirino Sánchez y la Licenciada Ruth Montoya Rojas**, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 15 de mayo del año 2203.

ARTÍCULO 194: Uso ilícito de registros informáticos

Quien sin autorización y con peligro o daño para la intimidad de otro, utilice los registros informáticos de este, o ingrese por cualquier medio a su banco de datos o archivos electrónicos o digitales, será sancionado con pena de prisión de uno a tres años y multa de treinta a cien días.

Es evidente que en este momento la persecución de delitos de esa naturaleza, si no va de la mano de la capacitación necesaria a los agentes de la investigación y la persecución penal, tendrá poca eficacia, pues el elemento probatorio es fundamental.

En otras palabras, en el contexto de una política criminal coherente, solo bajo la comunidad de esfuerzos de los distintos actores frente a una norma, se pueden alcanzar los objetivos proyectados con la criminalización.

Una circunstancia de ese orden, por supuesto, no es motivo suficiente para descalificar la posibilidad de su castigo, pues observamos una gran visión del legislador, con rasgos más objetivos que al penalizar otras conductas por clamores de circunstancia.

Como dato curioso, tenemos que el proyecto, en su artículo 246, indica como uno de los eventos posibles para tipificar la estafa agravada el siguiente:

5) Cuando se realice mediante manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.

Ahora bien, luego tenemos el artículo 253 que regula lo siguiente:

ARTÍCULO 253: Fraude informático

Se impondrá pena de prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema.

Además de estarse criminalizando dos veces una misma conducta, salvo algunos matices fácilmente observables, el asunto ante casos concretos puede resultar problemático dada la disparidad de la pena involucrada, lo que es urgente se resuelva antes de la eventual aprobación de los textos.

En ese sentido, como llegó a señalar Christian Hess Araya, los enfoques pueden dirigirse por una parte, a girar sobre los conceptos tradicionales, de modo que lo único concebible en esa visión es una adaptación a los tipos penales usuales que afectan el

patrimonio y el honor. Si la visión es en cambio novedosa, la corriente puede ir dirigida a crear un tipo penal único pero novedoso que recopile la creciente preocupación en estos temas; o bien que se regule el tópico mediante leyes especiales o tipos penales concretos.

En última instancia estarán en juego las interrogantes respecto de si se trata de nuevos delitos o bien de nuevas formas de comisión de los ilícitos tradicionales⁹⁷.

J. Violencia doméstica

El polémico tema de la violencia doméstica, que ha sido objeto de una larga discusión a partir del proyecto de Ley N° 13874 denominado “Ley para la penalización de la violencia doméstica contra las mujeres mayores de edad”, encuentra de una forma que estimamos más racional y sin desconocer el problema, también respuesta en el proyecto de Código Penal.

1. Identificamos cuatro tipos penales, que tampoco están exentos de algunas imprecisiones que afectarían los términos de la persecución penal, pero que no caen en los peligros de una desproporcionada normativa especial.

Algunas líneas de la justificación del proyecto precitado, son claras y las repasamos enseguida a partir del dictamen de mayoría afirmativo al proyecto N° 13874, para luego ocuparnos del tratamiento contenido en el proyecto de Código Penal⁹⁸.

En el proyecto de ley para la penalización de la violencia doméstica contra las mujeres mayores de edad, se afirma de manera categórica lo siguiente: “...esta iniciativa legislativa pretende dotar al país de un cuerpo jurídico especializado y específico que responda a un vacío legislativo y a un compromiso social con la prevención, sanción y erradicación de la violencia en contra de las mujeres, como requisito fundamental para el logro de la justicia social, la democracia y la equidad entre todas las personas ...”. Sigue agregando el dictamen: “...El Código Penal vigente en Costa Rica, si bien sanciona algunas conductas de violencia, no toma en cuenta los efectos individuales y sociales que provoca un acto de violencia contra las

⁹⁷ **Conferencia de Christian Hess Araya**, Delitos Informáticos, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 8 mayo del 2003.

⁹⁸ Para algunas apreciaciones teóricas sobre el tema que hacen directamente en algunos casos a nuestro sistema y sus características, remitimos a las siguientes obras: Armas Romero (Rossy Bell) **Mujer ante el Sistema Legal Costarricense**, San José, tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986; Mesa Figuera (Guillermo) Familia y Violencia. **Revista Uruguaya de Derecho de Familia**, Uruguay, año V, N° 6, junio 1991; Montero Castillo (Sara) Zúñiga Víquez (Eduviges) **Aspectos Probatorios de la Violencia Doméstica a la Luz de la Legislación Penal**, tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995, 303 pp.

mujeres debido a su condición de género. Precisamente el no reconocimiento de este tipo de situaciones es una de las principales deficiencias de la legislación penal actual. Por otro lado, el Código Penal parte en principio del supuesto, no siempre cierto, de que los sujetos a quienes se refieren los delitos se encuentran en una situación de igualdad real, y paralelamente admite la existencia de desigualdad, cuando protege especialmente a algunos grupos en situación de desventaja social, tales como a las personas menores de edad, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad. Este reconocimiento de la necesidad de protección específica no se ha hecho aún en la ley penal con relación a las mujeres. Tal vacío genera una serie de problemas en la legislación penal que se traduce en un limitado acceso de las mujeres a la justicia y en una frustrante impunidad. Las relaciones sociales en que se ven envueltas las mujeres frente a los hombres se caracterizan por la desigualdad, la discriminación y el desequilibrio de poder en su contra, lo que obliga a desarrollar políticas y normativa orientada a reducir esta brecha de inequidad; de ahí la importancia de contar con una ley específica en esta materia que permita hacer frente a la impunidad cuando se trata de violencia contra las mujeres en cualquiera de sus formas (violencia física, psicológica, sexual y patrimonial)...⁹⁹

En este tema identificamos con claridad evidente la reunión de la mayoría de las fuerzas que se señala deben converger en el proceso de producción o creación de la ley penal¹⁰⁰. Así, por un lado, tenemos la persistencia de grupos asociados a este tipo de tópicos apoyados por las autoridades de gobierno, llegando incluso a la creación de instancias oficiales como el Ministerio de la Condición de la Mujer; el apoyo en una sección de la Defensoría de los Habitantes identificada como Defensoría de la Mujer y claro está, el sector de la prensa, especialmente inclinado a ofrecer hechos de muerte en detalle, en el marco de hogares legalmente constituidos o de uniones de hecho, con miras a obtener la actuación de las autoridades públicas.

Los elementos descritos llevan a consecuencias directas en lo que es el sistema penal, tal y como lo destaca el mismo dictamen de mayoría en referencia, al apuntar lo siguiente: "...Parte de esta solución, está en contar con un instrumento legal, que permita hacer frente a esta situación, y es por esa razón, que la aprobación de este proyecto de ley es importante y urgente. En lo fundamental, lo que este proyecto de ley hace es: a) recalificar algunas de las conductas que actualmente están tipificadas

⁹⁹ Ver texto del proyecto N° 13874, actualmente en reposo en la Asamblea Legislativa.

¹⁰⁰ Díez Ripollés (Juan Luis). La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en Un Derecho Penal Garantista. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Año 10, N° 15, diciembre 1998, pp. 15-27.

en el Código Penal como delitos simples, y que con esta ley se proponen como delitos calificados o agravados por realizarse éstos contra una mujer en el contexto de una relación de poder y de confianza. b) crear tipos penales nuevos para sancionar conductas que actualmente no se consideran delictivas pero que por los graves daños que ocasionan a las mujeres, se construyen como nuevos delitos y, c) elevar a rango de delito algunas conductas que actualmente el Código Penal contempla como contravenciones, con lo que se refuerzan las garantías y proyección de las mujeres afectadas por la violencia de género...»¹⁰¹

Esa declaración de principios, ciertamente encuentra asidero en nuestra realidad. En prueba de ello recurrimos a alguna información obtenida en la denominada “Encuesta Internacional de Violencia contra las Mujeres”, en la cual se recabaron algunos resultados de interés para nuestro país, cuando menos a título de referencia.

Al respecto es importante detallar lo siguiente, a partir de una prueba piloto efectuada entre el 14 y el 24 de febrero del año 2002, en algunas localidades de las siete provincias:



Con lo descrito se puede determinar ciertamente un considerable porcentaje de ocurrencia del fenómeno que se pretende atacar ahora mediante la ley penal.

¹⁰¹ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente Especial de la Mujer, “Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres Mayores de Edad”, expediente N° 13.874, dictamen afirmativo de mayoría, 30 de octubre del 2002.

Los siguientes datos también son reveladores en lo que atañe a las manifestaciones típicas de este género de violencia, a la cual se busca responder tanto con la ley especial como con el proyecto de Código Penal:

Mujeres que reportan violencia por tipo de violencia (Estas categorías no son mutuamente excluyentes)

- Violencia física: 40%
- Violencia sexual: 15%
- Violencia física y sexual: 30%

La relación porcentual de las formas bajo las cuales se manifiesta la violencia determina, sin lugar a dudas, y como lo enfocaremos más adelante, las diferentes formas típicas mediante las cuales se busca dar respuesta a esta situación problemática.

Finalmente y con el afán de contextualizar el tema, ofrecemos los siguientes datos con el fin de señalar que el enfoque de género no puede ser siempre la única guía, sobre todo si introducimos el componente de la infancia en esta problemática de la violencia intrafamiliar¹⁰²:

¹⁰² Esta información corresponde al texto de la **Conferencia de la Master Montserrat Sagot**, Coordinadora Nacional de la Encuesta Internacional de la Violencia contra las Mujeres, de fecha 16 de junio del año 2003.

Resultados Preliminares Violencia en la Infancia (antes de los 15 años)

■ Violencia física por parte de la madre:	36%
■ Violencia física por parte del padre:	23%
■ Violencia física por parte de otros miembros de la familia:	18%
■ Violencia sexual:	14%
Perpetrador:	
Padre/padrastro	17%
Otro hombre de la familia	50%
Otra hombre conocido	25%
Hombre extraño	8%

Ahora bien, concretando las declaraciones de principios contenidos en la ley especial que estamos examinando brevemente, tenemos que el primer artículo del proyecto procede a definir el norte de la ley al señalar categóricamente:

“Artículo 1.- Fines La presente ley tiene como fines proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en las relaciones de poder o de confianza, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado Costarricense en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ley N° 6968 del 2 de octubre de 1984; así como en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ley N° 7499 del 2 de mayo de 1995”.

Enseguida, el artículo 2° del proyecto, dictaminado afirmativamente, otorga la directriz sobre el cauce inequívoco que debe llevar la aplicación de esa normativa en el evento de prosperar, al indicar que: “ ... se aplicará cuando los hechos ilícitos se dirijan contra una mujer mayor de edad en el contexto de una relación de poder o de confianza. “ Los conceptos contenidos en dicha norma, deberán ser interpretados a su vez a la luz de los determinantes del artículo 3°, que hace una relación circunstanciada de lo que debe entenderse como relaciones de poder o de confianza, lo que

peligrosamente y bajo parámetros en última instancia ambiguos y sujetos a interpretación, no otorga seguridad jurídica alguna¹⁰³.

Más adelante, el artículo 9° hace un detalle de circunstancias agravantes generales para los delitos que se encarga de señalar la misma ley, tomando en cuenta particularidades como la discapacidad, edad avanzada, presencia de hijos o menores de edad al tiempo de los hechos y, luego, las circunstancias propias de las agravantes en general, para hechos como el homicidio, además de algunas manifestaciones curiosas y sui generis, como “ *el uso del alto grado de conocimiento científico, profesional o tecnológico del autor en la comisión del delito*” o “ *el uso de animales*”.

Interesante es la prohibición de conciliar, que se señala en el artículo 10° del proyecto salvo que medien delitos patrimoniales lo que reñiría con las más modernas tendencias dirigidas a sustraer el conflicto de la corriente penal y con el señalamiento circunstanciado de penas principales, alternativas y accesorias.

Ya en lo que atañe a la creación de tipos penales en concreto, la ley en examen propugna por el establecimiento de los siguientes:

Artículo 23. Femicidio: se castiga el dar muerte a una mujer bajo los condicionantes de la relación de poder o de confianza, en curso o mantenida.

Artículo 24. Maltrato: se incluye la agresión grave o reiterada por una parte, o bien la lesión física bajo los mismos condicionantes y siempre que el hecho no constituya el delito de lesiones graves o gravísimas.

Artículo 25. Restricción a la libertad de tránsito: privar o restringir, sin ánimo de lucro, la libertad de una mujer, igualmente bajo las condicionantes antes descritas.

Artículo 27. Restricción al derecho de comunicación: impedir o restringir la comunicación con otras personas.

Artículo 28. Violencia emocional: el insulto, disvalor, ridiculización, vergüenza o temor causados en forma reiterada en un ámbito público o privado.

Artículo 29. Restricción a la autodeterminación: se castiga el obligar a hacer, omitir o tolerar algo a lo que no se está obligada, mediante amenazas, violencia, intimidación, chantaje, persecución o acoso.

¹⁰³ Algunos de esos parámetros son los siguientes: a) una definición particular de lo que se entiende por relaciones de poder. b) una definición de lo que se concibe como relaciones de confianza. c) los distintos supuestos que pueden dar origen a la conformación de esas relaciones; y d) la posibilidad de permanencia de esas relaciones, a pesar del rompimiento del hecho inicial que dio su origen.

Artículo 30. Amenazas contra una mujer: se castiga la amenaza con lesionar un bien jurídico de una mujer o de su familia o de una tercera persona íntimamente vinculada.

Artículo 32. Violación contra una mujer: se castigan las conductas típicas de la violación, en las condiciones ya señaladas, así como la introducción de cualquier objeto, animal o parte del cuerpo, o bien el obligar a la ofendida a hacerlo, ya sea utilizándose como instrumento a sí misma o al autor.

Artículo 33. Conductas sexuales abusivas: obligar en las condiciones señaladas en la ley, a soportar actos que causen dolor o humillación durante la relación sexual; realizar o ver actos de exhibicionismo; ver o escuchar material pornográfico o ver o escuchar actos con contenido sexual.

Artículo 34. Explotación sexual de una mujer: obligar a tener relaciones sexuales con terceras personas, sin fines de lucro, en las condiciones típicas de la ley.

Igualmente se introducen como formas agravadas, el embarazo y el contagio de una enfermedad de transmisión sexual.

Otras normas de interés son las siguientes: artículo 37 denominado, “Sustracción patrimonial”, con el cual se castigaría la sustracción ilegítima de algún bien o valor de su posesión o patrimonio; el artículo 38, enunciado como “Daño patrimonial”, con el que se castigaría el destruir, inutilizar, desaparecer o dañar de cualquier forma un bien en propiedad, posesión o tenencia, o bien susceptible de ser ganancial; el artículo 39, denominado “Limitación al ejercicio del derecho de propiedad”, donde se castigaría el impedir, limitar o prohibir, el uso, disfrute, administración, transformación, enajenación o disposición de uno o varios bienes que formen parte del patrimonio de la mujer; el artículo 40, denominado “Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales”, que vendría a castigar la realización de un acto, contrato, gestión, escrito legal o judicial sobre bienes susceptibles de ser gananciales, en perjuicio de los derechos de una mujer; el artículo 41, intitulado “Distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares”, que castigaría el sustraer o disponer unilateralmente de las ganancias derivadas de una actividad económica familiar para su exclusivo beneficio personal y en perjuicio de los derechos de una mujer.

También es importante destacar de ese proyecto, el artículo 42, que se enuncia como “Explotación económica de la mujer”, con el cual se castigaría el hacerse mantener en forma total o parcial por una mujer, mediante el uso de la fuerza, la intimidación o la coacción. Para todas las conductas descritas, se impone la pena de inhabilitación.

En otro orden de regulaciones, se establecen también tipos penales que no atañen propiamente a la conducta del perpetrador en relación con la mujer ofendida, como el artículo 44 denominado “Obstaculización del acceso a la justicia”, que castigaría al servidor público que, por medio ilícito, propicie la impunidad u obstaculice la investigación policial, judicial o administrativa por los delitos antes descritos; con el artículo 45, que se denomina “Incumplimiento de deberes agravado”, aplicable si el incumplimiento se produce en una situación de riesgo para la integridad personal o de necesidad económica, se agrava la pena; con el artículo 46, indicado como “Incumplimiento de una medida de protección”, se castigaría el incumplimiento de una medida de protección dictada por una autoridad competente dentro de un proceso por los delitos ya citados.

Como regla general de todos esos enunciados, tenemos la presencia de conceptos revestidos de una amplitud especial, que si bien permitirían una persecución penal de grandes proporciones, ello se produciría necesariamente perjudicando los derechos del acusado.

2. Ahora bien, retomando el proyecto de Código Penal versus el contenido del proyecto antes relacionado, observamos algunos puntos de coincidencia, pero sin caer en los alcances revestidos de cierta desproporción, que caracterizan el proyecto relativo a la violencia.

Inicialmente tenemos que mientras el tema de la violencia doméstica gira en el proyecto de ley N° 13874 alrededor de una protección de la mujer en todos sus ámbitos como bien jurídico, en el proyecto de código, el Título VI acoge el tema en un Capítulo I bajo el ámbito del bien jurídico de los derechos y deberes familiares. Los defensores y las defensoras de la ley especial ven de este modo desplazado el tema de la protección a la mujer como un bien jurídico particular y necesitado de especial atención.

En concreto, organizaciones del sector presentes en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa manifestaron lo siguiente sobre los términos del proyecto y el tema de la violencia doméstica. Concretamente acudimos a algunas de las palabras de Ana Carcedo Cabaña, de CEFEMINA:

“... Los comentarios que voy a hacer, son de tres tipos diferentes. El primero de ellos, tiene que ver con el bien jurídico tutelado. No me queda claro cuál es el bien jurídico tutelado, en este capítulo. Pareciera que se trata, por el título de delitos contra los deberes y derechos familiares, pareciera que se trata de alguno relacionado con la familia, colocándola como el

centro de la preocupación. Por lo anterior, no me queda muy claro, si se trata de proteger la unidad y armonía familiar, en fin, no está muy claro cuáles son estos derechos familiares.

Los artículos a los que hace referencia claramente, se relacionan con derechos humanos de las personas que viven en la familia. Es decir, que aunque el título es un poco dudoso, sin embargo, analizando los artículos, tienen que ver con derechos humanos de las personas. En este sentido, más bien la familia, lo que ofrece es el contexto, no es la familia a (sic) sujeta a derecho, sino las personas, la familia entra como un contexto, repito, en el cual estos derechos humanos de las personas, se están violando. Eso por lo menos, cuando se habla de derechos humanos familiares, porque al hablar de deberes familiares, pues podría ser un poco más claro, porque los deberes se refieren a deberes de alguien, que podría interpretarse como deberes hacia el resto de la familia. Ahí está muy claro que la cosa está personalizada. Lo que quiero señalar es que cuando se trata de proteger derechos humanos, no consideramos conveniente que esto (sic) se mediatice, porque se puede anteponer un concepto abstracto, a los derechos fundamentales de los derechos de las personas y pongo un ejemplo: Hasta hace muy poco tiempo, no tanto en la legislación pero sí, en la práctica institucional, se consideraba un bien supremo la unidad familiar y con este argumento, se le solicitaba a las mujeres maltratadas, que aguantaran dentro de sus hogares, para no destruir la unidad familiar. Hasta que no se colocó en el centro del debate, que la violencia contra una mujer, dentro de una pareja o en el seno de la familia, es una violación de derechos fundamentales de ella; hasta que no se colocó la discusión en este sentido, no se entendió que la unidad familiar no podía ser algo superior al derecho humano de esta mujer y que, por lo tanto, no se podía supeditar el derecho de la mujer a vivir libre de violencia, a una unidad familiar, porque la familia es un ente que no es humano, que no es una persona. Ahí, hay un problema, en nuestra manera de ver, sobre la definición del bien jurídico tutelado ...

Paso al segundo tipo de preocupaciones que tenemos: Primero, si lo que preocupa son los derechos humanos de las personas que componen la familia, hay un poquito de contradicción al llamarlo "violencia doméstica", porque parecería que cubre a todos los miembros del ámbito doméstico. Sin embargo, los tres primeros artículos, 199, 200 y 201, se están refiriendo, exclusivamente, a las relaciones de pareja. Cuando vamos al 202, en mi parecer, la redacción es confusa, porque no queda muy claro, si se quiere proteger al resto de los miembros de la familia, que iban en forma de agresión similares, a las que señalaba en los tres artículos anteriores o si, se quiere proteger a las personas, como dice aquí, a las víctimas señaladas en esas disposiciones; es decir, a las personas que están en relación de pareja, de agresiones de terceras personas que, aunque no sean parte de la relación de pareja, viven bajo el mismo techo. Aquí, hay una confusión que yo, desde luego, no entiendo muy bien y no podría emitir

mucho criterio sobre este artículo, porque realmente, me parece que la redacción deja eso confuso. Pero bueno, asumamos en una interpretación amplia, que se trata de proteger a todas las personas que viven bajo un mismo techo. Si se quiere abarcar a todos los miembros de la familia y a las que viven bajo un mismo techo, entonces, es conveniente resaltar que cuando hablamos de violencia doméstica, no estamos hablando de un único problema sino de una diversidad de problemas, que implica: actores, escenarios, lógicas y dinámicas diferentes. Por lo que, abordarlos de manera eficiente requiere, al menos, tomar en cuenta estas diversidades (...) Este es el segundo tipo de preocupación que tenemos, porque de lo que estoy planteando, se deriva (sic) entonces, dos problemas concretos, en relación con el articulado: Que se pretende incluir en un solo tipo de conductas, todas las que tienen que ver con violencia física, con violencia psicológica y otras; tipos de conductas que tienen actores, lógicas y dinámicas muy diferentes, expresiones de agresión que convendría abordarlos en forma específica; eso por un lado. Por otra parte, se protege a estas poblaciones más vulnerables, en un ámbito que no es el único, en el cual, viven estas expresiones de violencia. En conclusión: Pienso, que sería mucho más acertado seguir la lógica que se ha estado teniendo, de abordar la especificidad de la violencia que vive cada uno de los sectores, por el hecho de ser este sector, que en la sociedad es particularmente discriminado. El tercer tipo de preocupación, es el último y para mí es la mayor, tiene que ver con el hecho de que al no tomar en cuenta las relaciones de poder desigual que están a la raíz de estos actos de violencia y al hacer tipos penales neutros en este sentido, es decir, que no aceptan esa jerarquía de poderes, se le da una arma que, en principio, se piensa que es un arma para la persona que está siendo maltratada, pero que al final, es un arma que es más factible ser usada por la persona que maltrata...”¹⁰⁴

Resulta claro que cuando menos para ese sector, los términos del proyecto no vendrían a satisfacer sus necesidades, de modo que el ejercicio de la política criminal del Estado en esta materia se mostraría insuficiente.

Esa visión es un obstáculo para una adecuada técnica jurídica y para una correcta política criminal, pues demanda normativa especial para una realidad que ya tiene respuesta en los instrumentos de la legislación vigente y que la tendría en el proyecto, de llegar a constituirse finalmente en ley de la República¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ver: Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 69 del 18 de marzo del 2003.

¹⁰⁵ En tal sentido, ver: Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 28 de mayo del 2002.

3. Retomando el tema del proyecto de código y sus conductas criminalizadas, en el tema de la violencia doméstica, tenemos un primer artículo 212 que se ocupa de la violencia física, bajo el siguiente texto:

ARTÍCULO 212: Violencia física

Siempre que la conducta no se encuentre más severamente castigada, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien agrede físicamente a su cónyuge o excónyuge o a la persona con la que mantenga o haya mantenido una relación análoga de convivencia.

Inicialmente tenemos que la norma se incluye, al igual que otros tipos penales del proyecto, en la corriente de una aparición subsidiaria, es decir, que si en otro tipo penal la conducta que se persigue encuentra regulación bajo un mayor contenido injusto, debe ser por medio de este que el aparato represivo entre en acción y no ya de la norma en examen.

Bajo ese criterio, es que creemos se encuentra la respuesta a algunos reparos vertidos sobre qué debe entenderse como comprensivo del concepto de agresión física, pudiendo llegarse a hipótesis absurdas¹⁰⁶. El tipo penal en examen recogería aquellas conductas que, por ejemplo, no tipifiquen en el Capítulo de Lesiones y agresión del proyecto, recurriendo a un examen de sus características.

Por otra parte, es una posición de política criminal el extender la protección a los ex cónyuges o a los ex convivientes, sobre lo cual no es pertinente abundar en este momento, conocida sin embargo la oposición de algunos sectores, que no dejaría de ser errónea, pues aun no incluyendo a esos sujetos pasivos del hecho, si la conducta asume proporciones considerables, la protección será posible, en definitiva, mediante otros tipos penales.

4. Enseguida, el código penal proyectado, en el artículo 213, plantea bajo el mismo esquema de la aplicación subsidiaria, el tema de la violencia emocional. Citamos el artículo en cuestión:

ARTÍCULO 213: Violencia emocional

Siempre que la conducta no se encuentre más severamente castigada, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien intimide, insulte, descalifique, manipule, o utilice expresiones verbales o escritas ofensivas, contra su cónyuge o excónyuge o contra la persona con la que mantenga o haya mantenido una relación análoga de convivencia, al

¹⁰⁶ Al respecto recordamos los conceptos vertidos en: **Conferencia de Enrique Gomáriz, Violencia emocional**, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 19 de junio del año 2003.

extremo de ocasionarle a ésta sufrimiento psíquico o emocional.

Resulta válida no una crítica a las intenciones del legislador, sino a la forma de referir su planteamiento, pues se recurre a conceptos revestidos de una gran indeterminación, que atemorizan a quienes ven con recelo la actividad del juzgador a partir de parámetros muy amplios.

En estos temas es pertinente citar nuevamente algunos de los conceptos vertidos por Gomáriz, quien en el tema de la violencia en el ámbito de la familia, afirma que la protección debe lograrse a partir de una interpretación restringida del Derecho Penal, de modo que este instrumento no debe excluir la intervención inicial de las políticas públicas¹⁰⁷.

Recuerda además Gomáriz que deben existir estrategias claras para afrontar el tema de la violencia, identificando qué es violencia y qué no lo es, a partir del conflicto producido. En la vertiente emocional, el conflicto puede estarse presentando sin agresión o encontrarse ésta contenida; también la agresión puede ser leve y manifiesta, asumiendo características moralmente reprochables y por último, la violencia puede ser explícita, grave y por lo tanto punible.

Bajo un uso extensivo del Derecho Penal, agrega Gomáriz, se pretendería erróneamente penalizar lo grave y lo leve. El último componente se incorporaría con el afán de reducir la escalada de violencia y el proceso penal sería el filtro para excluir algunas conductas. Además, podrían concebirse penas menores o alternativas, con lo que el Derecho Penal asumiría el carácter de instrumento de prevención.

El uso restringido en cambio, solamente penalizaría las agresiones o manifestaciones de violencia grave y el límite obvio será lo que defina ese alcance. Los conflictos leves bajo esta concepción, corresponden a roces puramente internos, que deben solucionarse por otras vías que no vengán a ser las penales, que se ha demostrado no resuelven esos conflictos, sino que incluso pueden llegar a agravarlos.

Como lo señala Gomáriz, los tipos penales del proyecto son expresión de un uso extensivo del Derecho Penal, pues al recurrir a la cláusula de subsidiariedad que hemos mencionado, se estaría contemplando tanto lo leve como lo grave, para que sea en el curso del proceso penal que se determine cuál tipo penal es aplicable, pues lo pretendido en el proyecto siempre supondría un necesario proceso de estudio de los hechos, luego de su denuncia.

¹⁰⁷ **ibidem**.

Lo cierto es que es rescatable una vez más, la afirmación respecto a que todo conflicto previsto en los tipos penales que hemos examinado, requiere asistencia, debiendo solo penalizarse lo que lleve a una violencia grave o reiterada.

5. Continuando con el capítulo de violencia doméstica contenido en el proyecto de código, tenemos el artículo 214, que tipifica lo que da en llamar restricciones a la autodeterminación. Repasemos el texto proyectado:

ARTÍCULO 214: Restricciones a la autodeterminación

Siempre que la conducta no se encuentre más severamente castigada, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien determine las acciones, decisiones o creencias de su cónyuge o excónyuge o de la persona con la que mantenga o haya mantenido una relación análoga de convivencia, o prohíba o limite su desarrollo profesional, laboral, deportivo o artístico, mediante el chantaje, la desvalorización, el aislamiento, la culpabilización, la intimidación, la vigilancia o la persecución.

Con el peligro una vez más de estar recurriendo a conceptualizaciones amplísimas, el proyecto pretende castigar lo que serían conductas a cargo de uno de los extremos de la relación de matrimonio o convivencia, en curso o extinguida, que socaven la autodeterminación del otro extremo, sin particularizar qué tipo de conductas podrían ser esas, lo que sería tarea de los casos concretos. Un segundo apartado del tipo particulariza lo que creemos es casualmente lo que pretendió enunciar el legislador antes.

Insistimos en que en la medida que el tipo penal se constituya en un medio racional de protección, no observamos reparo alguno en sus loables pretensiones, pero si su redacción se da por medio de conceptos tan amplios, se puede dar pie a abusos que ponen en entredicho la pretensión de racionalidad.

6. Finalmente, tenemos el artículo 215 en el proyecto, cuya operatividad se nutre de los anteriores. Repasamos el texto del numeral en cuestión:

ARTÍCULO 215: Protección al núcleo familiar

Siempre que la conducta no se encuentre más severamente castigada, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien realice alguna de las acciones previstas en los tres artículos anteriores, en perjuicio de las personas que conviven bajo un mismo techo con la víctima señalada en esas disposiciones.

En este numeral, el proyecto sí es consecuente con el bien jurídico que enuncia en su encabezado: la familia, lo que en todo caso no puede llevar a inferir que la tutela del cónyuge, conviviente, o los resultados de la extinción de esas relaciones no sean integrantes del gran concepto *familia*, pero si apelamos a una adecuada técnica legislativa y a la correspondencia con la pretendida sistematización de los bienes jurídicos, no estaríamos observando un ajuste adecuado en ese sentido.

Por lo demás, al hacer remisión expresa a otros tipos penales para integrar su contenido, tenemos que se pueden hacer a estas normas, una vez más, los reparos antes indicados.

Diferimos también de la particularización que se pretende hacer, por razones de género, de hechos tales como los que se enmarcan en el Capítulo III del proyecto de penalización de la violencia contra la mujer, que no son otra cosa que las conductas tradicionales de los delitos sexuales de violación y similares; o bien de lo que se da en denominar como violencia patrimonial, con previsiones también amplísimas que llevan a pretender a un uso extensivo del Derecho Penal, nada feliz como es harto conocido.

La respuesta debe encontrarse en las previsiones ya existentes, por ejemplo, con la inclusión en el artículo 162 del proyecto, como uno de los supuestos de violación calificada, el hecho de que la víctima sea el cónyuge o persona que se halle en análoga relación de convivencia respecto del autor del hecho. Similar consecuencia encontramos antes en el artículo 118 del proyecto, donde se califica el homicidio ante el mismo supuesto.

Es de valorar el impacto social que tendría dentro de la colectividad, el crear una normativa especial por razones de género, frente a la fórmula de menor impacto de hacer ajustes a las regulaciones tradicionales.

En resumen y frente a este espinoso tema, tenemos que la problemática de la violencia doméstica ha tenido, concretamente a partir de la década de los noventa, una especial atención por dos aspectos fundamentales: a. la mediación de nuevos marcos jurídicos, con iniciativas de penalización, a través de una política pública interesada en la materia y con el eco que ha tenido a nivel legislativo. b. la divulgación creciente, por parte de los medios de comunicación, de esos hechos.

Vemos que el proyecto no se desentiende de esa realidad, además de que se ve movido por determinantes a nivel internacional, como la Declaración de Naciones Unidas del año 1984 y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia (Belén do Pará del año 1994).

Así, el tema de la violencia doméstica, se concluye, es un asunto de interés en materia de derechos humanos en las vertientes sexual, psicológica y patrimonial y no solo un tópico social o jurídico.

En el campo nacional ya se han dado algunos pasos como la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer Nº 7142, la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia del año 1995 y la Ley Contra la Violencia Doméstica del año 1996.

Una interrogante fundamental es si se justifica penalizar la violencia doméstica en nuestro país. Si nos remitimos a estudios estadísticos, la respuesta podría ser positiva, como hemos visto.

Esa “realidad” también va de la mano de algunos factores que no deben descuidarse en el análisis, tales como los siguientes: 1. el deseo de las víctimas de la violencia de romper un silencio tradicional. 2. el aumento de denuncias como indicador estadístico; y 3. la insuficiencia de otros medios, como los de asistencia social, salud pública y políticas sociales en general, para ocuparse del problema.

Por lo tanto, nos encontramos ante una disyuntiva en la que se enfrentan quienes propugnan por la criminalización y aquellos que abogan por un Derecho Penal mínimo.

En tal sentido, la respuesta puede encontrar un referente en el grado de daño que están produciendo estas conductas, tomando en cuenta, por ejemplo, que la Organización Mundial de la Salud ha citado el tema de la violencia doméstica como un problema de salud pública.

K. Atentados contra la filiación y el estado civil-sustracción de menores

Un ejemplo del sistema respondiendo a las demandas de la colectividad lo encontramos en un ligero matiz del proyecto, relativo al delito de sustracción de menor de edad o incapaz.

Repasamos el texto del artículo en cuestión:

ARTÍCULO 222: Sustracción de menor de edad o incapaz
Quien sustraiga un menor de edad o un incapaz del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas, será sancionado con pena de prisión de nueve meses a dos años, siempre que el hecho no se encuentre más severamente penado.

Aquí las palabras de Chirino son sintomáticas sobre el particular:

“...Para referirme, rápidamente, al capítulo III, recientemente se dio un caso de la sustracción de un menor. La persona que fue condenada (sic), únicamente fue condenada por la sustracción aún cuando ahorita, se desconoce el paradero de ese menor. Es un caso que obviamente, consternó mucho a la población; no es función del legislador ni del intérprete dejarse llevar por esos clamores populares, pero sí es importante señalar, que esa figura tenía un evidente impacto social y habría que tomar en cuenta el nivel de reproche que tenga un tipo de conducta como esa. Por esos (sic), el artículo 209: Sustracción de menor de edad o incapaz, incorpora un aumento de pena, de 9 meses a 2 años, siempre que el hecho no tenga una pena más severa, por ejemplo, por medio del concurso de delitos o de un tipo calificado que absorba el injusto de ese artículo 209. Entonces, hicimos esa previsión para que casos como ese, no queden con una pena que causa tanta reacción pública.”¹⁰⁸

L. Delitos contra la Humanidad

En acontecimientos de años recientes, en los cuales la proclividad de algunas naciones a conflictos armados de grandes proporciones que no solo afectan a las naciones beligerantes en sus contingentes armados, sino también en grado sumo a sus poblaciones civiles (quizás en mayor proporción), encontramos la explicación más evidente para que se introduzcan algunos tipos penales dotados de cierta novedad en nuestro sistema.

Nos referimos al Capítulo Único del Título Séptimo, que recoge los denominados delitos contra la humanidad, de los cuales únicamente el genocidio, como tal, encuentra regulación concreta en el actual Código Penal, ello en el artículo 375, concretamente en el apartado de los Delitos contra los Derechos Humanos.

En este punto es dable señalar algunas líneas de su justificación, vertidas una vez más por Chirino Sánchez, que transcribimos a continuación:

“...En términos generales, yo diría que el Derecho Humanitario, en términos muy generales, está tratando de atacar los conflictos bélicos, no autorizados; los conflictos bélicos que se dan un contexto donde no hay ni siquiera legítima defensa del territorio. Pero lo hacen, a partir de las figuras y los impactos que tienen en bienes jurídicos de las personas. No hay, todavía, un bien jurídico que diga: “Bueno, la declaratoria de la guerra injusta será sancionada.”. Porque en términos generales, lo sabemos muy bien, esta es una figura que tendrá muchos sujetos activos, no necesariamente, perseguibles penalmente, porque entre otras cosas, han negado también la

¹⁰⁸ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 72 del 26 de marzo del 2003.

jurisdicción de esos tribunales internacionales, que eventualmente, los juzgaría.”¹⁰⁹

Como lo señala el mismo Chirino, los tipos penales que analizamos enseguida son fundamentalmente delitos de omisión impropia, caracterizados por deberes consagrados normativa o consuetudinariamente que no se atendieron. No se ordenan bajo figura alguna en la parte general, como por ejemplo lo sería el establecimiento de una posición genérica de garante, sino que se deja en manos del intérprete la evaluación en el caso concreto. La elección de uno u otro camino es en definitiva un discurso de política criminal, sobre el cual como vemos el proyecto fija su posición.

Lo que no debe eludirse es el origen de esta normativa en exigencias de carácter internacional, como lo expuso una experta ante la Comisión de Asuntos Jurídicos al rendir la siguiente exposición:

“...El Derecho Internacional Humanitario, es un Derecho que se tiene que aplicar durante la guerra. En nuestro país, hemos tenido la suerte de que, durante más de 53 años no hemos vivido un conflicto armado. Al principio, para nosotros fue un poco difícil hablar del Derecho de la guerra, primero porque muchos países centroamericanos acababan de vivir la guerra y no querían hablar más de guerra. Luego, en nuestros países, en este caso en Costa Rica, porque no se había tenido una guerra. Este Derecho lo que hace es tratar, de una manera muy general, proteger a las personas que no participan en la guerra, es decir, la población civil. Los guerrilleros o los soldados heridos que no participan en la guerra o que han sido, de una manera u otra, heridos o han depuesto las armas o se han rendido y luego, aquellos que son prisioneros. Esa es la primera parte. La segunda parte del Derecho Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados, busca limitar, regular y algunas, veces, hasta prohibir algunas armas o métodos de guerra (...) Costa Rica debería de tener una normativa nacional que reprima los crímenes de guerra. Sabemos que ustedes, como diputados y diputadas, tienen una función fundamental. El hacer que nuestro país, en este momento, pueda incorporar estos artículos, ya que somos parte de la Corte Penal Internacional desde junio del 2001. Ese es uno de los orgullos de Costa Rica y es como un elemento complementario, el artículo 1 de la Corte Penal Internacional establece la complementariedad de la jurisdicción y es por eso que se requiere el Código Penal nacional que tenga este articulado para que si no es posible que se sancione a nivel nacional, se recurriría, de una forma excepcional a nivel internacional. Es una obligación internacional que está prevista en el artículo 1 y los tribunales de Ruanda y de la ex

¹⁰⁹ **Ibidem.**

Yugoeslavia, nos han delegado esta Corte Penal Internacional que esperamos entre en vigor en el 2003...”¹¹⁰

1. Aun y cuando por muchos años hemos vivido un clima de calma, no es posible descartar el acaecimiento de conflictos a nivel interno, por lo que los tipos penales proyectados prevén el eventual castigo de ciertos comportamientos que pudieren darse en ese contexto.

Es así como se establecen varios tipos penales englobados en situaciones de calamidad, frente a las cuales se estima que deben reprimirse algunas conductas inescrupulosas o inconscientes por parte de sus perpetradores.

Por lo tanto, observamos al legislador actuando visionariamente ante eventos de curso inusual en nuestro país y frente a los cuales no debe haber falta de regulación, difícil de imponer en esas circunstancias.

Repasando los tipos penales en cuestión y algunas de sus particularidades de interés criminológico, observamos que se trata de reprimir conductas que buscan afectar en grado sumo a las partes más débiles de ese tipo de conflictos.

2. El artículo 230, identificado como “Obstrucción de auxilio humanitario”, castiga el impedir u obstaculizar las tareas médicas, sanitarias o humanitarias, en lo que no vemos reparo alguno, pues se ubican previsiones comprensibles en tiempos de guerra, para lo cual incluso existen normas de Derecho Internacional, que simplemente están siendo proyectadas a la legislación doméstica, ante una realidad potencial que no puede negarse¹¹¹.

Tampoco debemos olvidar el vínculo derivado de los compromisos internacionales adquiridos por el país, que se convierten indirectamente en fuente de producción normativa. Citamos por ejemplo el artículo 14 de la Convención contra el Terrorismo, el Convenio de Roma, etc.

3. Así, en ese contexto es que se explica también una norma como el artículo 231, que castiga la llamada guerra sucia, en este caso con la simulación o utilización indebida de signos que tienen otros objetivos, para procurarse facilidades en esa labor de ataque. Tal el texto de la norma en cuestión:

ARTÍCULO 231: Simulación de signos de protección:

¹¹⁰ Palabras de Tatiana Flórez visibles en: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 48 del 5 de noviembre del 2002.

¹¹¹ Establece el artículo 230 lo siguiente: ARTÍCULO 230: Obstrucción de auxilio humanitario La persona que durante un conflicto armado interno o internacional, impida u obstaculice al personal médico, sanitario y de socorro, o a la población civil, la realización de tareas médicas, sanitarias o humanitarias, será sancionado con pena de dos a cinco años de prisión.

La persona que durante un conflicto armado interno o internacional, con el fin de atacar al adversario simule o utilice indebidamente, signos de protección internacional o de Organismos Internacionales, o intergubernamentales, banderas de países neutrales o de las Naciones Unidas, será sancionado con pena de dos a seis años de prisión.

4. Enseguida, el artículo 232, por su parte, proyecta el delito doméstico de omisión de auxilio al nivel de los conflictos que mencionamos. Sí deben clarificarse dos conceptos que pueden arrojar alguna duda en la norma y que bien podrían dar al traste con su aplicación, pues se castiga a quien “teniendo la obligación de hacerlo, omite brindar socorro o asistencia humanitaria.”¹¹² Se podría afirmar que, de inicio, se penaría a un miembro de algún cuerpo oficial dispuesto para esos menesteres que asumiría por esa condición personal tal deber. ¿Pero también podría punirse al sujeto particular bajo determinadas circunstancias? La norma no lo precisa, como tampoco acontece en principio con el sujeto pasivo del delito, donde se habla de “persona protegida”. Aquí se habría de recurrir, en principio, a las normas de Derecho Internacional para determinar ese concepto, estimándose así que falla la redacción normativa al no establecer en forma integral el contenido del tipo, pues llegado el momento de su aplicación, puede debatirse quién pasa a integrar la norma, lo que fácilmente la tornaría inaplicable, máxime en una época de pugna de fuerzas como sería aquella en la que se la pretendería llevar a la práctica. Sin embargo, vemos que el artículo 237 del proyecto, contiene un catálogo de supuestos para integrar lo que se entiende por “persona protegida”. No obstante, se sitúa como una norma comprensiva de un sujeto pasivo del tipo abierto, pues en última instancia remite al llamado Derecho Internacional Humanitario que, por lo tanto, debe integrar la normativa interna mediante convenios o tratados que deben ser ratificados, para así explicar la razón de ser de la norma.

En materia tan cambiante como lo es la relativa al Derecho Internacional, consideramos sana la medida empleada por el legislador y no cerrar la protección, quizás con una norma monolítica que obstaculizaría el espíritu de la protección que se busca¹¹³.

¹¹² ARTÍCULO 232: Omisión de socorro en conflicto armado

La persona que durante un conflicto armado interno o internacional, teniendo la obligación de hacerlo, omite brindar socorro o asistencia humanitaria a una persona protegida, será sancionado con pena de dos a seis años de prisión.

¹¹³ El artículo 237 reza lo siguiente: Personas protegidas

Para los efectos de este título se entiende por personas protegidas a los miembros de la población civil, a los prisioneros de guerra, a las personas heridas, enfermas o náufragos puestos fuera de combate, al personal sanitario o religioso, a los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, a los

Resumiendo, vemos con tino la posición del proyecto de establecer una postura ante realidades no muy lejanas y ante la potencial inserción del país en las resultas de conflictos armados a nivel internacional, pero con serias implicaciones internas, no soslayando así la franca posibilidad de conflictos internos que en cualquier momento podrían suceder en nuestro territorio si las desigualdades sociales no se mitigan.

5. Lo descrito también refleja de alguna forma, sin embargo, las contradicciones en la producción normativa, para lo cual basta observar el artículo 233, relativo a los “Medios prohibidos de guerra”, donde sí se hace una remisión expresa al Derecho Internacional Humanitario, lo que en todo caso no deja de ser de difícil aplicación, pues este se encuentra integrado por una serie vastísima de instrumentos internacionales, directrices, etc. El legislador nacional sí debería tener una posición cuando menos ejemplificante negando ciertos medios de guerra, sobre todo apelando a lo establecido en los artículo 1º y 12º de la Constitución Política¹¹⁴.

Lo que sí es cierto es que, en definitiva, se sitúan estos preceptos como de necesaria integración con otros cuerpos normativos para su eficacia última.

Del artículo 233, adicionalmente, debemos destacar que recoge dos supuestos: 1) el utilizar métodos o medios prohibidos de guerra, lo cual hace pensar fundamentalmente en las armas bioquímicas o invasivas, cuyos efectos nocivos se han palpado en los conflictos en el Medio Oriente, donde se sobrepasan los parámetros racionales de la guerra, si es que resulta factible concebir una valoración de tal naturaleza a ese nivel. Pero, en todo caso, ello mismo se insinúa en otro componente de la norma, al reprimir los medios o métodos tendientes a “causar pérdidas, daños o males innecesarios.”

6. Un agravante en cuanto a la pena en sí, se observa en cambio en los delitos que se proyectan, para castigar el ataque a bienes protegidos, o bien a instalaciones y bienes sanitarios¹¹⁵.

combatientes que hayan depuesto las armas durante el conflicto, o a cualquier otra persona que tenga el carácter de protegida por el derecho Internacional Humanitario, conforme a los convenios y tratados internacionales vigentes en el país.

¹¹⁴ El artículo 233 en mención tiene el siguiente texto: Medios prohibidos de guerra
La persona que durante un conflicto armado interno o internacional, utilice métodos o medios de guerra prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario o tendientes a causar pérdidas, daños o males innecesarios, será sancionado por ese sólo hecho, en pena de dos a seis años de prisión.

¹¹⁵ Establecen lo siguiente las normas en cuestión: ARTÍCULO 234: Ataque a bienes protegidos:
La persona que durante un conflicto armado interno o internacional y con ocasión del mismo, ataque, destruya o se apropie de bienes indispensables para la supervivencia de las personas protegidas, lugares que constituyen patrimonio cultural, o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas cuya liberación ponga en peligro la vida o la integridad física de la población civil, será sancionado por ese sólo hecho, en pena de cuatro a ocho años de prisión.

Aquí la tutela no va dirigida a la persona, sino a la salvaguarda de ciertos medios o instalaciones en tiempos de conflicto armado, previsión que no necesariamente requiere de la afectación a seres humanos, sino la potencial puesta en peligro de la vida y/o integridad físicas, resultando aquí razonable el establecimiento de un delito de peligro. Se protege igualmente el patrimonio cultural, que en este tipo de hechos es comúnmente afectado: si bien estos bienes son de menor jerarquía, lo cierto es que la sociedad llora, de manera recurrente, este tipo de pérdidas, también producto de la irracionalidad de la guerra.

Esas normas también dan cierta amplitud abriendo la vinculación con el hecho bélico, al hablar de “con ocasión del mismo”, de modo que se tratan de cerrar un tanto los eventuales portillos.

De igual forma y quizás de manera aun más justificada, tenemos el castigo al ataque a ambulancias, hospitales, depósitos de medicinas, etc., no siendo ya válido el invocar circunstancias de guerra.

Es conveniente señalar como corolario de este punto que si bien el legislador proyecta el castigo de “la persona”, se podría estar omitiendo en forma peligrosa al grupo organizado, en el cual se estaría diseminando o disolviendo la responsabilidad del individuo, pudiendo darse pie a defensas que podrían desembocar en la ineficacia de las normas.

Finalmente, es motivo de reflexión la circunstancia agravante que se establece para delitos que podríamos llamar comunes y que se cometen con ocasión de un conflicto armado. Ese ámbito es el que determina el artículo 236 del proyecto cuyo texto transcribimos a continuación:

ARTÍCULO 236: Circunstancia de agravación.

Cuando, en perjuicio de personas protegidas y con ocasión de un conflicto armado interno o internacional, se realicen los delitos de homicidio, tortura, discriminación, violación, proxenetismo, secuestro de personas, u ocultamiento de detenidos por autoridades, los extremos de las penas previstas en esos delitos se aumentarán hasta en un tercio.

ARTÍCULO 235: Ataque a bienes e instalaciones sanitarias:

La persona que durante un conflicto armado interno o internacional y con ocasión del mismo, ataque ambulancias u otros medios de transporte sanitario, hospitales, lugares de depósito de medicinas u otros bienes destinados a brindar asistencia a personas protegidas, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

M. Delitos contra el patrimonio

En materia de delitos contra el patrimonio, ubicados en el Título VIII Capítulo I, vemos en el proyecto otra quiebra de lo que debe ser una regulación sistemática, y que responde a las demandas más presentes de la sociedad, cuando en el artículo 241 se establece el tipo penal del “Ingreso a vehículo ajeno”, que no es otra cosa que la popularmente denominada “tacha” de vehículos.

1. Establece el numeral en cuestión el siguiente texto:

ARTÍCULO 241: Ingreso a vehículo ajeno
 Quien ingrese a un vehículo ajeno con la finalidad de sustraer bienes, será sancionado con prisión de uno a cinco meses.
 Si para realizar el ingreso se hiciere uso de fuerza en las cosas o violencia en las personas, la pena será de uno a cinco años de prisión.

Mediante esta norma, se está dando respuesta a esa problemática tan cotidiana, ello creando un tipo penal concreto incluso con una previsión agravada, apelando a supuestos propios más bien del ilícito del robo, de acuerdo a sus rasgos ordinarios en la doctrina y la jurisprudencia.

Una encuesta de opinión seguramente daría como resultado la aprobación, por parte de la colectividad, de una previsión de este orden pero, como hemos visto, no deben ser las meras percepciones subjetivas, a veces erróneas, las que motiven al legislador a criminalizar.

De acuerdo al primer párrafo de la norma, se castigaría el mero peligro de sustracción, pues el patrimonio como bien jurídico no estaría aún lesionado, ya que no ha mediado una sustracción o desapoderamiento.

Vemos, en todo caso, que la pena es más bien baja -ubicada entre uno y cinco meses-, lo cual podría ser indicio de que lo que busca el legislador es el castigo, sobre todo, de delincuentes habituales en este tipo de hechos. Respuestas represivas como esta no tienen mayor eficacia y, más bien, podrían ser contraproducentes.

Es válido cuestionarse si los tipos penales vigentes no son una herramienta suficiente para este tipo de criminalidad, pues tal y como se plantea este numeral 241, se rompe la coherencia sistemática de esta sección. Esta interrogante sobre la conveniencia o inconveniencia del tipo en cuestión debe ser despejada.

2. Aspecto distinto ocurre con un tema que ha sido solucionado vía interpretación jurisprudencial e integración de la doctrina, a saber, la conducta que denomina el proyecto de código como “Utilización indebida de servicios” en su artículo 242. La norma en cuestión tiene proyectado el siguiente texto:

ARTÍCULO 242: Utilización indebida de servicios

Será reprimido con prisión de un mes a dos años quien utilice u obtenga, sin pagar total o parcialmente el costo, servicios de agua, de electricidad o de telecomunicaciones, con perjuicio para la empresa suplidora o de otro usuario.

Abundante y reiterada es la circunstancia por la cual algunos ciudadanos utilizan u obtienen algunos servicios básicos de forma ilegítima, con fraude para los que suministran oficialmente los mismos o bien para terceros, que no son otros que sus vecinos.

Recordemos que al respecto se ha sostenido comúnmente por parte de la jurisprudencia, que ese tipo de hechos tipifican en el ilícito de hurto simple o bien en determinados casos en la estafa. Para puntualizar el asunto, transcribimos el siguiente breve extracto de una sentencia de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, que es suficientemente clara en este sentido:

“...Por otra parte, el tribunal de mérito tuvo por acreditado que el encartado (...) procedió en forma clandestina a conectar cables conductores de luz eléctrica, en forma directa a cables de alta tensión que pertenecen a la ofendida Compañía Nacional de Fuerza y Luz, logrando para sí un ilegítimo apoderamiento de energía eléctrica que favorecía al establecimiento Comercial denominado ‘Centro Comercial La Fogata’, así (sic) como a su casa de habitación ubicados ambos en Ipís (sic) de Goicoechea... B) El imputado (...) sacó provecho de la anterior acción, para obtener energía eléctrica indebidamente, al no tener por parte del ente denunciante derecho de explotación (sic), causándole perjuicio patrimonial a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (...)’ (ver folio 146 vuelto, líneas 11 a 23). También se demostró ‘...que en dicho lugar se encontraba la base de un medidor, de energía eléctrica con sus respectivos cables, pero sin el medidor propiamente dicho y sin la alimentación del fluido eléctrico a través (sic)de el (sic).’ (ver folio 147 frente, líneas 5 a 8). De conformidad con lo expuesto, tampoco resulta pertinente la tesis de que se ha dado una incorrecta aplicación del numeral 208 del Código Penal, porque la energía eléctrica, al ser susceptible de apoderamiento, debe ser considerada como un bien mueble, por lo que la lesión al ente jurídico protegido, se dio en este caso, cuando el encartado, al no estar el medidor, mediante la utilización de unos cables, procedió a sustraer esa energía sin ninguna autorización de la Compañía ofendida, además de que como lo establece el a quo, ‘La sustracción del fluido (sic) eléctrico denunciado asciende en (sic) la suma de Setenta (sic) mil cuatrocientos sesenta y siete colones con veinte céntimos” (ver folio 147 frente, líneas 20 a 22). Resulta

pertinente aclarar, que tampoco se puede considerar en este caso que se está en presencia del delito de estafa, pues para que éste se dé, resultaría necesaria la existencia del medidor. Al respecto, Ricardo Levenne hijo, en su obra 'Manual de Derecho Penal. Parte Especial', señala que 'Se efectúa la distinción entre el caso de que haya o no medidor. En el primer supuesto, la sustracción consiste siempre en la alteración de las anotaciones de éste, lo que impone un encuadre en el tipo legal de la estafa. Sólo el segundo supuesto permitiría la aplicación del delito (...) Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavallía, 1978, pág. 312) de hurto'. Por otra parte Carlos J. Rubianes cita algunas resoluciones en este mismo sentido, entre las que destacan las siguientes: 'j) configura el delito de hurto simple la sustracción de corriente eléctrica, efectuada mediante una conexión clandestina (CC Cap., 23/9/66, JA, 1966-VI-321) (...) k) La sustracción de electricidad puede ser hurto o estafa, según la forma en que el apoderamiento se efectúe; cuando la fuerza o el fluido se tomen, habrá hurto; cuando se supere por medios fraudulentos o con maniobras astutas la cantidad que se reciba en virtud de contrato, existirá estafa (CF Tucumán 4/3/66, LL, 123-145)... 1) Comete hurto simple el imputado que ejecutó una conexión clandestina al cable de energía eléctrica de la vía pública, dado que aquélla puede ser objeto de apoderamiento (CF Resistencia, 28/9/65, JA, 1966-V-636).' (Ver 'El Código Penal y su interpretación jurisprudencial', Buenos Aires, Ediciones Depalma, tomo III, 1977, páginas 206 y 207)¹¹⁶

La pena es relativamente baja pero con repercusiones fuertes para el sujeto activo que incurre en este tipo de conductas.

Si bien con los términos del tipo penal en cuestión, se dejan de lado las añejas discusiones sobre el tipo de bien involucrado y su ajuste a las particularidades del delito de hurto, otorgando mayor seguridad jurídica en la persecución penal, su aplicación puede ser problemática, pues se trata de la aplicación de normas represivas a un segmento de población que delinque por sus particulares circunstancias de exclusión social.

No puede negarse que, salvo puntuales excepciones frente a las cuales no podría descartarse la persecución, la mayoría de quienes realizarían la acción típica se encuentran dentro del segmento de los desprotegidos, de los olvidados de la sociedad.

Aquí entraríamos en la eterna discusión sobre la responsabilidad social del Estado frente a quienes no pueden acceder a servicios básicos de agua o electricidad

¹¹⁶ **Sala III de la Corte Suprema de Justicia**, N° 305-F-92 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diez de julio de mil novecientos noventa y dos.

por los medios usuales y si el sistema penal debe abstraerse de ello en sus previsiones penales, reprimiendo el acceso ilegal a aquellos servicios.

Si en definitiva se opta por la permanencia de este tipo penal, creemos que se debe prestar especial atención a la facilitación de medios efectivos de sustitución de la pena de prisión en este caso particular.

N. Estafa y otras defraudaciones

La respuesta a las deficiencias del aparato estatal en el control de los operadores financieros privados que captan recursos del ciudadano aprovechándose de las necesidades básicas de éste, o bien engañando al mismo aparato estatal con algunos requerimientos de condiciones crediticias, nos presenta ahora un nuevo tipo penal.

1. En este tema es copiosa la ola de hechos del orden enunciado en el artículo 246 del proyecto, denominado “Estafa agravada” y en el cual se recopilan pormenorizadamente una serie de conductas que son fácilmente identificables en esa lamentable realidad que, lejos de apagarse, se reitera en forma recurrente, demostrando la ineficacia intimidatoria del Derecho Penal.

Desde esa óptica, resulta válida la relación pormenorizada que hace el artículo supracitado, en cuatro grupos de hechos a castigar, quizás pretendiendo dar así una mejor respuesta que la que dan algunas de las desfasadas fórmulas actuales. En este momento la impunidad no se hace muy difícil por falta de prueba o por la enmarañada tipificación de las normas, constituyéndose la persecución en un camino empinado gracias a las particularidades del giro financiero, máxime cuando el mismo trasciende las fronteras de lo nacional.

En síntesis, observamos aquí al legislador proyectándose a castigar hechos de gran impacto para la economía, para ciertos grupos tradicionalmente desprotegidos en este tipo de hechos y también para los inversionistas ávidos, que ven escaparse entre sus manos ahorros de toda su vida, ante ofertas quiméricas.

El bien jurídico tutelado es el patrimonio, aunque también se busca proteger la confianza en el sistema económico. Veamos el texto del artículo 246:

ARTÍCULO 246: Estafa agravada

Las penas previstas para los hechos señalados en el artículo anterior se aumentarán en un tercio:

1) Cuando los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza,

haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público;

2) Cuando la acción recaiga sobre artículos de primera necesidad, viviendas o terrenos destinados a la construcción de viviendas;

3) Cuando se coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica, o se realice aprovechándose el autor de su credibilidad empresarial o profesional; y

4) Cuando se realice mediante el suministro de información falsa, alterada, incompleta, omisa o defectuosa, personal o de un tercero, con el fin de obtener créditos o condiciones crediticias favorables para sí o para un tercero.

5) Cuando se realice mediante manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.

El legislador eleva en un tercio lo que en la práctica serían las penas de tres a diez años de la estafa, pues corresponde a ilícitos donde la defraudación excede diez veces el salario base; que son cifras que fácilmente se superan en las defraudaciones o en cualquier transacción ordinaria.

Se recoge aquí también el clamor de los ofendidos ante una creciente inseguridad financiera, que los medios de comunicación retoman en forma pormenorizada, mostrando hechos donde se han presentado las defraudaciones del sector financiero formal, incluida la banca privada de algún prestigio, que también presiona por la protección de su giro bajo la imagen falsa de la tutela al pequeño ahorrante o al necesitado de vivienda. Vendrá la etapa de la discusión legislativa, donde observaremos qué suerte corre el tema.

Debemos recordar que la reforma introducida hace diez años sobre el tipo penal vigente de la estafa, a saber el numeral 216, retoma el primer inciso del artículo contenido en el proyecto. Ahora se le pretende dar una independencia relativa al hecho, mediante una circunstancia agravante.

Es así como circunstanciadamente se está pretendiendo dar atención especial en el proyecto a lo que se identifica comúnmente como estafas mediante entidades financieras, que recaudan dineros o valores de los particulares, recurriendo a crear expectativas falsas lesionando groseramente el patrimonio de los afectados (inciso 1.). Aquí es sana la previsión que se hace de criminalizar tanto a administradores como a apoderados de empresas, personas individuales, entidades inscritas o no en los registros al efecto establecidos, que son las formas más usuales como opera este tipo de delincuencia.

Enseguida también, se retoma un hecho de frecuente manifestación en nuestro país, en el cual el perpetrador se aprovecha de la ceguera de la víctima, dado el

estado de necesidad en que la sociedad lo entrega, por deficiencias estructurales del Estado, ya sea por crisis económica o fallas organizativas. Nos referimos a aquellos casos en los que individuos desesperados por carecer de condiciones que les pudiesen facilitar al acceso a crédito para vivienda, caen en manos de los llamados “gavilanes”, que encuentran sin dificultad presas fáciles ofreciendo falsamente condiciones favorables para adquirir o construir casa.

Aunque ciertamente es la víctima la que en última instancia se expone y cae en manos de los estafadores, no debe desconocerse cierta “complicidad” del Estado, al no cumplir con su responsabilidad social de crear condiciones de acceso a vivienda para todos los ciudadanos.

Entretanto, no vislumbrándose a corto plazo el que se presenten condiciones favorables para el acceso al crédito de vivienda y siendo que cierto componente de la sociedad difícilmente podrá tener cabida en los medios crediticios usuales, no se excluye que se sigan dando hechos como los que se castigan por medio de estos tipos penales. En esos supuestos el tipo penal, se mostrará necesario, al mismo tiempo que lo es el mejorar las políticas sociales de vivienda.

El inciso 3) resulta de un análisis ciertamente difícil, por cuanto una lectura somera puede llevarnos a señalar que el efecto ahí previsto podría darse en todas las otras conductas previstas en el artículo 246 en estudio.

Se penaliza primero cuando el hecho lleve a la víctima o a su familia a una grave situación económica.

Si bien es cierto que no toda estafa lleva a la víctima o su familia a una situación económica insostenible, las conductas descritas en los otros extremos del tipo penal agravado producen normalmente ese efecto.

El legislador trata así de cubrir todos los eventuales supuestos, ello en atención a la víctima y a su familia, como un deber fundamental del Estado.

No compartimos el agravante de convertir en instrumento del autor su credibilidad empresarial o profesional, ello por redundante, ya que constituye uno de los elementos consustanciales del engaño o ardid.

Si el legislador concibe otros supuestos adicionales a los descritos, resultaría admisible la agravante, pero en el contexto analizado no encontramos la ulterior necesidad de su tipificación.

En el extremo final del tipo, la protección se extiende no ya a la víctima más desprotegida en ese tipo de hechos, sino al propio Estado, a través de sus entidades financieras y a la misma empresa privada, objeto de defraudaciones crediticias.

La astucia de los potenciales sujetos del proceso penal, no se extiende solo a defraudar a sus iguales o a las personas que se encuentran en algún estado de aprehensión o calamidad social, sino que bien puede serlo cualquier entidad financiera, gracias a su propia carencia de controles e inopia estructural. Si bien este hecho no debería ser asumido por el sistema jurídico-penal dirían algunos, sino por mecanismos de control financiero, es lo cierto que la norma de alguna forma retoma la falibilidad humana en este sentido, asumiendo roles que quizás no le corresponden. Pero dando por un hecho que cualquier filtro inicialmente proyectado es con facilidad objeto de violación, la norma se muestra como un remedio ideal.

Y es que las carencias del sistema se encuentran reflejadas en un reciente comunicado de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que con motivo de algunos sonados hechos de repercusión en el segmento de los ahorrantes, muestra con preocupante detalle los problemas existentes sobre este particular.

Algunas ideas rescatamos para la reflexión, contenidas en ese comunicado:

1.que existen forma de captación de recursos de terceros, que no están sujetas a la autorización del Banco Central de Costa Rica y a la supervisión de la SUGEF y que tampoco están tipificadas como delitos en nuestro ordenamiento jurídico.

2.que en el estado actual de las cosas, inversionistas que entreguen sus dineros en esas condiciones, corren el riesgo de ser víctimas de estafas o de perder la totalidad de su inversión.

3.que la SUGEF en sus indagaciones, puede dar pie a determinar la existencia de indicios que hagan presumir la mediación del delito de intermediación financiera ilegal, para proceder así a las denuncias del caso ante el Ministerio Público.

4.que la supervisión de la SUGEF enfrenta limitaciones para realizar evaluaciones integrales de los estados contables y financieros de algunas empresas financieras.

5.que algunas actividades que se realizan en el ámbito del sector financiero, pueden estar vinculadas con relaciones propias del narcotráfico.¹¹⁷

¹¹⁷ Ver publicación en: La Nación, 25 de diciembre del año 2002, p.23A.

En el momento en que se llegue a analizar la importancia y viabilidad del tipo penal de la estafa agravada en los ámbitos detallados aquí, las voces de alerta lanzadas por la propia entidad encargada de la supervisión en los negocios de intermediación financiera encontrarán, creemos, acogida con antecedentes de esa naturaleza.

Retomando el comunicado citado, vemos que se señala que el elenco de tipos penales vigente no cubre algunos supuestos de captación de recursos; luego, si se señalan carencias para el control y la investigación, a nivel administrativo, pareciera que se está trasladando esa función contralora, ex-post facto, a las instancias penales, lo cual desvirtúa el accionar de los entes de supervisión financiera, al tiempo que atora el sistema represivo.

Lo que sí resulta un hecho indubitable a partir de esas premisas, es que el Derecho Penal no será en este y en otros casos el remedio para solucionar los sutiles matices de la estafa, siendo este el caso típico en que la víctima ideal coopera, para verse atacada por quienes tienden sus redes a los inversionistas. El mismo comunicado de la SUGEF lo destaca, al señalar que *“...como la historia y la lógica lo señalan, tal riesgo de estafa es mayor cuando se ofrecen tasas de interés desproporcionadamente altas en comparación con las que rigen en el mercado financiero, y aún más cuando la operación se realiza bajo condiciones de máximo secreto y de mínimas garantías por parte de la persona o la empresa que capta los fondos.”*¹¹⁸

Paradójicamente, esos elementos son los que parecen hacer más atractivo el negocio, en el cual al final del camino media una dosis de complicidad de la propia víctima, lo que luego hace difícil la prueba en juicio.

2. Otra norma cuyo nacimiento a la vida jurídica se pretende en el proyecto de Código Penal, lo constituye el artículo 251, denominado “Fraude registral” y cuyo texto enunciamos enseguida:

ARTÍCULO 251: Fraude registral

Será sancionado con pena de prisión de cinco a doce años, quien de modo fraudulento altere o hiciere alterar en el Registro Público, los datos de inscripción o de anotación de un bien.

La misma pena se impondrá a quien, con el propósito de simular la figura del tercero de buena fe, permita el traspaso a su nombre del bien en cuestión o al que se preste para aparecer como titular de un crédito hipotecario o prendario con

¹¹⁸ **Ibídem.**

el mismo fin o para constituir cualquier otro derecho personal, real, o gravamen.

Quien fraudulentamente inscriba o haga inscribir un bien, o rectifique también fraudulentamente su medida será sancionado con pena de prisión de cinco a doce años.

Los extremos de la pena se elevarán en un tercio, cuando:

1) La conducta sea realizada por un Notario Público o un servidor público.

2) Como consecuencia del hecho, se logre el despojo del legítimo poseedor del bien.

Al autor o partícipe se le impondrá también la pena de inhabilitación consistente en la suspensión de la licencia, permiso o autorización para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho, por un período de tres a diez años.

Resulta público y notorio el problema que siempre han representado el Registro Nacional y sus carencias en materia de seguridad y eficiencia.

En la Asamblea Legislativa, el asunto se discutió con bastante claridad hacia el final de las sesiones que conocieron el proyecto:

“...El Estado prácticamente obliga a los propietarios y en algunos casos, incluso, a los acreedores en términos generales a inscribir sus derechos, ese es el sistema nuestro. Entonces, las personas inscriben su derecho de propiedad en un registro, su derecho de automóvil en un registro, hay países que no tienen registros de la propiedad, ni muebles, ni inmuebles, los trasposos son de manera distinta, la base de datos es de manera distinta un poco parecido como un sistema de carta ventas o como se estila ahora, cuando las personas tienen todavía algunas posesiones no necesariamente derechos inscritos o con el trasiego que se ha dado de parcelas del IDA, que se hacen una trenzas ahí prácticamente son documentos que a veces se llevan donde el notario, pero que no se inscriben, porque no han pasado los quince años o algunas cosas parecidas. Lo paradójico, es que el Estado obliga a la gente a inscribir y precisamente, en lo que debería significar la suma de la seguridad jurídica allí es donde le roban a la gente las cosas, esa es la gran paradoja del fraude registral. La gran paradoja es que el Estado de alguna manera no ha garantizado suficiente seguridad en el instrumento que ha creado, que es un registro de la propiedad y para muchos casos bueno, barcos, vehículos, prendas, hipotecas, propiedad inmueble, que es para algunas (sic) la propiedad por antonomasia. Precisamente, en ese instrumento que es el Registro, ahí es donde lo roban, si podemos decirlo, por medio de lo que se conoce ahora como fraude registral, tal vez no es registral, tal vez son unas simulaciones y otras cosas.

Dicho de paso, parece que el Estado también se aprovecha

para robar un poco al prójimo, porque las operaciones de inscripciones además se convirtieron en vehículos ideales para cargar de impuestos a las personas, que el timbre hospitalario, que el timbre agrario, que el timbre de esta cosa, de la otra cosa, que el impuesto de traspaso de bienes inmuebles, entonces, la operación que debería ser limpia se convirtió también...el pobre propietario no solo pone su inmueble o su bien en un lugar donde no está seguro, sino que de paso el Estado lo asalta, para un lado y para otro lado. Ante esa realidad y más o menos hay un modus operandi, que algunos por diversas razones hemos tenido la desgracia de conocer o se roban folios de un protocolo o inventan un nombre de notario, se le roban una boleta de inscripción o se roban lo que sea, aparece un traspaso, alguna persona o que no existe o que no está en el país o que es una persona que existe, pero que no pesa significativamente y luego, por medio de un posterior traspaso se lava la propiedad si vale el término (...) La perfección de un tipo penal, la precisión por los alcances es de mucho interés, me parece que es bastante importante que se precise, por eso he concurrido con la diputada Rodríguez Arias a suscribir este nuevo texto. Sin embargo, en la parte de las penas se quedó con lo que tenía originalmente y me parece a mí que luego deberíamos pensar si hay que bajarlo para igualarlas con lo del resto del Capítulo...”¹¹⁹

La propia Corte Suprema de Justicia hace eco de esa preocupación y señala el interés de la comunidad en ese particular, por lo que se hace necesario un tipo penal específico y otorgar protección a los agraviados y a las potenciales víctimas. Es la expresión de las agencias de control social dando “respuesta eficaz” a una problemática cuya solución quizás puede estar en otros niveles¹²⁰.

Por medio de la prensa y en los corrillos del propio Registro, se conoce que frente a las tímidas preocupaciones del Colegio de Abogados o de la Dirección General de Notariado, son reiteradas las maniobras tendientes a sustraer la propiedad mueble o inmueble de sus legítimos dueños, mediante ingeniosos e incluso burdos métodos, con la connivencia de notarios, al lado de otros casos donde la suplantación es total.

También han sido evidentes los hechos visibles en el contenido de alteraciones en las inscripciones registrales.

Pues bien, nos enfrentamos a una norma con la cual se pretenden cubrir todos los resquicios que la experiencia ha podido concebir. Nuevamente vemos al Derecho

¹¹⁹ Palabras del Diputado Malavassi Calvo en: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 74 del 9 abril de 2003..

¹²⁰ En tal sentido ver: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 28 de mayo del 2002.

Penal puesto al servicio de las deficiencias del aparato estatal, al lado de un reconocimiento de que la realidad sobrepasa las propias posibilidades de los instrumentos ordinarios.

Los beneficios derivados de una actividad de esta naturaleza, hacen presumir que los perpetradores sobrepasarán cualquier control administrativo para alcanzar su objetivo, por lo que, bajo esa perspectiva solo un detalle pormenorizado en un tipo penal podría mitigar las constantes críticas derivadas de la inseguridad registral.

Así que se recurre inicialmente a una figura amplia, con la cual se castiga la alteración de la información registral respecto de un bien mueble o inmueble. La pena se elevaría en un tercio si se produce el despojo, como dice la norma, del legítimo poseedor.

Interesante es la previsión que hace la norma, para reprimir la figura de los denominados “testaferros”, quienes comúnmente en este tipo de conductas facilitan su nombre o concurso, situándose como falsos adquirentes, terceros poseedores o en general titulares de algún derecho, lo que permite inmovilizar en favor de espurios intereses la propiedad mueble o inmueble.

Por otra parte, también en la elevación de la pena se configuran dos especiales sujetos como potenciales autores del hecho: los notarios públicos y los servidores públicos, especialmente referible este componente a los servidores del Registro Nacional, o bien a los bancarios, que con alguna frecuencia participan en transacciones de esta naturaleza.

Nótese que la pena por la figura simple es de cinco a doce años, por lo que la elevación a un tercio, nos podría enfrentar ante una pena de cuantía considerable en casos concretos. Ese efecto gravoso podría verse incrementado con la necesaria inhabilitación, por un lapso que va de tres a diez años, que se sitúa como un imperativo en la norma.

En síntesis, observamos como fenómeno digno de análisis criminológico, al Estado dando respuesta a una conducta lesiva que se origina paradójicamente en la prestación de uno de sus servicios y dirigida a proteger al segmento de los propietarios. Para algunos, las consecuencias pueden ser más bien desproporcionadas.

Ñ. Delitos contra el orden socioeconómico

El actual Título VIII del Código Penal, bajo una identificación prácticamente superada por los tiempos, agrupa una serie de conductas tenidas como “Delitos contra

la buena fe de los negocios”, donde se sitúan básicamente la quiebra y la insolvencia no autorizadas por el sistema.

Dando un viraje en la nomenclatura, el proyecto de Código Penal bajo el Título IX, perfila como bien jurídico objeto de tutela en este segmento de ilícitos, la lesión al orden socioeconómico, concepto por lo demás difuso y con pretensiones de omnicompreensivo.

1. Básicamente se señalan los mismos tipos penales, incluyéndose tan solo uno nuevo, siendo consecuente el legislador una vez más con hechos divulgados en las últimas décadas como de reiterada ocurrencia y que bien pueden acontecer en unión de otros ilícitos. El tipo penal en cuestión se identifica como “Distracción de bienes” y procedemos a analizarlo enseguida a partir de la lectura del numeral 268:

ARTÍCULO 268: Distracción de bienes

Será sancionado con prisión de uno a cuatro años, quien distraiga u oculte sus bienes, material o jurídicamente, en perjuicio de sus acreedores.

La misma pena se aplicará a quien, en perjuicio de acreedores, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que retarde, dificulte o impida la eficacia de una embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Si se tratara de retardar o dificultar es (sic) la tramitación del proceso de quiebra o de insolvencia, los extremos de la pena se aumentarán en un tercio.

Se prevé aquí una práctica en la cual el sujeto activo enfrenta la posibilidad de que se ejecuten forzosamente sus bienes, contexto en el cual incurriendo el autor en alguna de las conductas previstas por el tipo, lesiona la buena fe que debe privar en los negocios.

En la criminalización contenida en el nuevo tipo penal, se concibe un instrumento simbólico de reparación a esa burla a los acreedores. Sin embargo, ese carácter que mencionamos puede tornarse efectivo, si el perpetrador llevado a esa situación extrema, decide por ejemplo en la fase de conciliación, reparar el daño patrimonial causado con su conducta.

Retomando el tipo penal de referencia, el párrafo primero contiene la respuesta inmediata a lo antes indicado, mientras el segundo párrafo introduce una figura por mucho tiempo arraigada en otros sistemas, pero que poco a poco va teniendo cabida ahora en la vertiente penal cual es el denominado “fraude procesal”. Apunta la norma a la posibilidad por la cual un embargo o procedimiento ejecutivo o de apremio, ya sea en las vertientes judiciales, extrajudiciales o administrativas, se vea afectado por

maniobras con repercusiones directas sobre esos procesos, tendientes a hacer ilusorio el interés que se pretende satisfacer con los mismos.

Con esa previsión se trata de alguna forma de mermar prácticas usuales como el auto embargo, ante la inminencia de alguna acción judicial de ese orden. Tal y como acontece, insistimos, con la mayoría de tipos penales que se vinculan con el patrimonio, no creemos que tal previsión evite ese tipo de conductas.

En hechos de mayor envergadura como la quiebra o la insolvencia, en los cuales es más frecuente el recurrir a esos mecanismos, la norma proyecta el aumento de los extremos de la pena en un tercio.

O. Delitos bursátiles

Una corriente que hemos señalado en varios tipos penales, es la tendencia presente en el proyecto de código, de vincular a la pena de prisión con el componente de la inhabilitación, para hacer efectiva la previsión contenida en la parte general.

Es así como los denominados “Delitos bursátiles”, introducidos con la Ley Reguladora del Mercado de Valores Nº 7732 en el Código Penal vigente, con la que se tipifica la manipulación del mercado (artículo 244) y el uso de información privilegiada (artículo 245), son retomados en igual medida por el proyecto de código y son complementados con la medida de la inhabilitación, en lo que sería el artículo 277. Se castiga aquí la posibilidad de hacer incurrir en error a los sujetos pasivos de los tipos penales en examen, cuando no solo media una actividad exclusivamente personal, sino que media el respaldo de un local o establecimiento al cual son referibles las comunicaciones que se rindan, lo que acontece de igual forma si media una empresa o persona privada, cuya razón social mueva los ánimos de los que luego se situarán como perjudicados. Es esa precisamente la base del error al que se induce con motivo de determinadas inversiones o emisiones en el mercado bursátil¹²¹.

El legislador introduce así un elemento aleccionador adicional, descalificando del giro bursátil al perpetrador, lo que en ese tipo de actividades lleva usualmente a la muerte inminente en el negocio, por las asociaciones y estigmatizaciones que se producen en un ámbito tan competitivo y cerrado como ese.

P. Delitos contra el ambiente

¹²¹ Establece el artículo 277 del proyecto lo que sigue: **ARTÍCULO 277: Inhabilitación**
 Cuando los delitos referidos en este título hubieren sido cometidos utilizándose un establecimiento, empresa o persona jurídica, por parte de sus propietarios, accionistas, administradores, o representantes, ya sea que lo hicieren personalmente o sirviéndose o haciéndose auxiliar de otras personas, además de las penas previstas se aplicará la de inhabilitación especial, consistente en la clausura de la actividad, establecimiento o empresa por un plazo de quince días a tres meses.

En el Título X del proyecto, centra su atención el legislador en un tema que está muy en boga, y cuyo objeto de tutela, el ambiente, corre constante peligro, dada la poca eficacia de los llamados que, por su protección, se lanzan desde los más distintos frentes.

Se trata de un conjunto de conductas objeto de criminalización, revestidas algunas de cierta novedad, mientras otras elevan al rango de delito lo que vía leyes especiales o incluso el mismo Código Penal, eran tan solo contravenciones tímidamente ubicadas y por lo tanto carentes de la eficacia necesaria en este tipo de injustos.

Aquí el legislador, en su labor creadora, retoma valores que atañen a la colectividad, para señalar el castigo de quienes se muestran poco o nada solidarios con sus semejantes, como parte de un gran todo. Nos referimos a la tutela de la naturaleza, marco en el cual se desarrolla nuestra vida y cuya importancia no resulta evidente en la conciencia de algunos.

Es una tarea difícil, como lo puso en evidencia el Doctor Antonio Lucio Gil ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, de cuyas palabras extraemos lo siguiente:

“...En esta materia se insiste, en que no es lo importante ahora elaborar las normas, sino que lo importante es la aplicación y existen muchos problemas en cuanto a la aplicación y a la implementación y que por tanto, hay que sentarse en ello. Insiste también en la necesidad de trasladar la sociedad, no un carácter meramente persecutorio o de inhibición de la actividad o reactivo, sino que hay que implicar a la sociedad en el medio ambiente, en el desarrollo sostenible que es una acción asumida jurídicamente por la Unión Europea, y que preside todos los textos normativa (sic), en coherencia con esa idea de implicar a todos los agentes y a todos los sectores en la idea de desarrollo sostenible que integraría los aspectos de medio ambiente a la hora de sancionar, a la hora de penalizar también hay que buscar ese efecto en la sociedad. En este sentido, considera que es muy importante la publicidad como instrumento para que la sanción sea efectiva, se perciba por la sociedad y a su vez sea un castigo plus de facto sobre los que han contaminado, pero también la publicidad de todo aquello que se esté haciendo bien. La publicidad de todos aquellos sectores y buscar instrumentos en ese sentido, estos sectores que se están corrigiendo y que se están comprometiendo con el medio ambiente. Esto ahora plantea desafíos de cómo efectivamente trasladar la publicidad. En las leyes ambientales de España, tales estatales como las comunidades autónomas se prevé la publicidad de aquellas sanciones graves o muy graves tanto en los diarios oficiales como en los

medios de comunicación, ese es uno de los problemas que más preocupa ahora. Bien, estas son un poco las referencias que ahora mismo, desde el año 2001 se han puesto por escrito en el ámbito europeo. Por otro lado, hay algún grupo de trabajo, como un grupo de trabajo que se llama INPEL, que su preocupación es al cien por cien, la implementación, la aplicación de ese derecho sancionador que ya existe. Este grupo de trabajo, de carácter informal sobre todo, se está centrando en las inspecciones ambientales, en los protocolos de actuación de las inspecciones en la formación que deben tener los inspectores ambientales en la planificación de las inspecciones ambientales. También teniendo en cuenta estos aspectos positivos dentro de la filosofía del desarrollo sostenible, se prevé en la planificación de las inspecciones ambientales que haya razones positivas, que haya razones de confianza. ¿En qué casos? En los casos en que las empresas, las industrias o las instalaciones hayan asumido un sistema de gestión voluntario certificado como son las normas ISO 14001, en el ámbito internacional, pero que en el caso de Europa hay una norma específica a un (sic) más reforzada que se llama EMA y que viene existiendo desde el año 93. De manera que se da importancia a que esa empresa que está certificada quede de alguna manera liberada de esas inspecciones o menos presionada, porque se le da la confianza de que lo está haciendo bien y se le darán incentivos de inspección para destinarlos a empresas o sectores que se consideran más perniciosos. Por otro lado, a la hora de sancionar también se habla de la importancia de la sanción en la correcta regulación del mercado. Esta es una experiencia que estamos teniendo diariamente en la congregación con las empresas en Madrid y en otros ámbitos industriales. ¿A qué me estoy refiriendo? Me estoy refiriendo a que las empresas son las primeras interesadas en que se sancione y se sancione ejemplarizantemente y se de (sic) publicidad a la sanción, porque de esta manera se está garantizando que las reglas del juego se respeten, que no haya actuaciones de piratería por parte de competidores que se serían desleales, que se estarían ahorrando costos por no aplicar las normas correctamente, y en este sentido se está encontrando un gran respaldo por parte de las empresas y dan especial importancia, por medio de las asociaciones empresariales a que (sic) efectivamente la administración sea dura y rigurosa, porque para ello es (sic) lo más importante es tener certeza en cuanto al marco jurídico en el cual se tienen que mover. En este sentido y siendo estás (sic) las tendencias y las líneas de la sanción en materia de medio ambiente y encontrándose los jueces penales con unos tipos penales genéricos muy amplios tanto en la definición de la acción, donde en todos ellos hay una remisión a la legislación administrativa, son prácticamente todos ellos, lo que se conoce como tipos en blanco. Tipos en blanco, que aunque en un primer momento suscitó duda respecto a su constitucionalidad y así cumplían efectivamente el principio de legalidad y tipicidad. El Tribunal Constitucional dejó clarísimo que el tipo

en blanco es constitucional, pero esa ha sido la solución del Código Penal, remitirse, dar por tanto, la validez jurídica a la previsión del Código Penal, que consiste en casi todos los casos en la remisión al tipo en blanco. El juez, con mucho menos experiencia, porque se encuentra un caso de sanción por cada cien o doscientos casos que se encuentra en el aparato administrativo, sin el apoyo directo que tiene el sancionador administrativo, porque al lado tiene un servicio de calidad hídrica, calidad atmosférica o de gestión de residuos o de evaluación, con el que está diariamente dialogando y tomando criterios respecto a lo que sucede, por tanto, teniendo más seguridad a la hora de sancionar existiendo una dependencia de criterios científicos, a la hora de qué se entiende por ejemplo, por equilibrio biológico, equilibrio de ecosistema o dónde está la gravedad de un daño. Digamos, que en toda esta situación existiendo los tipos penales, como digo, en blanco y muy genéricos el juez se encontraba con muy poca seguridad a la hora de actuar. Sin embargo, la administración se encontraba con mucha seguridad, con unas leyes que le favorecían. Luego, siempre existiendo la presión de la sociedad y la presión de la prensa en muchos casos, que hace que se inste a los poderes públicos a tomar medidas inmediatamente, que no se espere a un año o año y medio, a que se culmine el expediente. Estoy pensando en las medidas cautelares, en las medidas provisionales que es un instrumento para mí importantísimo, tiene una importancia enorme y un juez se encuentra con muchísima más inseguridad a la hora de adoptar medidas cautelares a medidas provisionales. Mientras que en la administración, aunque parezca mucho más duro que una administración adopte medidas cautelares dentro del campo jurídico que tenemos, las adoptamos porque tenemos mucha seguridad. Unos pocos días antes de venir aquí, una empresa de alimentación de yogurt muy famosa estaba vertiendo líquidos industriales a sistema integral de saneamiento, no al dominio fluvial, sino al sistema integral de saneamiento por encima de los índices permitidos en una gran proporción, en demanda química de oxígeno.

Nosotros actuamos inmediatamente, suspendiendo el vertido líquido, y eso puede condicionar la suspensión de la actividad, salvo que se encuentre un sistema de cisternas que recoja el agua. Eso puede generar problemas laborales serios. Esto dentro de la administración puede resolverse bien porque nosotros enseguida creamos de una manera coloquial, lo llamamos un gabinete de crisis, que consiste en ocho, nueve o diez personas reunidas permanentemente hablando de este tema, personas con diez, doce, quince años de experiencia, donde hay biólogos con experiencia en esto, donde hay juristas, ingenieros, ingenieros de montes de todo y con muchas experiencia en la administración. Esto da muchas (sic) seguridad a la hora de suspender el vertido y encontrarte con que los abogados de la empresa, la asociación de la empresa puedan coaccionarte, presionarte, acusarte de prepotente, decirte que te has pasado de la raya, cosas que son habituales.

Esa certeza en (sic) difícil que la tenga un juez y sí que la tiene de momento un aparato administrativo. En cuanto a la hora de elaborar unos normas penales, por lo menos en España, estamos claramente en el momento, no tanto de pensar en las normas, como de la aplicación y tenemos experiencia en la aplicación, con lo cual cualquier modificación que se planteara ahora siempre sería desde el punto de vista de la aplicabilidad y de cuestiones de política criminal.

Estas cuestiones, digamos de política criminal o de ámbito sociológico, sí que se tienen en cuenta a la hora de elaborar normas respecto a casos concretos. Por ejemplo, los incendios, en España, los incendios es un problema brutal, como entiendo que aquí a lo mejor lo es la deforestación o la sequedad y humedad, no lo conozco bien. En el caso de los incendios, sí que se ha considerado que no basta con la aplicación y la implementación de lo que ya existe, sino que hacía falta reforzar y simbolizar y trasladar a la sociedad que eso es gravísimo y que eso es punible y que eso da lugar a meter a alguien en la cárcel, con lo cual el incendio tiene un tipo penal bien concreto y mucho más desarrollado. Aquí estaríamos hablando ya de otras cuestiones distintas a los tipos genéricos de vertidos de eliminación, de protección de fauna y flora, cosas bien concretas. Claro, cuando uno se encuentra en lo que realmente le duele y donde realmente quiere ser operativo, empieza a discurrir un poco más.

Hay medidas muy interesantes que se ponen en manos de los jueces en el Código Penal, como son el terreno que ha sido incendiado pueda ser declarado por el juez, para los treinta años siguientes imposible de modificación en la calificación urbanística. Por tanto, en treinta años, ahí no se puede construir, mala suerte, para el que pretenda incendiar, aunque sea por imprudencia ... He leído los tratados de la doctrina y nadie hace referencia ha (sic) esto, no se preocupan de ello, sin embargo, en la experiencia que nosotros tenemos es muy importante. ¿Por qué? Porque en muchos casos, cuando una empresa ha contaminado más que la sanción es la medida cautelar, la empresa de yogurt tiene clarísimo que le vamos a poner una sanción de quince millones, sin embargo, eso no es lo que más le preocupaba lo tiene asumido, además está diciendo que le pongamos quince millones y tardaremos ocho o nueve meses. Lo que le importaba es que no le paráramos el proceso de producción, lo que más le importaría que no llegaron a pensarlo y nosotros sí, es si la opinión pública se entera de que ha sido cerrada una empresa que produce yogurt, porque la opinión pública no pensaría, que es el agua del desecho, pensaría en seguida que los productos son perniciosos para la salud y eso podría ser una catástrofe, en ningún momento lo pensaron ellos, pero nosotros ya lo habíamos previsto. Cuando protestaron y tuvimos reuniones no les cabía en la cabeza y yo tampoco quería insinuarlo para que no sintieran ninguna sensación de presión o de chantaje, pero era gravísimo. El caso de los yogurt, no se dio publicidad, pero cada vez que se cierra una heladera o cada

vez que se cierra una empresa de químicas o una empresa de baterías, se da publicidad y es noticia, y es noticia durante varios días y los medios de comunicación hacen mucho eco.

Eso era lo que les preocupaba la medida cautelar, la suspensión. Cuando uno adopta esa medida, entre las armas que utiliza el empresario muchas veces es la regulación de empleo, es decir, esto a mí me condiciona y voy a tener que regular y voy a tener que despedir a cinco, seis, ocho o quince o voy a tener que cerrar la empresa. Incluso, nos hemos encontrado con los casos, en que vienen lo representantes de los trabajadores y los sindicatos a protestar. Esas protestas tengo que decir, que nunca llegan a mi despacho y las tiene que asumir la jefa de servicio o las jefas de sección de disciplina, que tienen un mérito enorme, porque además de la dificultad jurídica de trabajo tienen que asumir ese plus. En esos casos, siempre tengo la idea de que hay mucho peligro, de que haya incluso, por parte del empresario haya colocada a la empresa en esa situación, porque le viniera muy bien practicar el victimismo y le viniera muy bien decir, los de medio ambiente, me han obligado a parar la producción tengo que despedir a quince trabajadores. Yo le digo a la gente de los sindicatos, nunca sean cómplices de un empresario pirata ambiental, porque lo será también en el aspecto laboral. Quien es pirata en una cosa, suele ser pirata en todo, por tanto, y son los primeros interesados en la viabilidad del puesto de trabajo, por la corrección de las normas ambientales. Hay casos muy conflictivos y hay casos muy difíciles, esos supuestos nunca se ha planteado la intervención judicial de la empresa y sería una solución. Hay casos muy grandes donde es muy difícil tomar esas medidas cautelares y creo que la intervención judicial prevista en el Código Penal, olvidada e ignorada está llamada a tener gran importancia, la fórmula que hay en España, es la de que no sea una intervención judicial, sino que el juez encargue a la administración la intervención. Por tanto, y resumiendo, ¿cuáles son los desafíos actuales con los que nosotros nos encontramos, ahora mismo y a la vista de todos? Para nosotros en España, los desafíos son: La restauración del daño que se ha producido. En materia de restauración, casi todas las sanciones imponen la obligación de restaurar. Esa obligación de restaurar, nosotros procuramos definirla y separarla muy bien de otras consecuencias jurídicas, como son las de la multa y la del daño. Por tanto, la multa puede ser una cantidad muy grande, otra es el daño que se ha producido y por tanto, hay ahí una indemnización que va al Estado, porque el Estado es el que vela por el interés público de medio ambiente. Otra cuestión distinta sería, el daño al propietario particular, si existiera un propietario particular, habría también un daño sentido. Pero, otra cuestión distinta es la restauración al Estado permanente. Nosotros, aun tenemos que mejorar mucho, porque decimos: obligación de restaurar y tiene tanto tiempo para restaurar, pero, todavía no tenemos efectivos para hacer el seguimiento de si se restaura o no se restaura. Todavía no estamos siendo eficaces en las multas

coercitivas que se prevén del 10% de la multa principal. Tampoco, hemos sido eficaces en la ejecución subsidiaria. Y, la ejecución subsidiaria es fundamental, con cargo, evidentemente, al autor. En este sentido, el Código Penal hace unas previsiones que tampoco se han utilizado y de las que tampoco se hace mención, que son las previsiones de que el juez adopte medidas de restitución con cargo al autor. Nosotros, con cargo al autor del daño, no solo imputaríamos la restauración, sino, incluso, el coste de medidas de inspección. Por ejemplo, contaminación atmosférica. Poner la caña en la chimenea de una industria, para medir, cuesta muchísimo dinero y las administraciones no tenemos dinero para adelantar estos servicios. Bien, tenemos previsiones para que eso también se impute como indemnización al término del expediente, al autor del daño, eso sí. Por tanto, restauración, importa mucho, daños también, la cuantificación de los daños importa mucho. Es el momento de los economistas ambientales en España. La cuantificación de los daños, es vital, para luego, determinar la gravedad de la sanción, porque la misma acción puede considerarse grave o muy grave, en función de los daños. Quien contamina, paga. Parece que sería un principio que recogería esto. Sin embargo, ya se ha quedado corto. No basta, quien contamina, paga y que se restituya y que se pague los daños, si no, que se trata de que, quien contamine, pague y que además, no sea rentable, porque si ha hecho un daño de mil y paga por mil, tiene, sin embargo, un beneficio de dos mil, en su actuación, no estaremos consiguiendo disuadir a esa persona de seguir contaminando. Existen ya previsiones en las leyes, en España, de que la multa se podría ir incluso, al doble del beneficio estimado por la acción. Es cierto, que hay autores que consideran que aquí nos hemos metido en un terreno resbaladizo, y todavía no ha existido una aplicación por parte de las autoridades administrativas. Pero, hago mención de ello porque esto importa...¹²²

También uno de los problemas que debe enfrentar el legislador en el tema del ambiente es que se trata de un concepto polisémico que, por lo tanto, en términos jurídicos, demanda una definición funcional. Para ello es necesario recurrir al artículo 50 de la Constitución Política, a partir del cual se erige como un derecho a cargo de todo ciudadano. Pero no es menos cierto que la Carta Magna no tiene una definición de ambiente, optando por plantear solo un derecho-deber.

Hay grupos de definiciones sobre lo que es el ambiente. Las hay amplias: que recogen la noción de ambiente natural y ambiente artificial. Para nuestros efectos no son del todo útiles, pues escapan al artículo 50 de la Constitución Política. Las hay

¹²² Ver: **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 33 del 3 de septiembre del 2002.

restrictivas, que reducen la temática a aspectos como el agua y el aire, peligrosamente limitantes; y las hay intermedias, que tienen en común el no incluir el ambiente artificial.

Las conductas culposas, así como la responsabilidad de las personas jurídicas, son temas siempre objeto de discusión en este tipo de regulación, lo que nos lleva al bien jurídico tutelado, pues su identificación determinará el grado de protección.

También sobre este tema hay varias corrientes: autónomas; dependientes de una lesión directa al hombre y las que se circunscriben a una tutela de la Administración ante el incumplimiento de normas administrativas.

Ante esa disparidad de criterios, se aboga por la intervención mínima del Derecho Penal, pero con sanciones penales ante hechos graves y destrucción del ambiente.

También no debe desdeñarse como positivo el darle categoría especial al ambiente, en un solo cuerpo normativo, reduciendo el espectro de leyes especiales.

Ahora bien, queda latente la duda de si se hizo un estudio de los tipos penales existentes, así como de leyes especiales, para definir las implicaciones de los nuevos tipos. Tampoco pueden llegar a ser tan amplios los tipos introducidos en el proyecto que se conviertan en inconstitucionales, ni tan específicos que se hagan inaplicables. Solo se deben llevar al Código Penal las conductas más graves, decisión que se debe adoptar previa consulta de criterios expertos¹²³. Analizamos ahora los tipos penales.

1. Bajo un ambicioso título identificado como “Explotación o destrucción de áreas ambientales protegidas y de recursos naturales”, inicialmente el proyecto retoma y sintetiza en el artículo 278 los incisos 2) y 3) del actual artículo 227 del Código Penal, denominado “Dominio público”, que es una proyección de los delitos contra la propiedad en el plano de bienes públicos, que por su carácter escaso son objeto de una tutela singular.

La normativa actual, con una pena relativamente baja de seis meses a dos años, reprime la explotación ilegal de bosques nacionales, así como de vetas, yacimientos, mantos y depósitos minerales en general.

El artículo 278 del proyecto va más allá, no solo elevando la pena a un rango de prisión de uno a cinco años, sino que además no cierra el ámbito de análisis de la conducta, pues establece la posibilidad de que si el hecho tipifica en algún ilícito más

¹²³ Algunas de estas líneas corresponden al criterio de: **Conferencia del Licenciado José Pablo González Montero y la Master Sandra Zúñiga Morales**, Delitos Ambientales, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 13 de marzo del año 2003.

grave, sea este el que determine el análisis del asunto, creando una singular especialidad normativa. La norma en cuestión indica lo siguiente:

ARTÍCULO 278: Explotación o destrucción de áreas ambientales protegidas y de recursos naturales

Quien, sin título o autorización, destruya cause daño a las áreas silvestres protegidas, áreas de protección, bosques y terrenos sometidos a régimen forestal, mantos acuíferos y depósitos minerales, independientemente de si trata de terrenos privados o del Estado, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.

Al autor o partícipe se le podrá imponer además, la pena de inhabilitación consistente en la suspensión de la licencia, permiso o autorización, para ejercer el oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho, de uno a tres años.

Es importante observar cómo la norma prevé las circunstancias cuya actividad no autorizada, pueden llevar a una destrucción o daño en primer término; y luego extiende la valoración de los hechos, no solo a su acaecimiento en terrenos del Estado sino también en terrenos privados.

Como ha sido identificado en forma reiterada en este análisis, la norma se ocupa también de señalar la inhabilitación para el autor o partícipe en el hecho, también de vital trascendencia o repercusión en estos casos, pues los que participan en los hechos reprimidos se ven movidos básicamente por un *modus vivendi* de ese tipo, que debe ceder ante un interés público mucho más importante, cual es la tutela de las riquezas naturales, circunstancia también proyectada a nivel de instrumentos internacionales. Ello nos muestra la importancia que esta materia ha alcanzado en nuestra época. Así, no se trata de un asunto de pose o de cosmética lectura de los hechos, sino de un asunto de supervivencia a largo plazo.

En ese sentido, vemos como atendible la regulación, la cual, sin embargo, debe ir de la mano de una previa ordenación sistemática y técnica de lo que es un manejo viable y responsable de los recursos naturales. Fuera de esa necesaria concatenación de esfuerzos, la norma podría tornarse en un ilícito más de difícil efectividad a nivel del proceso penal, al no darse las condiciones necesarias para su contraste con la realidad.

2. Al perfilarse normas tendientes a criminalizar actividades lesivas del ambiente y en general de las reservas naturales, quizás se hace difícil plasmar una multiplicidad de supuestos que comprenden no solo acciones típicas, sino también elementos si se quiere muy particulares de la materia, terminando por hacer difícil su aplicación. Es lo

que anticipamos en el marco de lo que es una visión muy clara de objetivos, pero de instrumentos incompletos. Ello lo palpamos en los artículos 279 y 280, intitulados, en su orden, contaminación de agua y aire y contaminación ambiental¹²⁴.

Las normas contienen una serie de elementos que obligarán primero al Ministerio Público y luego al juzgador a hacer remisión a otras fuentes, especialmente periciales para integrar la conducta examinada al tipo penal.

Es así como observamos remisiones reglamentarias y legales para definir el límite permitido en la manipulación de ciertas sustancias o en las concentraciones. Bajo diversas condiciones, lo que en un caso puede ser punible, en otro no lo será.

Se observan también conceptos muy amplios, como el “peligro de contaminación, destrucción o alteración”, así como “la salud, o la vida, sea animal o vegetal o de las personas”, por no remitirnos a qué debe entenderse pura y simplemente por “ambiente”.

Sin embargo detectamos aquí que lo que algún sector de la doctrina ve con recelo en materia de los llamados delitos de peligro, encuentra dada la naturaleza de las acciones y la materia involucrada, una justificación razonable pero que debe ser objeto de autocontroles, para no caer en un terrorismo ambientalista, llevado ahora a la jurisdicción penal con el apoyo de las agencias del sistema.

Lo descrito encontrará especial énfasis, cuando la norma posibilita el perseguir conductas donde se dice que se recurra a medios contaminantes de naturaleza nuclear o radioactiva; o como señalan las normas también, se argumenta que se sitúa afectando significativamente la economía o la actividad turística o lo que se denomina zona económica exclusiva.

¹²⁴ Tal el texto proyectado para ambas normas: ARTÍCULO 279: Contaminación de agua y aire
Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, quien libere, vierta, emita o abandone cualquier contaminante en las aguas continentales o insulares y en sus áreas de protección, así como en las aguas marinas y en el aire, sin contar con un sistema de tratamiento adecuado o en concentraciones que superen los niveles permitidos.
Si la conducta es cometida contra la zona económica exclusiva la pena será de veinticinco a doscientos días multa.

ARTÍCULO 280: Contaminación ambiental

Quien vierta, libere o abandone sustancias en cualquier estado, en concentraciones o niveles superiores a los permitidos por las leyes o reglamentos, con peligro de contaminar, destruir o alterar la atmósfera, el suelo o el subsuelo, cualquier tipo de aguas, playas, ríos, manglares, la salud o la vida, sea animal, vegetal o de las personas, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.

Si el hecho se realiza en alguna de las zonas o áreas protegidas a que se refiere el artículo anterior, la pena será prisión de tres a ocho años.

Igualmente se aplicará esta última pena cuando para realizar la acción descrita en el párrafo primero se recurra a medios contaminantes de naturaleza nuclear o radioactiva, o se afecte significativamente la economía o la actividad turística, como consecuencia directa de la acción. Los extremos de las penas previstas se incrementarán hasta en la mitad, cuando la acción se realice al amparo de una persona jurídica.

Loable es la prevención del legislador, pero insistimos en que ello debe ir de la mano de un esfuerzo más integral, de la dotación de medios necesarios a los encargados de hacer efectiva la norma, pues en caso contrario será muy factible que se caiga a nivel del proceso penal en una guerra de peritajes que, sumada a la actuación de juzgadores no especializados, produciría impunidad.

Interesante es la visión del proyecto de hacer una sanción indirecta con la agravante de abrir la posibilidad de incrementar la pena hasta la mitad, si la responsabilidad penal, que es personalísima, se configuró mediante la instrumentalización de una persona jurídica.

3. En una circunstancia que quizás pueda estimarse no debe encontrar respuesta en la legislación penal, observamos la previsión inicial del artículo 281 del proyecto, que castiga o criminaliza lo que se denomina contaminación sónica. Se propone el siguiente texto:

ARTÍCULO 281: Contaminación sónica

Quien produzca o genere sonidos en niveles que pongan en peligro o dañen la salud de las personas, será sancionado con pena de prisión de tres meses a dos años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.

Quien produzca o genere sonidos en niveles que pongan en peligro o dañen la vida vegetal o animal en áreas protegidas será sancionado con prisión de uno a doce meses.

Con una pena de cierta relevancia para el tipo de hecho involucrado, el primer párrafo reprime aquellas acciones que pongan en peligro o dañen la salud, dado el nivel de los sonidos que se produzcan. Obviamente nos encontramos ante una normativa cuya eficacia necesita de la intervención de peritos en la materia.

Cuando se produzca un daño, existirá la posibilidad de que la conducta sea reprimida por medio del tipo penal de lesiones, dado que el artículo mismo permite la aplicación de un tipo más grave.

Criminalizar este tipo de conductas representará, obviamente, un gran costo social, pues su ocurrencia es muy normal en las relaciones de vecindad o en las de la comunidad con ciertos tipos de giro comercial, por lo que, quizás, sería conveniente plantearse otros mecanismos de control, quizá de índole administrativa, que evitarían la respuesta penal, en la que las consecuencias son más graves. La prevención debe emanar de otros niveles y no instrumentalizar una vez más de manera indebida al Derecho Penal.

4. Por otra parte y en forma similar a algunos de los tipos contenidos en el Capítulo VII, de los “Delitos contra la salud”, contenidos en el proyecto de código, vemos trasladada a la preocupación por el ambiente, la criminalización visible en el artículo 282 del proyecto, bajo la denominación de “Trasiego de desechos o sustancias nocivas”. Establece dicho numeral lo siguiente:

ARTÍCULO 282: Trasiego de desechos o sustancias nocivas
 Quien, indebidamente, introduzca en el país, comercie, distribuya, transporte, almacene o mantenga en su poder cosas, sustancias, desechos o residuos, en cualquier estado, que por ser tóxicos o peligrosos puedan perjudicar el ambiente, la biodiversidad, el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave.

De la lectura de la norma parece desprenderse que lo que se castiga es simplemente la comisión de cualquiera de esas acciones, bajo la condición de que esa conducta se despliegue en forma indebida, esto es, no autorizada, por lo que, logrados los permisos del caso, se pueden introducir, comercializar, distribuir, transportar, almacenar o tener distintas cosas que podrían presentar una potencial lesividad, precepto que parece ajustarse a la realidad del mundo moderno, en el cual hay un amplio tráfico de todo tipo de cosas, especialmente ciertas tecnologías, que son necesarias para el giro de ciertas actividades.

5. Resulta ajustada a lo que se puede controlar con los recursos de que disponen las autoridades, la previsión contenida en los artículos 283 y 284 del proyecto¹²⁵.

Con el primero se vendría a castigar la explotación indebida de riquezas nacionales, entendidas estas como comprensivas de la flora, fauna y productos naturales en general. Aquí sí es consecuente el legislador, al hacer la distinción respecto de los otros actos autorizados, pues es bien sabido que el hombre aún en los

¹²⁵ El texto de dichas normas en el proyecto, es el que sigue: ARTÍCULO 283: Explotación indebida de riqueza nacional: Quien sin autorización extraiga, destruya, cace, pesque, comercie, importe o exporte productos, recursos naturales, flora o fauna protegidas, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si el hecho es cometido con violación de las fronteras de la (sic) Costa Rica, su espacio aéreo, sus aguas territoriales o mares adyacentes establecidos en la Constitución Política, la pena será prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 284: Drenado irregular : Quien sin permiso drene o seque lagos, lagunas no artificiales, humedales, ríos o sus brazos, siempre que no constituya un delito más grave, se sancionará con pena de prisión de seis meses a tres años.

albores del siglo XXI, debe buscar gran parte de su sustento en lo que la naturaleza le ofrece, siempre que se mantenga un equilibrio razonable.

Es importantísima la previsión contenida en esta norma, agravando la pena prevista respecto de la sustracción y caza internacional de nuestras riquezas ampliamente divulgada por los medios, pero frente a la cual en no pocos casos nos encontramos materialmente atados por falta de recursos, requiriendo paradójicamente la ayuda internacional de quienes son los principales perpetradores. Pero ello es la realidad derivada del subdesarrollo y el tercermundismo.

Enseguida, el artículo 284 criminaliza hechos cuya trascendencia, en la actualidad, quizás no justifiquen una punición, pero que debe entenderse en el contexto de la protección ambientalista y en el del afán de mitigar las consecuencias de una actividad reiterada y sistemática en ese sentido, pues creemos que sí deben existir ocasiones en que resulte necesario drenar o secar, prueba de ello es que la norma solamente castiga la acción sin permiso. Nos referimos al drenaje de las fuentes acuíferas señaladas en esa norma.

5. Llegado este momento, resulta necesario hacer un parangón entre la normativa vigente y esta posición que llamaríamos de avanzada del proyecto. Aquí resulta paradójico que en una ley muy reciente, cual es la Ley N° 8250, se mantiene aún esa visión del ambiente como un tema menor, sin importancia.

Así, vemos que en una tímida Sección VI, denominada “Medio ambiente”, en un artículo que mantiene los lineamientos de la legislación derogada, se sancionan con días multa hechos que en algunos casos son bastante lesivos al ambiente, queriendo reducirse el tema a violaciones reglamentarias o leyes especiales en temas tan delicados. El artículo en cuestión señala lo siguiente:

ARTÍCULO 272 Bis.- Será castigado con prisión de cinco a treinta días quien arroje o deposite en bienes del Estado, sean de la Administración Central, las instituciones descentralizadas o las corporaciones municipales, desechos materiales de cualquier tipo o sustancias que, por su peligrosidad o toxicidad, causen daño grave a la salud pública o al medio ambiente.

Igualmente hacemos mención de las superficiales previsiones contravencionales de los artículos 399 y 402 del Código Penal.

Fenómenos como este, en los cuales parecen coexistir dos posiciones tan opuestas para dar respuesta a un mismo problema, son sumamente interesantes para la Criminología. En este caso particular, pareciera que la vitalidad actual del enfoque

de protección al ambiente prevalecerá, dando mayor severidad a la respuesta y dejándose de lado soluciones tales como la contravencional, aun y cuando la reforma al Código Penal de Noviembre del año dos mil dos permitiría el uso de la prisión cuando no se pague la multa.

Q. Delitos contra la seguridad común

Otro fenómeno que ha azotado al país, pero frente al cual otros países nos han precedido, lo que permite afirmar que no se trata de una creación jurídica totalmente novedosa, es el crimen organizado.

Ya no median solo acuerdos informales o de circunstancia para cometer delitos, sino que los objetivos de cierta envergadura que se buscan, llevan a que algunos sujetos se organicen con miras a la comisión de hechos que constituyen figuras independientes o bien como afrenta a los grandes valores del orden constitucional, la salud y la economía nacional, además de afectaciones a la libertad individual y a la propiedad.

1. Debemos señalar que la norma prevista en el proyecto, a saber el artículo 285, goza de una cierta configuración sistemática, que asegura su efectividad ante la peligrosa comunión de esfuerzos en pro del delito o de desestabilizar las bases de la organización en sociedad. Para ello destacamos que se dan parámetros de mayor certeza para evaluar ese tipo de conductas y no como lo hace en la actualidad el artículo 274 del Código Penal, que únicamente relaciona el vínculo, la pertenencia al mismo y la intencionalidad de cometer delitos.

El numeral 285 propone el siguiente texto:

ARTÍCULO 285: Asociación ilícita

Será sancionado con prisión de tres a diez años, quien forme parte de una organización de dos o más personas, dedicada a cometer delitos que pongan en peligro el orden constitucional, la salud pública, la economía nacional, la tranquilidad de los ciudadanos en relación con la libertad individual, la propiedad de sus bienes o la seguridad registral.

La pena será de diez a quince años de prisión si la organización se dedica al tráfico ilícito de personas para la adopción, la prostitución, la servidumbre sexual o laboral; o dedicada a la violación de tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos.

Observamos ahora cómo se señalan algunas finalidades concretas que son las que pueden socavar las pautas mínimas de lo que debe ser la convivencia en sociedad y no la simple afectación a la tranquilidad pública, como se encuentra ubicada en la normativa vigente.

El mayor contenido injusto que se observa en ese tipo de actividades es palpado mediante una sustancial agravación de la pena, que es elevada de tres a diez años, frente al máximo de seis que priva en la actualidad.

Es atendible que el Estado procure disponer de instrumentos que aseguren la estabilidad de algunas vertientes de su línea de acción, pues no puede jamás verse con buenos ojos el que ciudadanos se vinculen en contra de esos valores. En última instancia es una respuesta a lo señalado en el artículo 25 de la Constitución Política, de modo que si desde las reglas máximas contempladas en la Carta Magna hay una prohibición en ese sentido, pues ya no estamos en el marco de la libertad de asociación. En ese momento es necesario que se adopten medidas básicas y se procure ordenar los instrumentos jurídicos de modo que se cumpla de la mejor forma ese objetivo.

2. Con lo descrito, luego, se hacía necesaria una distinción en función de la gravedad de los hechos, tendiente a crear en el tipo penal del terrorismo una respuesta expresa y más agravada a tan reprochable forma de manifestar inconformidades contra el orden establecido o formas distintas de pensar. A tal efecto, el proyecto plantea el siguiente texto:

ARTÍCULO 287: Terrorismo

Será sancionado con prisión de diez a veinticinco años quien cree el peligro común descrito en el artículo anterior, cuando tenga como propósito atemorizar a la población o a cierto grupo de personas; o producir represalias de carácter social, religioso o político; u obtener una medida o concesión por parte de una autoridad pública.

La misma pena se aplicará a quien recolecte o provea fondos para la realización de actos de terrorismo, así como a quien reclute personas con el fin de cometer actos terroristas.

Adicionalmente, la normativa se manifiesta como instrumento para la protección a los derechos humanos, al agravar la pena cuando se empleen formas de rechazo a lo que ha sido la voluntad general representada en el Estado. De igual forma es atendible que se agraven las penas para las organizaciones dirigidas a instrumentalizar como mercancía al hombre, lo que es una forma de atentar contra los derechos humanos de ciertos componentes débiles de la sociedad por ciertas circunstancias, como lo son los niños abandonados, las mujeres en situación social de riesgo, etc.

Así las cosas, vemos en el proyecto un ajuste a la realidad en este tópico, como pocos años atrás no había podido concebirlo el legislador en las reformas efectuadas

por Ley 8127 de 29 de agosto de 2001, publicada en La Gaceta N° 179 del 18 de septiembre de 2001 y, antes, por la Ley N° 7732 de 17 de diciembre de 1997, lo que representa igualmente un tema interesante de análisis criminológico en lo que atañe a la respuesta que debe dar el sistema jurídico-penal a las necesidades reales y trascendentes, a fenómenos que sí pueden afectar radicalmente el orden social y a la persona individual.

No se trata ya de que la sociedad reprima ciertas conductas mediante la creación artificial de delitos, sino de que el sistema responda, mediante la necesaria criminalización, a ciertas modalidades violentas de inconformidad.

R. Delitos contra la buena fe de los negocios

Encontramos una curiosa mención en un numeral ubicado en el Capítulo III del Título XII, de los “Delitos contra la fe pública”. Nos referimos concretamente al artículo 308, denominado “Fraude de emisión”, cuyo texto propuesto es el que sigue:

ARTÍCULO 308: Fraude de emisión

Será sancionada con la (sic) pena de prisión de dos a cinco años, la persona facultada para ordenar la confección o emisión, o para fabricar o emitir moneda, títulos o efectos, timbres, estampillas, y otros documentos mencionados en este título, que autorice, permita, o realice la fabricación o emisión en cantidades superiores a la autorizada, o en condiciones distintas de las convenidas o establecidas para el caso, o deje circular el excedente, siempre que ello pueda ocasionar perjuicio.

Esta norma viene a crear un tipo especial de autor, que cuando menos en este momento de y de acuerdo a nuestra visión del curso de ese tipo de actividades, no asume mayor trascendencia como para ameritar una criminalización.

Cuando se ha conocido la difusión en exceso de algún circulante, ya sean timbres, estampillas u otros, ha sido en condiciones por las cuales se acredita su evidente falsedad. Aquí, en cambio, lo que priva es una acción por la cual se autoriza o permite la circulación de valores auténticos, lo que se ve como una respuesta a una conducta que está afectando la seguridad y estabilidad de la moneda o el mercado en ese tanto.

A nivel criminológico nos encontramos ante una figura que si bien en otros contextos o necesidades podría justificarse, no pareciera ser el caso en nuestra realidad.

S. Delitos contra la función pública

Otras figuras novedosas que deben ser armonizadas con recientes iniciativas que apelan a la transparencia en la función pública, son las contenidas en el Capítulo Segundo del Título XII denominado de los “Delitos contra la función pública”. De especial interés son dos tipos penales que criminalizan dos extremos si se quiere de una misma conducta, cual es el trasiego o tráfico de influencias. Pretenden dar respuesta a una realidad que se oculta solapadamente pero que a todos los niveles se presenta de forma alarmante y en escalada.

En estos casos no solo la sociedad es ofendida, sino que existen particulares debidamente identificados que ven lesionada su situación.

Nos situamos nuevamente en la fórmula de pretender atacar un hecho harto notorio mediante el instrumento penal, hecho frente al cual las vías más expeditas deben ser los sistemas eficientes de control interno y no el Derecho Penal; más bien, dado el tipo de sujetos activos que aparecen involucrados en estos hechos, la intimidación que se puede lograr es escasa.

Así, vemos a los creadores del Derecho y a sus operadores oscilando una vez más entre la prevención y la represión.

No debe olvidarse tampoco que el segmento del servidor público y la estructura a la cual pertenece, generan artificialmente en no pocos casos las condiciones para que se den las conductas que ahora se quieren reprimir, de modo que encontramos, pues, otro elemento a tomar en cuenta, antes de pretender la inclusión de esos tipos penales como la panacea para combatir lo que se conoce popularmente como “favores” dentro de la Administración Pública.

1. El tráfico de influencias definido en el artículo 321 contiene, además de las acciones descritas, un listado pormenorizado de autores, lo que no debe llevar a la confusión de pensar que debe tratarse de eventos simultáneos, sino de una serie de posibilidades. El proyecto plantea el siguiente texto para el delito de tráfico de influencias:

ARTÍCULO 321: Tráfico de influencias

Quien directamente o por persona interpuesta, influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro, será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años.

Con igual pena será sancionado quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero, se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del Presidente o Vicepresidente de la República, de los Miembros de los Supremos Poderes o del Tribunal Supremo de Elecciones, del Contralor o Sub-Contralor General de la República, del Procurador o del Procurador General Adjunto de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor o Defensor Adjunto de los Habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

Es importante que con esta norma se abre la posibilidad de llevar a juicio por este ilícito a los máximos jefes de los poderes del Estado y de otros entes, al igual que a los cuadros de los partidos políticos, con cual se va un poco más allá de lo que han sido las tímidas resoluciones de los tribunales de ética a nivel partidista o de las malogradas comisiones especiales de la Asamblea Legislativa. Es una decisión de política criminal de gran trascendencia.

El Derecho Penal pretende afrontar lo que el denominado control político no ha podido, ante la pérdida de valores fundamentales de la clase política del país. Por ello, igualmente, parece buscarse algún efecto explícito al elevarse en un tercio la pena para esos eventuales autores.

2. El necesario complemento para la norma del tráfico de influencias, es el definido en el artículo 322 que tipifica el aceptar hacer uso de la prerrogativa que lleva a algunos de los actos definidos en el ilícito antes examinado. El texto proyectado para dicha norma es el que sigue:

ARTÍCULO 322: Aceptación de influencia

El servidor público que por haber cedido a una influencia, haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro, será sancionado con pena de prisión de dos a siete años.

Parece aceptable llamar la atención respecto del hecho de que se establecen máximos de pena diferentes para el funcionario que cede a una influencia y para quien influye, lo cual puede ser cuestionable.

No parecería válido fundar esa diferenciación, por ejemplo, en que el sujeto que ceda a la influencia sea funcionario, pues hay supuestos de autores que despliegan el acto de influir que también son servidores públicos. Nos parece que la respuesta del

sistema penal en lo referente al *quantum* de la sanción debe ser la misma tanto para el que influye como para aquel que cede a la influencia.

3. Esa consistencia que demandamos en el apartado anterior sí se observa, en cambio, en un nuevo tipo penal ubicado en el Capítulo III del Título XIII, denominado “Corrupción de servidores públicos”.

Hacemos referencia al numeral 334 identificado como “Soborno internacional”, en el cual se aplica la misma pena tanto para el que ofrezca la dádiva, retribución o ventaja, como a quien la reciba. El texto propuesto para esa norma es el detallamos enseguida:

ARTÍCULO 334: Soborno internacional

Quien ofrezca u otorgue, a un servidor público de otro Estado, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución u otra ventaja indebida, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas será sancionado con prisión de dos a ocho años.

La misma pena se aplicará a quien reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.

Este tipo penal es un paso importante en la respuesta ante hechos que generalmente se han mantenido ocultos hasta hoy. Esta incriminación plantea, sin embargo, serias dificultades a la persecución, no solamente por la particular falta de visibilidad de estas delincuencias y por su naturaleza de delito transnacional -con todas las dificultades probatorias que ello plantea-, sino también, en cuanto al párrafo segundo concierne, por las inmunidades diplomáticas y de otra naturaleza que pudieran plantear obstáculo; estas dificultades no deben, sin embargo, ser óbice para que la norma, por su importancia, sea sancionada, pues se trata de una iniciativa valiosísima para enfrentar una realidad vergonzosa, sobre todo en los países centroamericanos, cuyos servicios públicos adolecen con demasiada frecuencia de este tipo de criminalidad.

CAPÍTULO III

EL PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN EN EL PROYECTO, EVENTOS PARTICULARES Y TRATAMIENTO CONTRAVENCIONAL

No menos importante, no solo por oposición a un proceso de criminalización, sino por las valoraciones que llevan a una decisión de esa naturaleza, es el efecto contenido en el proyecto de código penal de dejar sin tutela, a nivel de la normativa represiva, a ciertas conductas.

De igual forma, hay eventos en los cuales ni el proceso mencionado ni el de descriminalización son tan claros, no obstante lo cual hay posibilidades de análisis.

Finalmente, es pertinente referirse al tratamiento del tema contravencional en el proyecto, en especial relación con la normativa vigente.

I. PROCESO DE DESCRIMINALIZACIÓN

Frente a lo que pudiera teorizarse como una decisión orientada, en el proyecto, a descriminalizar conductas incluidas en el actual Código Penal o en leyes especiales, tenemos que, en definitiva, las determinaciones son tímidas y no parece que se esté dando tendencia alguna hacia un minimalismo como el pretendido por algún sector de la doctrina y de nuestros juristas.

Sin embargo, es importante analizar aquellos casos en los cuales la decisión de descriminalizar sí se presentó en forma categórica.

A. Tentativa de suicidio

En este mismo contexto, ahora observamos una norma en la cual el redactor del proyecto sí se inclina por la descriminalización. Nos referimos al actual artículo 114 del Código Penal vigente, que tipifica la tentativa de suicidio. Si bien el tipo penal no conmina inicialmente a la prisión sino a una medida de seguridad, para llegar a una decisión de ese orden se debe pasar por todo el trauma del proceso penal. Con las deficiencias del sistema en cuanto al tratamiento de ese tipo de hechos, se termina agravando la situación personal del sujeto involucrado.

Sobre el tema del suicidio mucho se ha escrito, debiendo aquí señalarse que si bien nuestro país comparativamente arroja una tasa bastante baja de ese tipo de hechos, en los últimos años se ha detectado una escalada, alcanzando en el año 2002 una tasa de 6,8 suicidios por cada cien mil habitantes. Esa afirmación se complementa con el siguiente cuadro de tasas de homicidio a nivel mundial¹²⁶:

¹²⁶ Datos suministrados por la Organización Mundial de la Salud en su Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, año 2003, visibles en: **La Nación**, 22 de Junio de 2003, p. 5A.

FENÓMENO EN EL MUNDO

Costa Rica tiene tasas de suicidio y homicidio relativamente bajas. A escala mundial, en el año 2000 la tasa de suicidios por cada 100.000 personas fue de 14,5 y la de homicidios de 8,8. A continuación algunos ejemplos:

País	Tasa de suicidio (casos por cada 100.000 habitantes)
Lituania	51,6
Rusia	43,1
Kasajstan	37,4
Finlandia	28,4
Cuba	23
Francia	20
Japón	19,5
Estados Unidos	13,9
Nicaragua	7,6
Costa Rica	6,8*
Brasil	6,3
Colombia	4,5
Panamá	4,2
Filipinas	2,1
Kuwait	2

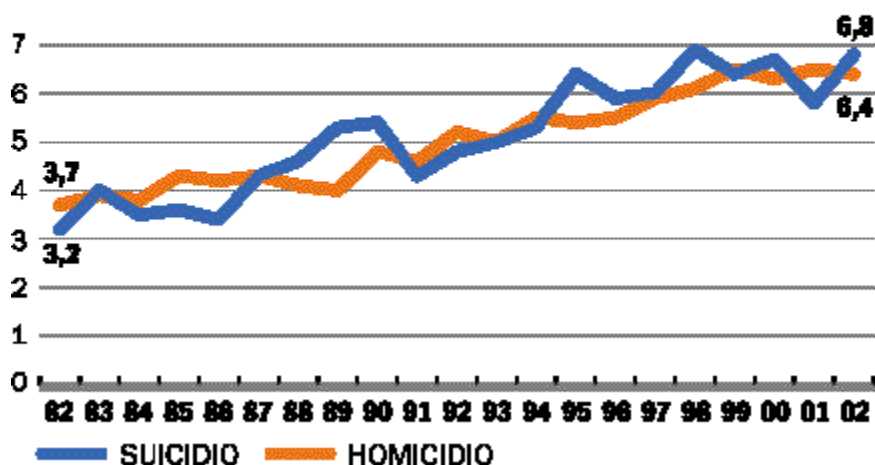
* El dato de Costa Rica corresponde al 2002 y el del resto de países al año más reciente disponible.

Más preocupante es la situación si es contrastada con la tasa de homicidios, observamos que las cifras son superiores.

Estas cifras se pueden palpar en el siguiente cuadro¹²⁷:

MÁS SUICIDIOS QUE ASESINATOS

Evolución de la tasa de suicidios y asesinatos en Costa Rica por cada 100.000 habitantes. En el 2002 en el país hubo 279 suicidios y 260 homicidios.



FUENTE: SECCIÓN ESTADÍSTICA DEL DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN DEL PODER JUDICIAL.

Retomando el tema del suicidio, el mismo es normalmente asociado al efecto último de cuadros depresivos de algún nivel que llevan al atentado contra la propia vida. Pero también hay personas que no estando deprimidas adoptan la fatal decisión.

En la Psicología el tema no es pasivo, existiendo acuerdo, eso sí, en que median no uno, sino varios factores que generan el deseo de causarse la propia muerte, produciéndose incluso nuevos intentos en ese sentido luego de no haber logrado el propósito.

Lo cierto es que desde la Filosofía, con discursos como los de Voltaire, Descartes y Kant sobre el sentido de la vida, pasando por los análisis desde el punto de vista del psicoanálisis, con Freud, la teoría sociológica de Durkheim, hasta el enfoque psicológico de Shneidman, que liga ese deseo de suprimir la vida con un esfuerzo conciente para suprimir un intenso sufrimiento, tenemos que el Derecho Penal no debe ser la instancia que se ocupe de este tema, si se trata de ocuparse directamente de la decisión del sujeto de autoeliminarse¹²⁸.

¹²⁷ Ibidem

¹²⁸ Se pueden ampliar conceptos sobre este tema en: Davidson, (Gerald C.) y Neale (John M.): Psicología de la conducta anormal, segunda edición, Limusa Wiley, México, 2000, pp. 298-310.

En el proyecto, como dijimos, la decisión de descriminalizar estas conductas es la correcta, debiendo orientarse la intervención hacia el tratamiento y hacia la prevención.

B. Duelo

Esta figura, que no es más que el resabio de concepciones caballerescas que aún prevalecían en las primeras décadas del siglo XX, no se justificaba ya al tiempo de la promulgación del código vigente y, menos aún, en la época actual; se trata, en definitiva, de un homicidio puro y simple.

Es así como en la actualidad se castiga con días multa la circunstancia del duelo (artículo 131); se llega a penar en el mismo contexto el duelo concertado y celebrado sin las condiciones que en cierta época fueron consideradas como necesarias para este tipo de desafíos. De igual forma se recogen las hoy curiosas figuras de la afectación moral por no haber aceptado el duelo, tanto si éste se produce como si no (artículo 134), el duelo concertado por un tercero con fines personales distintos a los de los combatientes, con penas si se quiere altísimas pudiendo alcanzar los veinte años de prisión si se produce la muerte de alguno de los intervinientes (artículo 135). También, se reprime al duelista que se desvincule de las condiciones en que teóricamente se debía celebrar el duelo, con efectos de lesión o muerte (artículo 136). Del mismo modo, se establecen condiciones para castigar a los padrinos, ya sea por maniobras alevosas en el proceso del duelo, o bien si negocian un duelo a muerte (ver artículos 137 y 138 del código vigente).

Las razones que tuvieron los redactores para descriminalizar estas conductas obedecen, creemos, a motivos de raigambre sociológica: cuando menos en nuestro país, nadie se baste hoy formalmente en duelo, observándose, si se quiere, una escalada de violencia que se refleja en el homicidio como respuesta a las disputas o al intercambio de agresiones mutuas que tienen ese efecto, pero son reacciones espontáneas y no concertadas.

Una de las vertientes de la descriminalización es el proceso de confrontación con la realidad, de modo que si una conducta reprimida ya no encuentra correspondencia con ésta, no existe motivo alguno para insistir en su inclusión en el elenco de tipos penales de un sistema. En ese contexto ubicamos el tema del duelo, por lo que vemos en la actitud de los redactores del proyecto una posición correcta en este particular, no habiendo razón alguna para revertir o descalificar esa propuesta.

C. Apología del delito.

Aquí el proyecto de código también da un giro sobre este particular, al eliminar del Libro II intitulado “De los Delitos” el ilícito previsto y sancionado en el artículo 276 conocido como “Apología del delito”, sancionado en forma alternativa con prisión o día multa.

No existe referencia expresa en el expediente legislativo a las razones que pudieron haber motivado al redactor para descriminalizar esta conducta, al igual que en otros casos similares, pues la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa concentró más su labor en los contenidos del nuevo texto, que en aquellas conductas que se estaban dejando de lado. No obstante ello, cabe cuestionarse, de cualquier manera, si debe ser permisible la alabanza de hechos valorados negativamente por la sociedad en las normas represivas. Bastará sólo como un ejemplo del Derecho comparado que aporta elementos de interés en relación a algunas tendencias en otros ordenamientos jurídicos, el caso del proyecto de reforma a la Ley sobre la libertad de prensa francesa que busca criminalizar el negacionismo o el revisionismo¹²⁹, conductas ya no activas sino, de alguna manera, omisivas que se han dado especialmente después del proceso contra Klaus Barbie¹³⁰.

II. Proceso de criminalización parcial en el proyecto de Código Penal

Existen otros eventos en el proyecto de código penal, en los cuales no es claro si media una voluntad de los gestores de la iniciativa tendiente a ampliar la intervención mediante el uso de la normativa represiva. También se dan casos en los que, si bien no hay un cambio radical respecto de las previsiones vigentes, sí se introducen algunos matices. En concreto analizamos algunos supuestos de interés.

A. El abandono por causa de honor

La conducta prevista en este tipo penal, que en el artículo 143 de la normativa vigente se denomina “Abandono por causa de honor” y con el cual se reprime en forma leve y con gran carga moral, el abandono con motivo del alumbramiento producido en el contexto de concepciones no deseadas o truncadas en sus motivaciones, tiene su especial tratamiento en el proyecto. Si después se produce la muerte o el daño al menor la pena se agrava, pero sin alcanzar los niveles de las penas para el homicidio o las lesiones.

En el proyecto, en el artículo 145, se prescinde de las connotaciones de índole moral que permiten atenuar el castigo de estas conductas en el código vigente,

¹²⁹Les Nouvelles du Sénat [en línea], París, 2004. Disponible en <http://www.senat.fr/Leg/ppl03-099.html>

¹³⁰Legrain (Michel): Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaires Le Robert, París, 1995, voces “négationniste”, “révisionnisme” y “révisionniste”.

umentando más bien el nivel de criminalización del hecho, con el fin de llevarlo a su justa dimensión. Repasamos el texto del artículo proyectado:

ARTÍCULO 145: Abandono atenuado.

La madre que abandone a su hijo de hasta tres días de nacido, a causa de motivaciones que alteren su estado anímico y que las circunstancias hagan explicable, será sancionada con la pena de prisión de un mes a un año.

Antes, en el artículo 144 del proyecto, concretamente en el párrafo segundo, se eleva la pena cuando el abandono es perpetrado por los padres sin ningún atenuante, superando la previsión del actual artículo 142. La atenuante, como vimos, solamente se produce a favor de la madre en el artículo 145 del proyecto, donde si bien no se descriminaliza la conducta, la misma es objeto de alguna consideración si median realmente alteraciones en el estado anímico de la madre, incluido todo el rigor conceptual del análisis de las circunstancias en que se dio el hecho. Así, los redactores del proyecto cambian el matiz en el análisis de la situación y dejan de lado los conceptos de doble moral inmersos en la legislación vigente¹³¹.

Está claro que esta amplia protección de las personas menores de edad se da en el marco de la aplicación del principio del interés superior del niño contenido en diversos instrumentos internacionales ratificados por el país¹³², lo mismo que, por ejemplo, en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

La propuesta del proyecto es la más consecuente con esa realidad ineludible, lo que debe ir de la mano con políticas sociales en materia de asistencia a madres adolescentes y a hogares de bajos recursos, de modo que se reduzcan las causas que generan este tipo de hechos. Existe una corresponsabilidad de la sociedad en esos hechos, donde la respuesta del sistema penal no debe ser la única.

B. Delitos contra la dignidad: el caso de la tortura

Por Ley N° 8189 del 18 de diciembre del año 2001, se vino a castigar con pena de tres a diez años lo que se define en el artículo 123 bis como “Delito de tortura”. Esa previsión se inspira, como se desprende de su contexto y de la justificación contenida

¹³¹ El texto del artículo 144 del proyecto es el que sigue: ARTÍCULO 144: Abandono de menor de edad o incapaz

Quien coloque en estado de desamparo físico o abandone a una persona menor de edad o incapaz de valerse por sí misma y a la que deba mantener o cuidar o a la que él mismo haya incapacitado, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años. La pena será de uno a cinco años de prisión, si el abandono es realizado por los padres, los tutores o guardadores legales de la persona menor de edad o incapaz.

¹³² En tal sentido, ver los artículos de la Convención sobre los derechos del niño.

en el proyecto, en los instrumentos internacionales que conminan a una regulación especial sobre este tema en cada ordenamiento interno¹³³.

El texto de la norma vigente es el que sigue:

Artículo 123 bis.- Tortura. Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil. Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones.

Es importante que la norma citada no establece como únicos sujetos activos a los agentes de policía o a los servidores públicos en general, cosa que se desprende de que la comisión del ilícito por individuos investidos como funcionarios públicos implica no más que la agravación de la pena.

Dejando de lado un análisis minucioso de las bondades o inconvenientes de un tipo penal de esta naturaleza, que en última instancia lo que hace es regular eventos cuyo acaecimiento no se puede excluir, se puede decir que su ubicación en el proyecto de código dentro de los “Delitos contra la dignidad” es consecuente con la copiosa normativa internacional en esta materia; se prescinde de la finalidad y el contexto en que se realicen ese tipo de actos, por lo demás harto reprochables, para detenerse en el bien jurídico por excelencia: la dignidad humana. El texto de la norma proyectada es el que sigue:

ARTÍCULO 201: Tortura

Quien ocasione a una persona dolor, tormento, o sufrimiento físico o psíquico, con el propósito de obtener información o una confesión, como intimidación o como castigo, siempre que el hecho no constituya un delito más grave, será sancionado con pena de tres a diez años de prisión.

Si la conducta anterior es cometida por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión y además se le impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos de seis a doce años.

¹³³ La normativa en cuestión, corresponde básicamente a la Convención para prevenir y sancionar actos de terrorismo.

La alternativa en la criminalización elegida por los redactores del proyecto nos parece la más correcta, al ubicar el hecho no dentro de uno de los tantos atentados posibles contra el bien “vida”: a nivel de sistemática jurídica, es más acorde la elección planteada respecto a la tutela del bien jurídico de la dignidad humana y no como lo hace el Código Penal en la actualidad, al situarlo como una forma más de lesión. Problema aparte es la singularización de los distintos supuestos de la norma, pero ello es tarea de la puesta en práctica del tipo penal, consecuente con los instrumentos internacionales. No está de más señalar que la norma puede generar algunas complicaciones dada la vaguedad de algunos de sus conceptos.

C. Delitos contra el honor y el crédito público

En esta materia se mantiene el esquema tradicional de protección, sobre la base de las figuras de la injuria, la calumnia y la difamación, observándose dos precisiones que es conveniente destacar en el tema de la criminalización y la descriminalización, visibles en el Capítulo II del Título IV.

En primera instancia, lo que quizás para algunos puede ser un asunto meramente de semántica respecto del ilícito de la publicación de ofensas del artículo 152 del Código Penal vigente, presenta algunas particularidades, por obra de dos tipos penales contenidos en el proyecto, que transcribimos enseguida:

ARTÍCULO 208: Publicación de ofensas

La pena será de cien a doscientos días multa, cuando alguna de las conductas previstas en los anteriores (sic) de este capítulo se realice con publicidad por medio la imprenta, la televisión, la radiodifusión, redes de información o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

ARTÍCULO 209: Reproducción de ofensas

El que reproduzca por los medios indicados en el artículo que antecede, ofensas al honor o al crédito público, inferidas por otro, será sancionado con pena de cien a doscientos días multa.

De acuerdo al esquema vigente, tendríamos al artículo 152 de la actualidad incluido en el nuevo numeral 209, como una forma de reiteración del tipo tradicional. Es claro que el tipo penal proyectado introduce un acento particular en los medios de comisión que detalla, a saber cualquier medio de comunicación colectiva habido o por crear, tal y como se deriva de la última frase: “cualquier otro medio de eficacia semejante”.

A nuestro juicio, tal y como se deriva del aumento de la pena respecto de los otros tipos penales, lo que detectamos en el tipo penal en estudio no es en sentido

estricto una nueva forma de criminalización sino un agravante puro y simple, derivado del medio de comisión, que tiene un efecto lesivo más amplio sobre el honor y el crédito público que el logrado con la sola comunicación al ofendido.

Bajo esa perspectiva, consideramos innecesario el ampliar el catálogo de ilícitos con un hecho que simplemente debe contemplarse como una agravante y no llevar a equívocos o a complicados razonamientos sobre el tema del concurso de delitos.

En relación con el tema de las ofensas, tomó el redactor la decisión de trasladar la previsión contenida en el artículo 154 del Código Penal vigente a un artículo más largo que detalla todas las circunstancias en las que se excluye el delito en los casos regulados en este capítulo de los delitos contra el honor y el crédito público, específicamente al inciso quinto del numeral 210, lo cual hace más sistemática y ordenada la redacción en lo concerniente a este punto.

Esta norma es de gran importancia en materia de política criminal, pues da las pautas mediante las cuales se deja claro qué conductas quedan, precisamente, excluidas de la persecución penal.

Señala la norma propuesta lo siguiente:

ARTÍCULO 210: Exclusión de delito.

Las conductas descritas en los artículos anteriores de este capítulo no son punibles, en los siguientes casos:

- 1) Si la imputación es verdadera y está vinculada con la defensa de un interés público actual.
- 2) Cuando se trate de la publicación o la reproducción de informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público, ofensivas al honor o al crédito público, vertidas por otros medios de comunicación colectiva, por agencias de noticias, por autoridades públicas, o por particulares con conocimiento autorizado de los hechos; siempre que la publicación indique de cuál de estos proviene la información.
- 3) Si se trata de juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional.
- 4) Si se trata del concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestren un propósito ofensivo.
- 5) Las ofensas contenidas en los escritos presentados o en las manifestaciones o discursos hechos por los litigantes, apoderados o defensores ante los Tribunales, y concernientes al objeto del juicio. Estas quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias que correspondan.

El Dr. Chirino, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa y haciendo eco de las voces promotoras del proyecto, destacó algunos aspectos medulares en ese nuevo discurso, que podemos resumir de la siguiente manera:

1. el tema del interés público actual, como excluyente de la persecución penal;
2. el tema de la denominada real malicia;
3. los juicios de valor y las críticas; y
4. los intereses de privacidad e intimidad.

Bajo esa tesitura, por ejemplo, no podrían quedar excluidos del proceso penal aquellos asuntos en los cuales exista una desproporción entre el derecho a la privacidad y el derecho de la información por actividades periodísticas que se alejen de esos parámetros y que, por lo tanto, van a encontrarse revestidos de las características propias de los hechos dolosos. En esos casos, señala el Dr. Chirino, las conductas serían dolosas y, por ello, punibles. Claro está, él mismo reconoce la ambigüedad de algunas de esas pautas, como el concepto de “interés público actual”, lo que exigirá en definitiva, una labor del juzgador ante casos concretos.

De alguna forma, la preocupación que se refleja en los trabajos de la Comisión y, en general, en todos los intentos normativos que buscan ocuparse de este tema, tiene que ver con el conflicto entre la protección del honor del individuo y la no imposición de barreras al ejercicio de la labor del periodista.

En este punto es dable recordar las palabras del Dr. Chirino en la Comisión de Asuntos Jurídicos:

“ ... He visto que, en las discusiones que hemos tenido, sobre este tema en diferentes foros, hay una gran susceptibilidad, pero en el fondo, la susceptibilidad no la veo en cuanto a la línea político criminal de este o cualquier Código Penal, sino el interés de los señores y señoras periodistas, de que el tema de la responsabilidad penal de los periodistas quede fuera de la acción del derecho penal y que sea, pura y exclusivamente responsabilidad civil.”¹³⁴

La confrontación, entonces, se da en el tanto en que con la normativa penal se busca tutelar, en este caso específico, los bienes jurídicos “honor y crédito público”, frente a la pretensión de los periodistas de que su lesión genere sólo reparación

¹³⁴ **Asamblea Legislativa**, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 72 del 26 de marzo del 2003.

pecuniaria. Así, el derecho a la información llevado al máximo, se situaría en posición privilegiada frente a aquellos bienes jurídicos.

Es un tema delicado, con la eterna pugna entre los intereses individuales y los públicos, como bien lo señala el Dr. Chirino en las siguientes palabras ante la Comisión de Asuntos Jurídicos, que, por su importancia en la conformación de la opinión de los que promueven el proyecto, transcribimos:

“ ... establecer un bien jurídico mucho más amplio que el Honor o el Crédito Público, llevaría a pensar de que no estamos hablando aquí de un bien jurídico individual, particular de instancia privada, sino que estamos hablando de un interés público y la protección de ese interés público, llevaría a una difícil ponderación, a un difícil equilibrio, entre los intereses particulares, que evidentemente se pueden proteger, cuando a alguien le hacen una imputación de hechos falsos, como lo es el caso de la Difamación o en el caso, (sic) hacer la diferencia con la ponderación cuando alguien hace uso de los medios de prensa para afectar el sistema democrático. Cuando se utiliza la prensa para generar, por ejemplo, una conmoción pública o un daño a la credibilidad de los sistemas de Gobierno. En ese caso, entonces los medios de prensa, no son otra cosa más que un instrumento de batalla en una guerra civil planteada contra el Estado de Derecho. Pienso que esto (...) llevaría a la idea del bien jurídico a un momento o a un estadio de la discusión donde todavía no está. Es decir, en este momento la discusión sigue siendo el derecho individual, el honor.”¹³⁵

Solo agregaríamos, entretanto, que la protección del Derecho Penal al honor se mantendrá incólume y, cuando menos teóricamente, se pretende dar instrumentos para que el sujeto particular no se sienta en inferioridad de posibilidades frente al medio de comunicación.

Así, en definitiva, con los artículos 208 y 209, se castigaría la comisión de los ilícitos integrantes del capítulo sobre la tutela del honor y del crédito público por cualquier medio de comunicación; de igual forma se procedería si se reproducen ofensas inferidas por otro.

También es importante mencionar que en el proyecto se descriminaliza la denominada “denuncia calumniosa”, prevista por el artículo 319 del Código Penal vigente, que conviene retomar rápidamente para la comprensión de lo que se dirá:

ARTÍCULO 319.- Denuncias y querrela calumniosa y calumnia real. Será reprimido con prisión de uno a seis años el que

¹³⁵ **Ibidem.**

denunciare o acusare ante la autoridad como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o simulare contra ella la existencia de pruebas materiales. La pena será de tres a ocho años de prisión si resultare la condena de la persona inocente.

Una explicación para que se desestimara la persecución de esta conducta la da el Dr. Chirino en su comparecencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, la cual podríamos resumir de la siguiente manera:

- a. es una conducta concentrada en un ejercicio procesal;
- b. si el efecto es la inocencia del denunciado, lo que se puede producir potencialmente es un daño, que lo que genera es responsabilidad exclusivamente de orden civil;
- c. se quiere evitar la incursión en el proceso penal, tanto para víctimas como para victimarios, luego de haber pasado idéntico curso ante la denuncia falsa.

Es importante analizar si esas razones, en cuanto correspondiere, son o no son igualmente válidas para los otros delitos contra el honor y el crédito público, como para entregarlos también solo a la reparación civil y dejar de lado la tradición sobre este tema.

Claro está que si la posición es privilegiar una tutela al bien jurídico *honor*, al ubicarlo en un sitio importante en el marco de un Estado de Derecho y tomando en cuenta los efectos irreparables derivados de una lesión al mismo, la protección penal se impone.

En este, como en otros casos, se trata de una tutela de bienes jurídicos importante; se debe buscar en este tema un equilibrio entre el honor y la libertad de expresión y su ejercicio, por ejemplo, mediante de los medios de comunicación.

III. Proceso de Descriminalización Parcial

Al igual que en la sección precedente, en este apartado nos referiremos a algunos casos en que la descriminalización no operó de manera completa, sino parcial.

A. Lesiones consentidas

Otra posición manifiesta de los redactores del proyecto en el marco de la descriminalización, la observamos respecto de la conducta regulada por el actual delito de lesiones consentidas, visible en el artículo 129 del Código Penal, que no se encuentra regulada en el proyecto.

Inicialmente vemos que la actual previsión se tiene como innecesaria, pero encuentra su razón de ser en el afán, quizás, de no llevar a equívocos, en el contexto

de los distintos tipos de lesiones contenidos en el Código, en consonancia con lo que la doctrina dispone.

La figura en cuestión contiene elementos positivos por loables, cuya consecuencia es la de que sean atípicas algunas de las formas de causación de lesiones señaladas en el Código. Nos referimos al consentimiento y al beneficio para la salud de otros.

Al excluir la figura, los redactores del proyecto optan por la solución más lógica y técnica, de la cual se infiere que el menoscabo que deriva de las lesiones leves, graves, gravísimas y culposas, por sí solo, riñe con cualquier consentimiento racional y mucho menos con un beneficio para la salud tolerable en esas circunstancias.

En conclusión, lo más acorde es la propuesta contenida en el instrumento que analizamos.

B. Contagio venéreo

En la corriente descriminalizadora vemos la exclusión relativa del contagio venéreo, previsto actualmente en el artículo 130 del Código Penal, previsión que refleja en gran medida la visión conservadora del legislador de principios de los años setenta: dada la deshonra que supone la denuncia de un ilícito de este tipo, se admite la persecución sólo mediando instancia privada, lo cual parece contraponer un bien jurídico de interés para la colectividad con ese interés particular.

Pues bien, en el proyecto se opta por excluir inicialmente en forma explícita ese tipo penal, pero en el artículo 159 se establece una estipulación más técnica que podría dar cabida a lo contenido en el ilícito del contagio venéreo. Analizamos el texto proyectado:

ARTÍCULO 159: Propagación de enfermedades infecto-contagiosas

Se impondrá prisión de tres a dieciséis años a quien conociendo que está infectado con alguna enfermedad infecto-contagiosa que implica grave riesgo para la vida, la integridad física o la salud, infecte a otra persona, en las siguientes circunstancias:

- 1) Donando sangre o sus derivados, semen, leche materna, tejidos u órganos.
- 2) Manteniendo relaciones sexuales con otra persona sin informarle de la condición de infectado.
- 3) Utilizando un objeto invasivo, cortante o de punción que haya usado previamente en él.

Si bien en la mentalidad del artículo 130 vigente no vemos implícita la noción de un grave riesgo para la vida, integridad física o salud, pues las enfermedades de

transmisión sexual típicas, por lo menos de acuerdo a nuestros estándares de salud y atención médica actuales, no producen efectos nefastos como en épocas pasadas o en países con carencias en ese sentido, es lo cierto que el contenido general de esa norma puede tener cabida en el proyecto.

Pero la importancia del artículo 159 es que ese hecho resulta ser una posibilidad más dentro de los distintos supuestos punibles, no asumiendo una visión particular o estigmatizante como en la actual formulación y dejando ya de ser un ilícito perseguible solo a instancia privada.

Retomando el contenido del numeral 159, observamos claramente que se inscribe en una preocupación derivada, en las últimas décadas, del imperio de ciertas enfermedades para las cuales la cura no es inminente. Ejemplo rector de la línea del tipo penal es el sida.

Así, vemos al proyecto dando un carácter operativo a la política criminal, en defensa de la salud individual y pública, por los efectos potenciales derivados de un efecto masivo en la propagación de esos males.

Mucho se discutió en los medios académicos jurídicos con la llegada de una enfermedad tan explosiva y temida como el sida, sobre la propagación irresponsable del mal, sobre si tenía el carácter de enfermedad venérea y sobre aquellos casos en los cuales se daba la transmisión ya no por medio de relación sexual, sino por cualquiera otro, dudas, todas, que vienen a ser despejadas con el tipo penal proyectado, que también tiene la virtud de prever, con su amplia formulación, la comisión del ilícito mediante la propagación de enfermedades novedosas que pudieran darse en el futuro.

C. Rapto

Dentro del Título III, de “Delitos sexuales”, una sección completa es objeto de una perspectiva tendiente a la descriminalización en el proyecto de Código Penal que aquí examinamos.

Nos referimos a la Sección II, denominada “Rapto”, donde los tres tipos penales ahí descritos asumen una visión muy distinta a la que tuvo el redactor del Código Penal de 1970, al dejar de lado una serie de valores morales insertos en los delitos de rapto regulados en la normativa vigente, que la realidad actual ha superado.

En última instancia, los ilícitos del rapto propio (artículo 163), rapto impropio (artículo 164) y rapto con fines de matrimonio (artículo 165) lo que comportan es una limitación a la libertad individual, como bien lo define el numeral 165 al posibilitar la disminución de la pena si es restituida la libertad del raptado.

Así, ubicándonos en los tiempos en curso, en el proyecto ya no se ve motivo alguno para seguir manteniendo criterios morales para atenuar una real intención sexual.

El sistema opta por excluir de su elenco de ilícitos penales esas figuras, pero no creemos que deja desprovista de protección a la mujer eventualmente agraviada por una acción de ese orden, pues consideramos que el fin libidinoso, como cualquier otro que excluya una remuneración, estaría claramente comprendido dentro del ilícito de privación de libertad del numeral 176 del proyecto, con pena similar a la contemplada en los tipos penales del rapto. Además, las mismas figuras que agravan contenidas en el rapto propio, vendrán a estar comprendidas también en las de privación de la libertad.

Vemos una clara visión en los redactores del proyecto, modernizando lo que debe ser la forma de afrontar ciertas conductas que, en todo caso no vemos que sean tan frecuentes como para que ameriten una persecución particularizada, como lo hace el sistema en la actualidad. Tampoco concebimos que en el tiempo en que se incluyeron esos ilícitos en el Código Penal vigente, estuvieran a la orden del día tal tipo de conductas, pero el sistema, queriendo guardar ciertos valores aún imperantes, quizás pretendió salvaguardar las apariencias, papel que no debe desempeñar un sistema penal serio y coherente.

Ello queda corroborado de alguna manera con el hecho de que el artículo 166 del código vigente solo admite la persecución mediante acción pública, si median las circunstancias agravantes o calificantes del delito de violación, de modo que en definitiva esos hechos de seguro encontrarán solución fuera del sistema penal, por lo que carece de sentido mantener el estado actual de regulación, debiendo optarse por la vía del proyecto.

D. Conspiración

En forma consecuente con el discurso anterior, el proyecto de código suprime el delito de “conspiración” previsto en el artículo 300 de la normativa vigente. En el texto en vigor, se castiga a los que se confabulan en un número superior a tres para cometer el delito de rebelión, es decir, quienes planean y llevan adelante acciones tendientes a cometer aquel otro ilícito. La pena es de uno a cinco años.

Creemos que los redactores del proyecto podrían estar concibiendo el cubrir esos supuestos con el delito de asociación ilícita, al incluirse dentro de la peligrosidad de su existencia, la lesión potencial al orden constitucional. De igual forma podrían

considerar comprendida a la conspiración dentro de la tipificación de delito de “rebelión” proyectado y al que ya hicimos comentario (artículo 373).

Finalmente, el actual artículo 301 del Código Penal, identificado como “Seducción de fuerzas de seguridad” es objeto de un ligero matiz en el proyecto, en virtud del cual no puede predicarse que esté mediando una descriminalización total de la conducta.

El numeral en cuestión penaliza la seducción o usurpación de fuerzas de seguridad, así como la retención ilegal de un mando político, mientras que el proyecto, de una forma más coherente, realista y técnica, varía el contenido del tipo penal y le otorga así certeza en su persecución.

En ese sentido, al ordenarse la tipificación de una conducta, estimamos que debe hacerse con miras a lograr su puesta en práctica en el evento de acontecer los supuestos de hecho que comprende y no representar un mero texto.

En la actualidad, el concepto de “seducción” de una fuerza de seguridad es particularmente poco claro y fácilmente puede llevar a equívocos que harían difícil la persecución. El proyecto, en cambio, hace más factible ese objetivo, primero clarificando el ámbito del tipo al denominarlo “Insubordinación” en el artículo 377. Luego, varía el concepto de “seducción” y lo lleva a la noción de “incitar”, lo que se adecua además a la real intención involucrada en estos delitos¹³⁶.

También se omite en el proyecto la referencia explícita a la insubordinación en un buque o avión contenida en el texto actual.

Pero lo más correcto en el proyecto, es utilizar la forma genérica del concepto de “fuerzas de seguridad”, con el fin de no producir equívocos. De igual forma, el proyecto para ser consecuente con su discurso, excluye en este tipo penal, la eventual comisión del delito de motín, que elimina de su tipología como vimos líneas atrás.

Es mucho más preciso que el código vigente al asignar una pena concreta a este ilícito y no sujetarla a la remisión a otros delitos. Se deja de lado así la fórmula incierta de fijar primero si se trata de cometer una rebelión o un motín. Ello en definitiva no ocurre en el resultado de la fórmula vigente, estableciendo la mitad de la pena de prisión para el delito, a partir de una referencia al delito de rebelión.

¹³⁶ Establece el texto del artículo en cuestión: ARTÍCULO 377:Insubordinación. Quien incite a las fuerzas de seguridad de la Nación o usurpe su mando o retenga un mando político, para cometer una rebelión, será sancionado con pena de prisión de uno a cinco años.

Se trata de una solución práctica y sin complicaciones innecesarias que, como hemos dicho, lo que procura evitar es la impunidad derivada de un tipo penal estéril e ineficaz por sus deficiencias internas.

IV. Situaciones Particulares

De igual forma, analizamos enseguida otros acercamientos a determinados tópicos que hace el proyecto de Código Penal, que ameritan un detalle particularizado.

A. El Homicidio a ruego

Es interesante cómo el redactor del proyecto, si bien no autoriza la eutanasia, establece sanciones blandas contra conductas como las previstas en el numeral 122, cuyo texto citados de seguido:

ARTÍCULO 122: Homicidio a ruego
 Quien mate a un enfermo cuya condición grave e incurable lo lleve a pedir su muerte en forma inequívoca, seria e insistente, aunque medie vínculo de parentesco, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años.
 Quien con las motivaciones mencionadas en el párrafo anterior ayude a un enfermo a cometer suicidio, será sancionado con pena de prisión de hasta un año.

También observamos en dicha norma que se establece la criminalización a cargo de quien ayude a un enfermo terminal a cometer suicidio, lo que en principio va de acuerdo al sistema de valores en general imperante en nuestra sociedad, por lo que no resulta contraproducente. Pero, la norma proyectada es clara al consignar en tal supuesto, que la pena será de hasta un año, consecuencia del menor grado de reproche de esta conducta.

Del castigo previsto por el tipo y de la formulación que este tiene, se deriva que hechos de esta naturaleza son considerados por el redactor como de mínima gravedad, pues pueden llevar a sanciones incluso de sólo días de prisión, lo cual debe ser complementado con la figura del perdón judicial desarrollado en el proyecto, concretamente para el caso, en el inciso tercero del numeral 95, que detallamos a continuación:

ARTÍCULO 95: El perdón judicial
 También extingue la pena, el perdón que en sentencia pueden otorgar los jueces a la persona condenada, previo informe de peritos si lo estiman necesario, en los siguientes casos (...)
 3) A quien en caso de homicidio a ruego, se compruebe que accedió a reiterados requerimientos de la víctima y el propósito además fue el de acelerar una muerte inevitable...

Está claro que la doctrina no es pasiva al respecto, pues ha habido grandes discusiones que han girado en torno de la fuerte oposición de aquellos que al analizar el tema basan sus argumentos en el concepto de vida como un valor absoluto, frente a quienes fundan sus propuestas de descriminalización en el derecho de las personas a morir dignamente cuando una enfermedad, en determinadas circunstancias, les inflija sufrimientos que, consideran ellos, no puede encarar el ser humano sin ver menoscabada su condición de tal¹³⁷.

B. Delitos contra la libertad individual

El Código Penal vigente tipifica el ilícito de la “Privación de libertad sin ánimo de lucro” en el artículo 191 y establece una serie de formas agravadas en el artículo 192, en las cuales hay un incremento sustancial en la pena; más adelante, en el artículo 215, se establece la figura del secuestro extorsivo, en la cual la acción del autor está revestida de ciertas motivaciones específicas que la norma prevé.

1. El proyecto, en forma más coherente, opone la privación de libertad pura y simple al secuestro, que es definido por la limitación de la libertad, sujeta a la exigencia de cualquier condición, incluidos, claro está, el lucro o la contraprestación. Para ello, primero se establece la figura de la privación de libertad con el siguiente texto:

ARTÍCULO 176: Privación de libertad
Quien prive de su libertad a una persona, será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años.

Luego, para el tema del secuestro, establece la siguiente relación normativa, primero en lo relativo al secuestro como figura genérica:

ARTÍCULO 178: Secuestro de personas
Quien secuestre a una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será sancionado con pena de prisión de diez a quince años.

¹³⁷ Algunas referencias a favor y en contra de la muerte asistida, pueden encontrarse en la siguiente bibliografía: Agostino (F.D.) **Eutanasia, derecho e ideología**, Anales Cátedra F. Suárez, 1977, pp. 363-380; Ansuategui Roig (Francisco) **Problemas de la eutanasia**, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III, 1999, 301 p.; Casado González (María) La controversia sobre la eutanasia. En: **El límite de los derechos**, Barcelona, EUB, 19996, pp. 165-186; Comité Episcopal para la defensa de la vida. **La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos**, EDICE, Madrid, 1999, 256 p.; Díez Ripollés (J.L.) Eutanasia y Derecho. En: **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, 1995, pp. 83-114; Juanetey Dorado (Carlos) **Derecho, suicidio y eutanasia**, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, 178 p.; Sánchez Jiménez (Enrique) **La eutanasia ante la moral y el derecho**, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, 279 p.; Teichman (Jenny) **Ética Social**, Madrid, Editorial Cátedra, 2003, 240 p.; Willke (J.C.) **El suicidio y la eutanasia**, Cincinnati, Hayes Publishing Company, 1997, 149 p.

Después, en el numeral 179, se establecen las formas agravadas de secuestro, en razón de circunstancias particulares:

ARTÍCULO 179: Secuestro agravado de personas

Las penas del delito tipificado en el artículo anterior serán de quince a veinte años de prisión en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1) Si el autor logra su propósito.
- 2) Si el secuestro dura más de tres días.
- 3) Si la persona secuestrada es menor de edad, mujer embarazada, incapaz, enferma o anciana.
- 4) Si se ha empleado violencia contra terceros, que han tratado de auxiliar a la persona secuestrada.
- 5) Si la persona secuestrada es un servidor público, diplomático o cónsul acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional, o a su cónyuge o conviviente, ascendiente o descendiente, o hermano por consanguinidad o afinidad y para su liberación se exijan condiciones económicas, políticos, político-sociales, judiciales o inherentes a la función.
- 6) Cuando el secuestro se perpetre para exigir a los poderes públicos nacionales o de un gobierno extranjero, alguna medida o concesión.
- 7) Si el hecho es cometido por dos o más personas.

Por lo tanto, de acuerdo al contexto del proyecto ya no es técnico hablar de una forma donde no medie el lucro y se prive de libertad, pues lo contrario ya se encuentra dispuesto para eventos concretos.

Pero al margen de esos matices de técnica jurídica que quizás no modifiquen radicalmente el fondo del asunto y el interés del análisis criminológico, sí resulta pertinente y necesario analizar el matiz que se introduce respecto de una de las formas agravadas en la legislación vigente en un artículo independiente y que viene a ser una de las formas de comisión en el proyecto.

Nos referimos a la circunstancia por la cual se sitúa como agravante, en el proyecto, la privación de libertad superior a veinticuatro horas, mientras en la legislación vigente se exige más de cinco días. Radical y necesaria es la diferencia que vemos se introduce en el artículo 177 del proyecto, cuyo texto integral transcribimos enseguida:

ARTÍCULO 177: Privación de libertad agravada

La pena de prisión será de dos a diez años cuando la privación de libertad:

- 1) Se perpetre contra un ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o persona a la que se haya ligado en análoga relación de convivencia;
- 2) Se realice para satisfacer venganzas o con fuerza en las cosas;
- 3) Dure más de veinticuatro horas;
- 4) Se perpetre con simulación de funciones públicas o con abuso de autoridad;
- 5) Se perpetre contra un funcionario público.
- 6) Cuando el hecho fuere realizado por un funcionario público, se impondrá además la pena de la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por un período de seis meses a dos años.
- 7) La víctima sea un menor de edad, mujer embarazada, incapaz, enferma o anciana.

Sobre el precio de la libertad mucho se puede argumentar, pero baste aquí adherirse a su imperio incondicional, de modo que establecer un ámbito temporal como el del código vigente resulta totalmente lesivo de cualquier ponderación que se haga de ese valor supremo.

En razón de ello y de las condiciones tan particulares de la privación de libertad, no se justifica un espacio temporal tan dilatado como el exigido por el código vigente en el inciso tercero del artículo 192.

Por lo tanto, el grado de criminalización contenido sobre este particular en el proyecto, resulta no solo consustancial al valor que comentamos, sino necesario dadas las consecuencias que este tipo de hechos generan en la psiquis y en la estabilidad de los afectados.

2. Aquí es pertinente realizar una breve reflexión respecto del tipo penal vigente identificado como “secuestro extorsivo” (artículo 215) y que en el proyecto se define como “secuestro de personas”, en lo relativo a la circunstancia atenuante contenida en el artículo 180¹³⁸.

Observamos aquí que el proyecto se diferencia del código vigente en cuanto separa los efectos de dejar en libertad a la persona secuestrada, mientras en el tipo penal vigente es solo una parte integral del mismo, tal y como se observa en el párrafo segundo del artículo 215¹³⁹, lo que a nuestro juicio es aspecto resultante de pura

¹³⁸ Señala el texto propuesto para este delito: ARTÍCULO 180: Circunstancia atenuante: Cuando se deje en libertad a la persona secuestrada, sin daño alguno en su salud y como producto de negociaciones o voluntariamente, sin que se haya logrado el propósito del agente y dentro de los tres primeros días, la pena de prisión será de seis a diez años.

¹³⁹ Establece el párrafo segundo del artículo 215 del código vigente lo que sigue: “...Si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra

técnica jurídica ya que la pena es la misma tanto en el código vigente como en el proyecto, pero es interesante que para alcanzar el efecto de reducir la pena, además de falta de daño en la salud y no haber alcanzado el propósito, se exige que todo ello sea el producto de negociaciones y no solo de un acto voluntario en sentido estricto.

Nos parece innecesaria la previsión, pues lo contrario a lo logrado voluntariamente es la acción compulsiva, en la cual nunca podría haber atenuante al no haber por parte del perpetrador una voluntad clara de desistir de su acción. Por lo tanto, la negociación no debería ser parte integrante del tipo penal, incluso dada la dificultad probatoria que podría en algunos casos tener el demostrar tal aspecto, lo cual iría detrimento de las posibilidades del sujeto activo de acogerse a este tipo de atenuante, cosa que también tiene importancia.

Por lo demás es positivo que ambas figuras se conciban como atentados al bien jurídico “libertad individual”, y no como en la actualidad, en que el secuestro es un atentado a la propiedad.

También hemos visto que siguen prevaleciendo formulaciones muy amplias en los tipos penales, con conceptos que luego podrían reñir con el principio de tipicidad que pregonan el proyecto, ello en un afán de posibilitar la persecución penal¹⁴⁰.

C. Atentado a la Nación

En el Título XI del Libro II del código vigente, se encuentra una serie de previsiones tendientes a la protección contra el atentado a la seguridad de la Nación.

El proyecto de código penal, modificando en mayor o menor medida la semántica de los tipos penales y verificando algunos ajustes de orden técnico, sigue los lineamientos contenidos en las últimas reformas practicadas en ese tema.

Sin embargo, observamos un viraje importante en lo que atañe al tipo penal del delito de “Actos contra una potencia aliada” (artículo 279 del Código Penal vigente) y a partir del cual actos de traición también se pueden ejecutar en contra de un estado aliado de Costa Rica, que lucha contra un enemigo de nuestro país.

Concretamente, el hecho se viene a integrar ahora como parte del tipo penal de traición incluido en el numeral 361¹⁴¹; al respecto, se debe llamar la atención sobre el

daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de seis a diez años de prisión ...”

¹⁴⁰ Similares conceptos fueron rendidos en: **Conferencia de los Licenciados Jorge Rojas y Willie Escalante Quirós**, Secuestro de las Personas en la Reforma Penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 24 de abril del 2003.

¹⁴¹ El texto del proyecto en dicho artículo es el siguiente: ARTÍCULO 361: Traición
El costarricense que tome armas contra la nación o se una a sus enemigos, ayudándolos a luchar contra ella, será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años.
La misma pena se aplicará si esos hechos fueren cometidos contra un Estado aliado de Costa Rica en guerra contra un enemigo común.

hecho de que no hay distinción, en cuanto a la pena, entre la traición cometida contra la Nación y aquella cometida contra un Estado aliado en guerra contra un enemigo común, formulación que, en el contexto de las relaciones internacionales resulta más correcta y lógica, pues tanto se traiciona a la patria con actos de índole doméstica, como cuando esos actos se dan más bien en contra de las naciones a las cuales nos ligamos vínculos especiales en épocas de conmoción.

D. Delitos contra la seguridad de la Nación

Dentro del mismo Título XI del Libro II del Código Penal vigente, identificado como “Delitos contra la seguridad de la Nación”, tenemos otro ilícito que se encuentra mal ubicado, ello si partimos de las normas (*lato sensu*) derivadas del criterio de los bienes jurídicos tutelados, a saber, el numeral 291, que castiga con prisión y con días multa al extranjero que, en violación de nuestras fronteras, realice actos de explotación no autorizada de productos naturales.

El proyecto no descriminaliza esa conducta, sino que, en forma atinada, la traslada al Título X, de los “Delitos contra el ambiente”, en su numeral 283, y amplía la pena ligeramente¹⁴².

Resulta importante analizar dos aspectos relacionados con este tipo:

1) la explotación no autorizada de riqueza nacional tutela en última instancia, los valores de la protección y del uso responsable de los recursos naturales, no debiendo mezclarse, en ese sentido, con asuntos propios de la soberanía o de la seguridad, como ocurre actualmente con la previsión incluida en el código que nos rige. Lo que debe contemplarse es precisamente el camino planteado en el proyecto, duplicando las penas.

Con esa concepción se logrará que el hecho sea evaluado por las autoridades afines a la materia con la preparación debida, y nos referimos básicamente al apoyo que debe darse a instancias tales como el MINAE, la Fiscalía del Ambiente y, quizá en un futuro, a la creación de tribunales especializados en la materia;

2) el proyecto elimina una previsión cuyo contenido no comprendemos en su consecuencia, cual es el planteamiento, en el actual artículo 291, de contemplar la participación de cinco personas o más en el hecho. En el supuesto de la comisión del

¹⁴² Establece el artículo 283 del proyecto el siguiente texto: ARTÍCULO 283: Explotación indebida de riqueza nacional: Quien sin autorización extraiga, destruya, cace, pesque, comercie, importe o exporte productos, recursos naturales, flora o fauna protegidas, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si el hecho es cometido con violación de las fronteras de la Costa Rica, su espacio aéreo, sus aguas territoriales o mares adyacentes establecidos en la Constitución Política, la pena será prisión de dos a seis años.

delito por varios sujetos activos, la pena de prisión es la misma y el extremo mayor del día multa es rebajado de cien días a tan solo sesenta.

Según la letra del artículo, la desplegada por menos de cinco personas sería una acción menos grave, concepto que no compartimos pues, más bien, la llevada a cabo por grupos numerosos hace pensar en actividades organizadas tendientes, por ello, a un uso -ilícito- sistemático de nuestros recursos.

Así, la previsión adicional del numeral vigente es más bien innecesaria, debiendo resolverse la actuación de varios perpetradores por las reglas de la participación.

Una vez más, nos parece correcta la posición del proyecto, en este caso al ubicar atinadamente el tipo, de acuerdo al bien jurídico tutelado.

E. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional

Para mencionar brevemente los delitos contra los deberes públicos y el orden constitucional previstos en el proyecto, es útil citar acá el artículo 297 del Código Penal vigente, lo cual permitirá hacer un análisis comparativo respecto del alzamiento en armas ahora proyectado.

En el texto del numeral 297 mencionado se castiga el alzamiento público para impedir la ejecución de leyes o resoluciones de servidores públicos e igualmente se castiga un movimiento de ese orden, iniciado para obligar a los servidores públicos a tomar alguna medida u otorgar alguna resolución.

En el caso concreto del artículo 373 del proyecto, es menester hacer ver que se reduce bastante, respecto del actual artículo 297, el campo de lo perseguible penalmente, pues se exige, como elemento del tipo, el uso de armas.

Es evidente que la norma vigente constituye una mordaza que socava los principios fundamentales de un Estado democrático de Derecho, especialmente el que tiene que ver con la libertad de expresión. Con una norma tal se veda en cierta medida la posibilidad de que los ciudadanos se manifiesten en contra de aquellos en quienes ha sido depositada la administración del Estado y que, se supone, deben canalizar las inquietudes y necesidades de la ciudadanía.

Por supuesto, no obstante lo indicado líneas atrás, la discusión de temas de esta naturaleza plantea siempre una gran polarización de opiniones, dado el trasfondo ideológico de lo debatido.

De cualquier manera, se debe buscar, lo cual es, por supuesto, sumamente difícil, un punto medio que no limite los derechos de los ciudadanos a manifestarse, al mismo tiempo que se procure, por medio de la norma penal, una defensa razonable de la institucionalidad, labor, definitivamente, nada fácil.

F. Menosprecio de símbolos nacionales o extranjeros

Dos tipos penales objeto de regulación en el Código Penal vigente, a saber el “Menosprecio de los símbolos de una nación extranjera” (artículo 285) y el “Menosprecio para los símbolos nacionales” (artículo 298) que, paradójicamente en el caso del primero, nos ofrece un mayor peso en el extremo menor de la pena que para el atentado contra los símbolos nacionales, (pero que es complementado en el caso de estos con la sanción de días multa en forma adicional) nos ofrecen un tratamiento nuevo en el proyecto que examinamos.

En una previsión de esta naturaleza, se percibe, más bien, un resabio decimonónico, máxime si observamos, gracias a los medios de comunicación colectiva, las amplias manifestaciones de este tipo que en naciones desarrolladas se hacen, ello sin el mayor reparo de las autoridades y en la medida en que no se generen disturbios. Por ello, no encontramos justificación para un castigo tal, el cual más bien puede agravar el contexto de lo que pudiera tenerse como una manifestación de la libertad de pensamiento, sobre todo si las inconformidades que se encuentran a la base de situaciones como estas no se dan por el puro y simple deseo de ofender, sino que se asocian a causas estructurales que, por ende y tal y como referíamos en capítulos precedentes, no deben encontrar solución mediante el funcionamiento del sistema penal.

El redactor del proyecto no quiere desvincularse de una criminalización que, tal y como insinuábamos líneas atrás, es de añeja data, lo cual sería, quizá, una modificación demasiado radical al sistema en este tema, con lo que, tácitamente, se estaría autorizando el menosprecio de los símbolos nacionales y/o extranjeros que, precisamente, por el carácter de símbolos, son, en teoría, expresión de importantes valores. Es por ello, tal vez, que se opta por dar un giro menor, restringiendo la entidad de los ilícitos en cuestión, ubicándolos en un solo tipo contravencional y con una sanción de las más bajas previstas por el proyecto.

El texto de la contravención es el que sigue:

ARTÍCULO 432: Menosprecio de símbolos nacionales o extranjeros

Quien menosprecie o vilipendie la bandera, el escudo o el himno del País o de una Nación extranjera, será sancionado con pena de multa de cinco a treinta días.

Partiendo de lo dicho, está claro que el proyecto persiste en el yerro de no excluir el castigo de este tipo de conductas, ello en un pacto con las apariencias y a la espera de que futuros eventos aislados saquen del letargo a esta anacrónica figura.

V. EL TRATAMIENTO CONTRAVENCIONAL

Con la entrada en vigencia el 10 de noviembre del 2002 de la Ley N° 8250 y en lo que interesa para efectos de este análisis, se produjo un reordenamiento del conjunto de contravenciones previstas en el Código Penal vigente, de modo que, en palabras del artículo 2° de esa ley, se produjo una modificación integral sobre la materia.

Es interesante observar que en el texto del proyecto de código que aquí analizamos se mantienen una serie de contravenciones que se encontraban vigentes básicamente en el texto de la Ley N° 4573 (Código Penal vigente), pero que son excluidas de la ley recientemente entrada en vigencia. También ciertas conductas que son asumidas aún como delitos, son llevadas por el proyecto al nivel de contravenciones. Finalmente, algunas conductas solo tienen cabida en el proyecto.

Tales escenarios son analizados enseguida.

A. Descriminalización contravencional

El proyecto prescinde de algunas conductas, por ejemplo, la de anuncio de sustancias abortivas o anticonceptivas, con cuya eliminación del texto fue consecuente respecto de lo que se había dispuesto en la Ley N° 8250, que descriminalizó el anuncio de sustancias anticoncepcionales, tendencia que demuestra una perspectiva más amplia en los redactores del proyecto.

1. Pelea dual y anuncio de sustancias abortivas

En el artículo 381 del Código Penal se contempla una serie de conductas tenidas como atentatorias de la integridad corporal.

Frente a ellas, el código proyectado excluye la pelea dual, así como la comercialización o anuncio de sustancias abortivas.

Respecto del primer punto, en realidad no encontramos mayor polémica, pues incluso ante la eventual conversión a la pena de prisión, es más perjudicial extender los efectos de una reyerta puramente personal, cuyos efectos se disipan en la mayoría de los casos en el hecho mismo o se solucionan en mecanismos externos al sistema penal.

En el otro extremo del artículo en examen, el proyecto da una solución de avanzada, pues mediando la figura del aborto, pueden darse dos posibilidades:

1. una postura conservadora, la cual reprocharía que mediante esa vía se estaría abriendo el aborto como una alternativa viable a la concepción; y
2. que siendo la conducta descrita en el tipo contravencional la promoción de una actividad que solo sería delito en el evento de presentarse, queda a la libertad

del sujeto el determinar si da o no ese paso, en cuyo supuesto privaría la existencia de la figura penal del aborto.

En un régimen de libertades, el segundo camino, que es el seguido por el proyecto, resulta el más atinado.

El proyecto va más allá de lo que operó en la Ley N° 8250, que eliminó el anuncio de sustancias anticonceptivas.

La decisión resulta atendible, partiendo de que la normativa penal debe ser usada solo como *ultima ratio*.

Así, bajo cualquier perspectiva, es novedosa la descriminalización que se hace aquí del tipo de anuncio en cuestión, denotando una perspectiva más amplia a cargo de los redactores del proyecto.

2. Mendicidad

Sobre el hecho de que se castigue la mendicidad tal y como la define el Código en su artículo 381, entendida no como la conducta en cuestión sino como el envío a desplegarla, que en el proyecto es llevada a delito y actualmente es solo una contravención, ya realizamos las reflexiones del caso.

3. Provocaciones y amenazas

El artículo 384 del código vigente contiene dos previsiones contravencionales que el proyecto no criminaliza. Concretamente hacemos referencia a la “provocación a riña” (inciso 1) y las “amenazas personales” (inciso 2).

Respecto del primer inciso, si el proyecto descriminaliza la pelea dual, la consecuencia necesaria es hacer lo propio con la provocación.

La descriminalización de la provocación en el proyecto, puede obedecer -y esto es una suposición, ya que el tópico no generó discusión en la Comisión- a que el redactor también tuviera la tesis de que la provocación, en el caso de la riña, debe ser regulada por las reglas de la instigación establecidas en el artículo 37, lo cual nos parece lo más acertado, pues así se estaría evitando la creación de un tipo autónomo que ensancharía el elenco de ilícitos innecesariamente.

Respecto de la contravención denominada “amenazas personales” (inciso 2 artículo 384), estimamos que es un tipo penal que dice mucho y no dice nada a la vez, siendo altamente subjetiva su persecución aun a nivel contravencional y cuya constitucionalidad es dudosa al ser un tipo penal totalmente abierto.

Por lo tanto, compartimos la tesis de descriminalizarlo a nivel contravencional. Si la conducta asume características de gravedad, el hecho no quedaría impune pues, en

tal caso, se aplicaría el tipo de amenazas previsto en el artículo 186 del proyecto, de modo que así se protegería el bien jurídico que se señala en la especie¹⁴³.

4. Contravenciones contra las buenas costumbres

El artículo 385 ubicado dentro de las contravenciones contra las buenas costumbres, contiene otras dos conductas descriminalizadas en el proyecto. Nos referimos a los incisos 1 y 3 que regulan la embriaguez y las palabras o actos obscenos.

Estimamos que en realidad con el primer inciso lo que se incluye es la persecución penal de la embriaguez como motivante de la alteración de la tranquilidad en un lugar público y de generación de peligro. Esa conducta por sí sola, en cambio, sí es reprimida en el artículo 398 del proyecto¹⁴⁴. Con ello, lo que es un problema social y una enfermedad, es decir el alcoholismo, es dejado en su real dimensión y no como un desencadenante de un tipo penal.

En ese sentido, el sistema y la política criminal sacan de su ámbito de acción ese hecho, para que sean otras instancias las que intervengan o el mismo afectado quien busque su tratamiento, no dándole un valor negativo adicional al problema.

En cuanto a las palabras o actos obscenos, nos parece acertada la descriminalización de estas conductas previstas por el inciso tercero del artículo 383 del código vigente, dada la ambigüedad que este tipo penal presenta en función de los cambios en el tiempo de los patrones culturas y de la diversidad de cada grupo social.

5. Contravenciones contra la propiedad y el patrimonio.

El artículo 387 del Código Penal contiene una serie de contravenciones contra la propiedad y el patrimonio, dentro de las cuales el inciso 3) castiga el uso de pesos o medidas falsas, tipo que no es incluido por el proyecto de código dentro de su elenco de contravenciones.

En este tema, el redactor del proyecto ha optado por eliminar del libro de las contravenciones una previsión tal, con lo cual, de manera tácita, se integraría la

¹⁴³ El texto del delito de amenazas permite corroborar lo afirmado: ARTÍCULO 186: Amenazas. Quien amenace a una persona con lesionar un bien jurídico suyo o de su familia, o de un tercero íntimamente vinculado, será sancionado con pena de prisión de dos a ocho meses o hasta cincuenta días multa. La misma pena se aplicará a quien realice una acción con el propósito de afectar la vida o la integridad física de una persona, y no alcanza el resultado por haber actuado erróneamente con medios inidóneos para consumarlo. Si el hecho se realizare con arma de fuego, la pena aplicable será de tres meses a un año de prisión o hasta setenta y cinco días multa.

¹⁴⁴ Establece el proyecto el siguiente texto para esos hechos: ARTÍCULO 398: Perturbación de la tranquilidad. Quien en un lugar público cause escándalo o alboroto que perturbe la tranquilidad de las personas, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

normativa del código penal con una especial muy importante en relación con el tema, a saber la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Nº 7472 del 20 de diciembre de 1994), cuyo numeral 63, en su párrafo segundo, establece que las conductas de esta naturaleza serán castigadas mediante el uso del tipo penal de estafa.

Al adoptar una solución así, el redactor propicia una normativa más coherente y opta, de manera menos ambigua que el legislador de 1970, por una protección de mayor entidad para el consumidor, pues la norma suprimida es de rango contravencional, mientras que con la aplicación del tipo penal de estafa se amplía la sanción que, además, iría aparejada de una posible inscripción registral y eventualmente de las sanciones administrativas respectivas.

La posibilidad de que el consumidor pudiera verse minimizado en la protección de su legítimo interés en un proceso penal por este tipo de delitos, ello por la eventual aplicación de un criterio de oportunidad reglado -por ejemplo, cuando se trata de sumas de dinero muy pequeñas- se ve contrarrestado por los mecanismos de querrela ahora previstos por el Código Procesal Penal.

Este caso, que más pareciera ser uno de criminalización, no contradice las bases de un Derecho Penal mínimo, toda vez que se ajusta al principio de lesividad: estas conductas afectan claramente la calidad del consumo, bien jurídico que, según Bustos Ramírez¹⁴⁵, merece, sin duda, ser tutelado.

6. Perturbaciones al sosiego público

La Sección I del título de las contravenciones contra el orden público del código vigente, contiene dos previsiones cuyas conductas no es que sean descriminalizadas, sino que se ven refundidas en otros dos tipos penales, a saber, el de perturbación de la tranquilidad ya mencionado y el de perturbación a los vecinos, ambos del proyecto. En última instancia, lo que hoy se regula en el numeral 388 es el causar alboroto de cualquier forma, con el efecto perturbador de la tranquilidad (inciso primero), así como el promover desorden o participar en él en un lugar público o de acceso público (inciso tercero), que ya tiene cabida, de manera redundante, en el inciso primero mencionado, por lo que sería poco coherente desde el punto de vista de política criminal mantener dos previsiones¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Bustos Ramírez (Juan). **Op. cit.**, p. 38.

¹⁴⁶ El texto que se proyecta para dicha norma contravencional es el que sigue: ARTÍCULO 399: Perturbación a los vecinos. Quienes turben las ocupaciones o la tranquilidad de los vecinos con gritos, vociferaciones, cantos o pitazos, o con instrumentos, sonidos fuertes, maquinaria o aparatos de radiotelefonía, o ejecutando su oficio con infracción de los reglamentos, o por tener en su casa animales

7. Violación de sellos

El artículo 389 del Código Penal vigente, ubicado dentro de la Sección II del Título V del Libro II, denominada “Desobediencia, desacato e irrespeto a la autoridad”, en su inciso 1, castiga el arrancar, destruir o hacer inservibles sellos fijados por la autoridad. El proyecto de código prescinde de ese tipo penal, descriminalizando esta conducta, entendida la misma como la destrucción material del sello, inclinándose el redactor por conservar la criminalización contenida en el actual artículo 312, que castiga ya no simplemente la afectación material del sello, sino la alteración de la voluntad del ente que lo puso¹⁴⁷; consideramos que mantener el tipo contenido en el numeral 312 en el proyecto es necesario, dada la importancia de que pueden estar revestidos los mandatos expresados por medio del sello ¹⁴⁸.

8. Circulación de moneda y otros valores

Igual que el caso de la destrucción de sellos oficiales, la contravención prevista por el inciso segundo del artículo 389 desaparece en el proyecto, tipo que preveía eventos cuyo acaecimiento es poco probable y que se darían cuando pudiere haber confusión respecto de los valores que se detallan en la norma.

Inicialmente, si la calidad del hecho que se persigue es tal que lleve a error, más bien la persecución debe encontrarse en los delitos contra la fe pública o bien en la estafa, de acuerdo, igualmente, al perjuicio ocasionado. En caso contrario, estaríamos en presencia de un ilícito de peligro sumamente estéril y de ningún efecto dañino, por lo que no amerita su inclusión como ilícito penal y tampoco como figura contravencional.

El sistema penal también debe procurar ir relegando ciertas figuras de la persecución penal que bien pueden ya haber sido superadas por la realidad –lamentablemente- en su modo de comisión, o que bajo la forma prevista en el tipo contravencional se sitúan como hechos nada viables.

9. Molestias a transeúntes

El Título VI de las figuras contravencionales, en su Sección I denominada “Seguridad del tránsito”, castiga las denominadas “molestias a transeúntes”

que causen molestias o por cualquier ruido innecesario, será sancionado con pena de diez a treinta días multa. No justifica los hechos anteriores el que se realicen durante una celebración religiosa.

¹⁴⁷ Sobre la diferencia entre una conducta y otra, puede consultarse el voto 52-99 de las 8:00 horas del 18 de febrero de 1999, Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José.

¹⁴⁸ El artículo 317 del proyecto plantea el siguiente texto: ARTÍCULO 317: Violación de sellos. Quien viole los sellos puestos por la autoridad sobre una cosa, será sancionado con pena de prisión de un mes a un año.

(artículo 391 inciso 1), que también deja de lado el proyecto al recurrir, creemos, al enfoque de otras realidades.

En primer término, se castiga la obstrucción o dificultad de tránsito, el cruzamiento de vehículos u objetos de modo que no se prevea el eventual daño o molestia, todo ello bajo la condición de que los hechos se den sin autorización de los servidores correspondientes.

Si se trata de proteger la seguridad de las personas, esa conducta, sin caer en abusos en la creación de tipos penales, debería encontrar su respuesta en alguno de los restantes tipos penales.

La normativa vigente protege en este caso particular la seguridad, léase integridad física y el libre tránsito, ya sea de los peatones e incluso de vehículos. Se castiga, en resumen, el mero estorbo o molestia, sin que se haya causado ningún agravio o daño adicional, pues en ese supuesto estaríamos ante otros tipos penales.

Creemos encontrarnos ante un tipo de hechos, en que, en definitiva, la persecución sería excepcional, por lo que el sistema debe plegarse a focalizar su interés en eventos de daño social o individual con repercusiones reales e importantes, y ello no ocurre en este caso, por lo que la descriminalización es acertada.

De igual forma existen sanciones a otro nivel, como por ejemplo la Ley de Construcciones N° 833 del 2 de noviembre del año 1949, la Ley de Planificación Urbana N° 4240 y en la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres N° 7331, con mecanismos más efectivos de atención al conflicto.

10. Seguridad en las construcciones y edificios

El actual artículo 392 inciso 1, que se ubica como contravención en la Sección II relativa a la seguridad de las construcciones y edificios y que castiga sobre la base de un peligro de ruina, la omisión o el retardo en reparar o demoler una construcción, etc., también desaparece del proyecto, que prescinde del tipo penal haciendo remisión más bien a otro tipo contravencional: hacemos referencia al artículo 425, que castiga genéricamente al director de tales obras que omita las medidas de seguridad en defensa de las personas o de las propiedades. Precisamente los alcances de la contravención vigente encuentran cabida aquí, siendo innecesaria una doble previsión¹⁴⁹.

11. Incendios y otros peligros

¹⁴⁹ El texto de la norma en mención es el que sigue: ARTÍCULO 425: Omisión de medidas de seguridad en defensa de personas. El director de la construcción o demolición de una obra, que omita tomar las medidas de seguridad adecuadas, en defensa de las personas o de las propiedades, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

La contravención contenida en el artículo 393 del código vigente detalla, bajo una relación circunstanciada, una serie de omisiones que son objeto de castigo; se trata de una figura de peligro, cosa que no puede ser tomada en la especie como la explicación para la descriminalización que opera en este caso, pues se prevén en el proyecto otras contravenciones de peligro. Es nuestro criterio que la voluntad del redactor es en la especie dejar el control de las situaciones descritas en el tipo mencionado a otras instancias no penales, sobre todo a la administrativa y a la municipal, ello, por ejemplo, por medio del monitoreo regular y de los permisos de funcionamiento, que pueden ser más eficaces para la prevención de eventos como los regulados en esta contravención.

12. Violación de reglas sobre plagas

El artículo 394 del Código Penal en su inciso 2, que se ubica dentro del Título de las contravenciones contra la seguridad pública, contiene una disposición que remite a otra ley que no precisa, lo cual da pie a un vacío que genera inseguridad jurídica.

La solución del proyecto de guardar silencio al respecto es relativa, pues debemos recordar que, en el capítulo de los delitos contra la salud, se incluye el de violación de medidas sanitarias y para la prevención de epizootias o plagas vegetales, con lo cual lo que hoy es tenido como ilícito contravencional puede asumir, eventualmente, la entidad de delito, ello a partir del artículo 158 del proyecto, que analizáramos líneas atrás.

Hechos potencialmente tan dañinos no debían ser tratados con ligereza o desatención, por lo que era necesario armonizar las conceptos de ambos textos; la opción del redactor en este caso es viable, pues mejora el texto vigente en el tanto en que se evita la remisión a normas de otros cuerpos legales.

13. Apertura o cierre de llaves de cañería

El inciso tercero del artículo 399 del código vigente tiene cabida en el proyecto sólo de manera parcial, pues el texto propuesto prevé, genéricamente, el castigo del desperdicio de aguas, dentro del cual estaría contenida, en algunos casos, la conducta de apertura de llaves de cañería del numeral vigente, mas no se prevé en el proyecto la conducta de cierre de llaves contenida en el Código Penal¹⁵⁰.

14. Uso de sustancias ilegales para pesca

Observamos que el Código Penal, en el artículo 400 castiga el uso de sustancias explosivas o venenosas para pescar. El proyecto prescinde también de una norma de

¹⁵⁰ Establece el artículo 409 del proyecto: Desperdicio de aguas. Quienes indebidamente contravengan las regulaciones existentes sobre la utilización de las aguas, causando desperdicio, serán sancionados con pena de diez a treinta días multa.

esa naturaleza, pero no para descriminalizar la conducta ahí descrita, lo que hubiese sido un error, pues tiene una norma más general respecto de la infracción de leyes o reglamentos sobre caza y pesca, cual es el artículo 410¹⁵¹: la conducta penada en el artículo 400 vendría a ser precisamente una forma de infringir esas normativas.

De cualquiera manera, no sobra agregar que el texto propuesto es muy similar al del actual inciso cuarto del artículo 399.

B. Inclusión de conductas en el elenco de contravenciones

Respecto del tema de las contravenciones otro enfoque resulta posible, cual es la inclusión de ciertas figuras en el proyecto, que estarían así criminalizando eventos que ni en el actual código ni en la reforma practicada mediante la Ley N° 8250 encuentran respuesta.

1. Explosión con pólvora

Tenemos que dentro de las contravenciones que protegen o tutelan la integridad corporal, el artículo 383 denominado “explosión con pólvora”, no está regulado en el código vigente. El texto de dicha norma es el siguiente:

ARTÍCULO 383: Explosión con pólvora
 Quien en sitio poblado o frecuentado explote o haga explotar cohetes, petardos u otros objetos o artefactos semejantes con peligro para las personas o las cosas, será sancionado con pena de diez a treinta días multa

Resulta claro que es un tipo contravencional adherido a la corriente de los denominados delitos de peligro, de modo que no resulta necesaria la producción de un daño físico o psicológico en las personas o un daño en las cosas, pues en tales supuestos el hecho se desplazaría hacia otros tipos penales. En otras palabras, no son conductas calificadas por el resultado.

Sí resulta interesante señalar la posición de los redactores del proyecto, de reprimir esta conducta, con lo cual se iría generando quizás una cultura sobre el manejo responsable de los productos pirotécnicos, sin maximizar la acción del sistema penal sobre esos hechos.

2. Ofensas por escándalos o reuniones tumultuosas

¹⁵¹ El artículo 410 del proyecto, formula el siguiente texto: ARTÍCULO 410: Infracción de reglamentos de caza y pesca. Quien infrinja leyes y reglamentos sobre caza y pesca, siempre que no constituya un hecho más grave, será sancionado con pena de diez a treinta días multa

En el Capítulo III del Título I de las “Contravenciones contra las Personas”, que se identifica como “Tranquilidad de las personas”, concretamente encontramos el artículo 388 denominado “ofensas por escándalos o reuniones tumultuosas”¹⁵².

Aquí la norma concentra quizás en forma incorrecta dos supuestos: uno directamente vinculado con el bien jurídico involucrado, cual es la tranquilidad de las personas; a saber, el escándalo o reunión tumultuosa; y luego la ofensa o perjuicio para alguna persona por esos hechos.

Si bien comprendemos que uno tutela al honor, en esas circunstancias se hace difícil, por la pluralidad de participantes.

Nos parece que esta norma es algo confusa; por ello es más coherente el código actual, al castigar el desorden puro y simple en el inciso 3 del artículo 386.

3. Bromas indecorosas

Dentro del mismo elenco de contravenciones, cuyo bien jurídico es la tranquilidad de las personas, el proyecto pretende castigar las bromas indecorosas o mortificantes por teléfono u otro medio de comunicación en el artículo 390. El texto es el que sigue:

ARTÍCULO 390: Bromas indecorosas
Quien dé bromas indecorosas o mortificantes a una persona, utilizando el teléfono u otro medio de comunicación, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

El proyecto solo castiga lo que da en llamar bromas, excluyendo en forma quizás involuntaria actos que no reflejen propiamente ese contenido. Por ello es más coherente el código en vigor al castigar en el artículo 383 inciso 9 la llamada mortificante pura y simple, la cual puede ser en serio o en broma, pero con el afán de mortificar o molestar.

En todo caso estamos ante hechos de difícil persecución, una vez más por las armas probatorias que son necesarias, pero no puede negarse que es un hecho que acontece y al cual el sistema debe anticipar con alguna previsión, como en efecto se hace.

4. Alarmas Falsas

El Capítulo I del Título II de las contravenciones tutela, en el proyecto, el bien jurídico identificado como “la tranquilidad de los vecindarios” y en su artículo 397

¹⁵² El texto del ARTÍCULO 388 es el siguiente: Ofensas por escándalos o reuniones tumultuosas. Quien incite, dirija o tome parte en escándalos o reuniones tumultuosas, en ofensa o detrimento de alguna persona, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

castiga la alarma sobre bases falsas, anunciando calamidades o desgracias. El texto del artículo en cuestión es el que sigue:

ARTÍCULO 397: Alarmas falsas

Quien alarme a una persona o a un vecindario con la noticia de una calamidad o desgracia pública o privada no acaecida, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

El código vigente guarda silencio sobre este tipo contravencional, ello de forma más coherente con las facilidades de comunicación que existen en la época actual, cuando noticias del orden previsto en ese tipo penal son fácilmente constatables, como para tener por existente una efectiva violación al valor de la tranquilidad.

Aquí el proyecto estaría pecando, a nuestro juicio, de un sobredimensionamiento de hechos muy propios, quizás, de otras épocas, como acontecía con el artículo 394 inciso 4 de la regulación anterior a la Ley N° 8250, en la contravención denominada “alarmas falsas por medio de teléfono u otro medio” con una fórmula mucho más amplia, pero que nos da una guía fehaciente sobre la data de esa preocupación.

En este punto y tratándose de reducir el elenco de persecuciones penales, se confía en que la labor legislativa dé marcha atrás.

5. Profanación de cementerios y cadáveres

Igualmente en el contexto de la tutela de la tranquilidad de los vecindarios, ahora observamos una contradicción abierta entre la respuesta que se pretende dar en el proyecto y la que se da en el código vigente a un mismo hecho. Nos referimos al artículo 401 denominado “profanación de cementerios y cadáveres”, que en el artículo 207 del Código Penal vigente es un tipo penal sancionado con prisión o bien con días multa.

El texto del proyecto para esta conducta es el que detallamos enseguida:

ARTÍCULO 401: Profanación de cementerios y cadáveres

Será sancionado con pena de diez a treinta días multa, quien:

- 1) Profane o vilipendie el lugar donde está sepultado un cadáver o sus cenizas;
- 2) Profane, vilipendie u oculte un cadáver o sus cenizas; o
- 3) Mutile o destruya un cadáver o esparza sus cenizas, a menos que se trate de una disección realizada con fines didácticos o científicos autorizada por los parientes del occiso o de un cadáver que no sea reclamado dentro de un plazo de siete días.

Contrastados los textos, observamos que salvo una pequeña diferencia al excluir el ultraje al cadáver, en el proyecto, tenemos que se toma una decisión de política

criminal con repercusiones prácticas serias, pues el recurso a la prisión para este tipo de actos desviados se daría únicamente como resultado del incumplimiento en el pago de la multa o de las penas alternativas eventualmente impuestas, a diferencia de lo que establece la regulación vigente, ello aparte, también, de las diferentes consecuencias en lo relacionado con temas como la reincidencia y la inscripción en el Registro Judicial.

Es evidente que en el proyecto hay un cambio en lo relacionado con ciertos valores respecto de la muerte y respecto del respeto al cadáver, aspectos a los cuales no nos referiremos acá, pero cuyo peso al momento de que se discuta el tema será el que determinará por cuál fórmula se decante el legislador, lo cual es, sin duda, interesante a nivel criminológico.

Por lo demás, en este tipo penal parece no haber coincidencia entre el bien jurídico presuntamente tutelado -la tranquilidad de los vecindarios- y el que se tutela en el código vigente, toda vez que se desplaza de los deudos al entorno, a la vecindad.

6. Entorpecimiento de transportes públicos

El tipo penal denominado en el proyecto como “Entorpecimiento de transportes públicos” castiga con días multa el impedir o entorpecer el normal funcionamiento del transporte público, salvo que no se configure otro delito, como es la constante en el código proyectado.

El texto de dicha norma es el que sigue:

ARTÍCULO 403: Entorpecimiento de transportes públicos
Quien, sin crear situación de peligro común, impida o entorpezca el normal funcionamiento de los transportes públicos por tierra, agua o aire, será sancionado con pena de diez a treinta días multa, siempre que el hecho no constituya delito.

El Código Penal vigente elevó esa conducta al rango de delito, al lado de otros actos similares contra los servicios de comunicación o energéticos, lo cual es complementado, a su vez, por el artículo 256 bis.

Como se puede observar, entonces, el proyecto viene a tutelar los mismos bienes jurídicos, pero mediante el uso de una contravención, lo cual plantea la cuestión de cuál es la mejor vía para esta protección.

Si vemos esa acción como un hecho aislado y como obra de intereses privados, la lógica respuesta del sistema debería ser el delito, pues el móvil no puede elevarse por sobre el interés general; si el acto se integra como parte de un movimiento de

defensa de intereses igualmente generales, no es proporcionado que la criminalización se dé por medio de un delito, aunque tampoco parece razonable la descriminalización.

Así planteado el asunto, la respuesta más razonable es una contravención, con lo cual se protege el bien jurídico sin que se llegue al extremo de criminalizar de manera violenta una conducta que puede ser reflejo más bien de la manifestación del derecho de expresión de los ciudadanos.

7. Abandono de servicio de transporte

El artículo 404 del proyecto reduce a contravención, con una redacción más sencilla, la conducta castigada como delito por el numeral 257 del código vigente. El texto que se proyecta es el siguiente:

ARTÍCULO 404: Abandono de servicio de transporte
El conductor o mecánico de un medio de transporte remunerado de personas, que lo abandone en el transcurso del servicio, será sancionado con pena de diez a treinta días multa, siempre que el hecho no constituya delito.

En cualquier caso, no es desdeñable la gravedad del hecho, que podría afectar a cierto número de personas en cada caso concreto, pero la posición de los redactores del proyecto de penalizar esta conducta como contravención puede ser considerada, hasta cierto punto, como adecuada a la realidad, dada la infrecuencia del hecho y ante el postulado de que la criminalización debería darse como respuesta a hechos sociales concretos y actuales.

8. No pago de servicios

El numeral 413 del proyecto, denominado “No pago de servicios”, incluye, con una redacción algo diferente, una serie de conductas que estaban ya en el artículo 388 del Código Penal antes de la reforma introducida por la Ley N° 8250; el texto proyectados es el que se transcribe de seguido:

ARTÍCULO 413: No pago de servicios
Quien lesione el patrimonio ajeno, evadiendo el pago de servicios de transporte o entradas a espectáculos públicos, o haciéndose servir comestibles con el objeto de no pagarlos o por cualquier otro artificio o engaño, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

La realidad cotidiana permite concluir que los hechos descritos en la norma propuesta pueden ser comunes, por lo que traerlos de nuevo al texto represivo, sin convertirlos en delito, no es desproporcionado.

9. Permanencia sin autorización en establecimiento público

El proyecto contiene un elenco de contravenciones en defensa igualmente del patrimonio como bien jurídico, en las cuales se castiga, como en el artículo 416, la negativa a salir de un establecimiento público luego de ordenada; o lo que es lo mismo, la permanencia sin autorización.

La norma en cuestión tendría el siguiente texto:

ARTÍCULO 416: Permanencia sin autorización en establecimiento público
Quien hallándose en un establecimiento público, no se retire después de recibir orden de hacerlo, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

El código vigente no tiene una previsión similar, pues con la reforma de Mayo del año 2002 se excluyó la contravención que preveía el inciso segundo del artículo 387.

10. Afectación a la propiedad

Por su parte y en este mismo capítulo de protección a la propiedad mediante instrumentos contravencionales, el proyecto pretende castigar en un artículo 418 el arrojar objetos del tipo descrito en propiedad ajena, que puedan causar daño en abstracto o sobre bienes hortícolas en concreto:

ARTÍCULO 418: Afectación a la propiedad
Quien arroje a una propiedad ajena piedras, materiales u objetos de cualquier clase, aptos para causar daño, o apedreen árboles frutales, jardines o sembrados ajenos, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

El código vigente, en cambio, con su reforma de Mayo del año 2002, se desentiende de una protección similar a nivel contravencional, lo cual es discutible, pues si bien estamos ante un hecho relativamente menor, lo cierto es que se trata de una conducta que requiere respuesta por parte del sistema penal.

Su exclusión del texto legal, mediante la Ley N° 8250, no obedeció a un desplazamiento hacia conductas tipificadas como delito, lo cual habría sido desproporcionado, pues se trata de un ilícito que tiene que ver más que nada con reglas mínimas de convivencia.

11. Seguridad del tránsito

Las denominadas contravenciones que protegen la seguridad pública, en el Capítulo II del Título V, ofrecen un apartado que, en concreto, se ocupa de la seguridad del tránsito. El artículo 422 ubicado en ese capítulo castiga el arrojar objetos o sustancias en las vías públicas, bajo el siguiente texto:

ARTÍCULO 422: Lanzamiento de cosas en la vía pública
 Quien arroje basura, desechos, piedras, materiales, aguas, objetos o sustancias de cualquier clase a las vías públicas, edificios, zonas verdes y parajes públicos, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

Esta previsión, propia de cualquier sociedad que se precie de velar por el ornato y la limpieza en todo el ámbito de lo público resulta imperiosa, habida cuenta de la proclividad del individuo, en nuestra cultura, a cometer ese tipo de acciones, de modo que no es excluyente un castigo a nivel contravencional, por lo demás simbólico frente a lo que ocurre en otras naciones.

Una norma similar fue derogada del código vigente por la Ley N° 7883 del 9 de Junio de 1999 y no fue retomada por la reforma introducida por la Ley N° 8250.

La primera reforma de las recién mencionadas dio origen al artículo 272 bis, que castiga como delitos hechos similares, pero bajo la premisa de que haya peligrosidad o toxicidad que causen daño grave para la salud pública o para el ambiente.

Ahora, el tipo contravencional del proyecto pretende ocuparse de hechos menores respecto de esa previsión, pero no por ello carentes de importancia y de la necesaria tutela.

Aquí consideramos que la concepción del proyecto debe ser la que se imponga, por el valor simbólico y educativo, que representa la ejecución de una norma de este tipo.

12. Menosprecio de símbolos nacionales o extranjeros

El código proyectado, en el título VII de las contravenciones castiga la afrenta a símbolos nacionales y extranjeros a nivel de ese tipo de infracciones. Ya analizamos el tratamiento que hace el código vigente, llevando a nivel de delito la acción sobre símbolos nacionales en su artículo 298, por lo que nos remitimos a ese apartado.

13. Daños producidos por animales

En este tema se percibe un gran contraste entre regulado en el código vigente y lo propuesto en el proyecto, pues, tal y como se indicaba en otra parte de este trabajo, la Ley N° 8250 criminalizó esta conducta considerándola delito, ello en artículo 229 bis, mientras que en el proyecto es considerada contravención, con un texto similar, que transcribimos enseguida:

ARTÍCULO 434: Daños producidos por animales
 El dueño o encargado de un animal que, por abandono o negligencia, permita que éste cause un daño en la propiedad ajena, será sancionado con pena de diez a treinta días multa.

CONCLUSIONES

La experiencia de analizar lo actuado en torno a las iniciativas tendientes a formular un nuevo código penal, que incluyeron la presencia de textos iniciales y, luego, de un texto sustitutivo a partir del trabajo de una comisión de expertos en el seno de la Corte Suprema de Justicia, seguida de la discusión legislativa y finalmente el dictamen afirmativo de mayoría, necesariamente debía perfilarse como una rica fuente de análisis criminológico. Tal estudio se centró en uno de los varios objetos de estudio de la Criminología, cual es la criminalización primaria y el concurso de las distintas agencias de control social que han intervenido.

Concluido el estudio se advierte que los rasgos son, ciertamente, positivos a la vez que negativos.

En cuanto a lo positivo, tenemos la convicción respecto a que es necesario remozar la normativa penal base, a saber nuestro Código Penal, para adaptarlo a muchos aspectos que la práctica forense y jurisprudencial ya han consagrado años atrás, pero respecto de los cuales el texto se ha rezagado.

También es otra la realidad respecto de los hechos que el legislador de inicios de la década de los años setenta consideró relevantes desde el punto de vista penal, lo que lleva a justificar, en principio, la criminalización que se hace de ciertas conductas.

Pero, quizás, el acierto fundamental, es el puntualizar el referente necesario en la Constitución Política para todas las actuaciones legislativas, tanto como en la actividad de los juzgadores, cuya actividad jurisdiccional debe estar regida por la Carta Fundamental.

Es a partir de esa convicción que se potencian principios como los de lesividad y tipicidad, que son llevados, así, a su justa dimensión; con ello se da el encuadre necesario al rol que deben asumir los bienes jurídicos como orientadores en la adecuación de hechos concretos a los tipos penales.

Como aspecto negativo, tenemos que el nexo entre esa necesaria convicción y la producción normativa sigue presentando graves falencias. Resulta evidente que la producción de tipos penales debe llevar a una confrontación con la realidad, en la cual deben pesar estudios sociológicos, estadísticos, económicos, etc., mas el análisis efectuado nos permite concluir que la producción normativa en materia tan delicada sigue siendo tarea exclusiva de jueces y teóricos del Derecho, pues en las discusiones en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos hubo una valiosa discusión, pero esta fue solo jurídica y dogmática, para ser más precisos. Las ocasiones en que comparecieron otros expertos se darían aportes que luego tendrían poca

trascendencia en los productos finales, al discutirse un texto prácticamente monolítico. Incluso debe afirmarse que no hubo una verdadera confrontación de posiciones que luego llevase a mejorar los textos sustancialmente.

Los tipos penales que se pretende nazcan a la vida jurídica son ciertamente, una consecuencia de los tiempos y a esa realidad creemos nadie puede sustraerse. Citamos el caso de los avances tecnológicos, los temas relacionados con la genética y el trasiego de órganos, así como los conflictos internacionales. Pero otros reflejan las carencias de la sociedad, en general, para dar soluciones a ciertos problemas, encontrando un fácil curso en la normativa represiva. Son los eventos de las infracciones en contra del ambiente, la corrupción administrativa y la violencia doméstica, por ejemplo, en los cuales las insuficiencias de otras vertientes de las políticas de Estado, pretenden ser resueltas una vez más con la política criminal, dicho sea de paso también mal encauzada: es censurable la insistencia en de entregar al Derecho Penal el cumplimiento de tareas de ingeniería social.

Otro tema muy discutible es el de la producción de delitos de peligro abstracto; desde el punto de vista de constitucionalidad, lo pertinente sería el rechazo de normativa de este tipo, por violentar el principio de lesividad; en cambio, desde una perspectiva direccionada solamente hacia la protección de intereses superiores, los tipos penales así concebidos tendrán adeptos, concepción que parece ser la que privó en cierta medida en el trabajo de los redactores del proyecto.

En cuanto a la intervención de diversos sectores en la elaboración y análisis del proyecto, se pudo constatar la falta de participación del Poder Ejecutivo en esta iniciativa, pues luego de que el Ministro de Estado en la cartera de Justicia –cuyas actuaciones en el seno de la Comisión se habían enmarcado en la discusión teórico-dogmática que veníamos mencionando– dejara su cargo, el gobierno central no intervino más en los trabajos del proyecto.

Por otra parte, detectamos que nuestro país también continúa respondiendo a una constante histórica, cual es el recurrir a dos instrumentos de producción normativa: primero, entregar a unos pocos expertos la formulación de un texto y, en segundo lugar, como consecuencia de ello, obtener al final una base operativa permeada por varias ideologías o adhesiones doctrinales, de acuerdo a los redactores del texto. Esa realidad, en definitiva, genera contradicciones operativas que deben ser resueltas por la jurisprudencia.

Sin embargo, al margen de esos reparos y recordando los principios que según Díez Ripollés¹⁵³ deben guiar la producción normativa en materia penal, parece plasmarse en el trabajo del redactor una voluntad tendiente a alcanzar una ponderación de las ventajas respecto de los daños derivados de la tipificación base para la persecución penal, apelando a cierto grado de tolerancia, guiada por la lesividad y por la dañosidad. Se observa en relación con ello, sin embargo, que son pocas las descriminalizaciones que se dan en el proyecto.

Como parte del saldo negativo, tenemos el carácter atropellado con el cual finalmente se dictaminó el proyecto, en última instancia por la ausencia de una metodología en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos sobre cómo debía afrontarse la discusión de tan delicada materia.

Las actas finales de la Comisión nos muestran una atropellada circulación de mociones en aspectos quizás no trascendentes, dejándose de lado discusiones de fondo. Queda ahora entregado el proceso a las pasiones del Plenario Legislativo o, siendo un poco pesimistas, al letargo del dictamen.

Lo descrito no es solo nuestra percepción, sino que algunos legisladores integrantes de la comisión legislativa así lo hicieron ver, cuando lo que se imponía era el estudio, la reflexión, las consultas interdisciplinarias.

En algún momento se dejó entrever la presencia de una coyuntura legislativa, en la cual confluía la voluntad de un sector, léase el Poder Judicial, que encontró eco en un sector de la comisión legislativa y, por lo tanto, se planteó la necesidad de dictaminar el documento a toda costa.

Si en reiteradas ocasiones se ha señalado que la iniciativa ha estado en discusión por cerca de una década, nos preguntamos si era necesario apurar ahora la marcha.

Lo pertinente era enriquecer la oportunidad histórica de una voluntad en ese sentido, para complementar el texto, someterlo a una discusión más amplia e incorporar los productos de esa discusión.

Quizás la voluntad inicial de reflexión benefició en mayor medida la sección dedicada a los principios que informarían el nuevo proyecto, como tantas veces se insistió en la discusión legislativa, lo cual se refleja, tal vez, en un aspecto que ya mencionamos líneas atrás, es decir, que se pudo haber hecho un trabajo más amplio de descriminalización mediante la entrega de algunos temas a otras agencias de

¹⁵³ Remitimos nuevamente a los conceptos de: Díez Ripollés (Juan Luis) La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en Un Derecho Penal Garantista. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, Año 10, N° 15, diciembre 1998, pp. 15-27.

control social; otra consecuencia sería la existencia de algunos tipos penales confusos en su contenido, de penas desproporcionadas respecto del hecho castigado y de elementos que de seguro dificultarán la aplicación concreta, todo ello para referirnos tan solo a los problemas de tipificación, pues el Libro I tendrá, igualmente, sus problemas.

Casi por azar, pues no percibimos los rasgos para determinar un actividad sistemática en ese sentido, es que detectamos la descriminalización de algunas conductas o su criminalización parcial de acuerdo a la realidad. Debe destacarse, en todo caso, lo valioso de esa iniciativa, a pesar de mediar un efecto aleatorio.

Por otra parte, ciertamente un código penal no puede revestirse de criterios monolíticos, lo cual no es admisible, por supuesto, siquiera en una Carta Magna; todo lo contrario: se impone un ajuste a la realidad y sus demandas, pero ello debe ir de la mano de productos racionales apoyados en estudios de la más diversa índole.

La discusión y la labor de los redactores del proyecto se concentró en buena medida en los principios generales, pero no parece que haya mucha reflexión sobre la producción de normas penales como medio de prevención de la criminalidad o sobre descriminalización, siendo que, en relación con esta, quizá se dé continuidad en el proyecto a tipos que prevén conductas cuyo control penal no se justifica, ya sea por su poca trascendencia desde el punto de vista estadístico o porque la respuesta pudiera haberse dado en otras instancias no penales.

Yendo más allá de lo que tiene que ver directamente con el proyecto de código penal y entrando en un contexto más amplio, es importante llamar la atención respecto de que parece seguirse cometiendo el error de pensar que el fenómeno de la criminalidad se puede enfrentar exclusivamente por medio de la criminalización de conductas y de la supuesta intimidación que derivaría presuntamente de la amenaza de castigo, y que es que no se ve que, al mismo tiempo que se trabaja en el proyecto, se esté forjando una verdadera política criminal de Estado, una con vocación más integral.

No puede hablarse, bajo ningún concepto, de que el proyecto de código penal sea el resultado de una política de Estado. Incluso si hablamos de gobierno tampoco se cumple esa premisa, pues el mentor del proyecto a nivel legislativo y quien ha impulsado a toda costa su dictamen, es un legislador no oficialista, al igual que el resto de diputados más activos en la discusión.

Algunos podrían señalar que esa situación es sana tratándose de no politizar un producto legislativo, pero en el caso concreto nos permite solo observar una iniciativa

sectorizada y sin la concurrencia de todos los actores que se lograría bajo un proceso organizado por el aparato estatal que lance la iniciativa o la retome.

Desconocemos si las agencias de control social a lo interno del aparato gubernamental, por ejemplo, tienen algo que decir sobre la forma de normar ciertas conductas o si tienen voz para señalar qué otros eventos, con miras a reducir el conflicto social, no deben tener cabida en un texto penal.

Mientras tanto, dada esa situación, resulta factible que se continúen dictando medidas administrativas tenidas quizás como más eficaces, al margen de una tendencia a penalizar.

Esa misma ausencia de enfoque mediante la participación de todos los sectores, lleva a que en forma concomitante a la rendición del dictamen, sigan emergiendo iniciativas dirigidas hacia la reforma parcial o la ley especial, precisamente por la ausencia de un norte concertado.

No pretendemos que promulgado eventualmente un nuevo Código Penal, orientado por los parámetros deseables que hemos enunciado, luego se cierre la reforma parcial. Sería negar nuestra propia idiosincrasia, que en última hace característico nuestro propia sistema jurídico.

El texto dictaminado contiene bases ponderables, como la relación de principios generales, así como un esfuerzo por responder a la realidad actual y sustraer de la actividad jurisdiccional hechos cuyo control ha sido asumido por otras instancias o que simplemente el paso del tiempo ha situado como no dignos de tutela penal.

Ahora la página siguiente se encontrará, en el análisis de la eventual discusión legislativa a nivel del Plenario y de la herramienta de trabajo que nazca a la vida jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

Ansuategui Roig (Francisco) Problemas de la eutanasia, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III, 1999, 301 p.

Azpilcueta (Hermilio Tomás) Derecho Informático, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A., 1987, 89 p.

Beloff, Mary: “Lineamientos para una Política Criminal”. En: Maier (Julio B.J.) Delitos No Convencionales, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 1994, pp. 149-168.

Borja Jiménez (Emiliano) Ensayos de derecho penal y política criminal, 1era edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, 287 p.

Casado González (María) La controversia sobre la eutanasia. En: El límite de los derechos, Barcelona, EUB, 19996, pp. 165-186;

Comité Episcopal para la defensa de la vida. La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos, EDICE, Madrid, 1999, 256 p.

Castro (Juan Diego) Juristas y Computadoras, San José, Juriscomputación, 1992, 122 p.

Correa, Carlos M, Batto (Hilda N.), Ozar de Zalvendo (Susana) Nozar Espache (Félix) Derecho Informático, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, 237 p.

Correa (Carlos) Evolución reciente del derecho informático en América Latina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, 126 p.

Dall' Anese Ruiz (Francisco) y Chirino Sánchez (Alfredo) Delito, autoritarismo y estado, 1era edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2000, 36 p.

Davidson, (Gerald C.) y Neale (John M.): Psicología de la conducta anormal, segunda edición, Limusa Wiley, México, 2000, 869 p.

Del Piazzo (Carlos) Introducción a la Informática Jurídica y Derecho Informático. Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalia Fernández, 1984, 174 p.

Guibourg (Ricardo) Manual de Informática Jurídica, Buenos Aires, Ediciones Astrea, 1996, 243 p.

Gustavino (Elías) Responsabilidad Civil y otros problemas jurídicos en computación, Buenos Aires, Editorial La Roca, 1987, 139 p.

Hassemer (Winfried) **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación del Derecho Penal.** 1era edición, Valencia, Tirant Lo Blanch-Alternativa, 1999, 296 p.

Hulsman (Louk) **Abolicionismo Penal**, Buenos Aires, Ediar, 1989, 256 p.

Juanetey Dorado (Carlos) **Derecho, suicidio y eutanasia**, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, 178 p.

Legrain (Michel): **Le Nouveau Petit Robert**, Dictionnaires Le Robert, París, 1995, voces “négationniste”, “révisionnisme” y “révisionniste”.

López-Rey y Arrojo (Manuel) **Criminología. Criminalidad y Planificación de la Política Criminal.** Madrid, Aguilar s.a. de ediciones, 1978, 223 p.

Llobet Rodríguez, Javier: “**Prólogo**”. En: Borja Jiménez (Emiliano) **Ensayos de derecho penal y política criminal.** 1era edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, p.

Martínez Sánchez (Mauricio) **La abolición del sistema penal.** Bogotá, Editorial Temis, 1990.

Mayo (Goyeneche) **Informática Jurídica**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, 183 p.

Mir Puig (Santiago) **Política Criminal y Reforma del Derecho Penal.** Bogotá, Editorial Temis, 1982, 261 p.

Nazar Espeche (Félix A.) **Derecho Informático**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, 339 p.

Serrano Gómez (Alfonso) **Criminología e Informática**, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, 447 p.

Pérez Luño (Antonio Enrique) **Manual de Informática y Derecho**, 1era edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1996, 147 p.

Pérez Pinzón (Alvaro Orlando) **Perspectiva Abolicionista**, Bogotá, Editorial Temis, 1989, 342 p.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. **Seguridad Ciudadana y Justicia Penal, perspectiva de la sociedad civil: memoria del foro.** Ed. Laura Chinchilla M., 1era edición, San José, Costa Rica, 1999, 114 p.

Rico (José) **Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea**, México, Editorial Siglo XXI, 1979, 205 p.

Roxin (Claus) **Política Criminal y Estructura del delito,** traducción de Bustos/Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, 213 p.

Roxin, (Claus) **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal,** 1era. Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch-Alternativa, 2000, 158 p.

Sánchez Jiménez (Enrique) **La eutanasia ante la moral y el derecho,** Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, 279 p.

Sánchez Romero (Cecilia) y Houed Vega (Mario Alberto) **La abolición del sistema penal. Alternativas a la violencia institucionalizada,** San José, Editec Editores S.A., 1992, 156 p.

Sarrulle (Oscar Emilio) **La Crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal (Abolicionismo o Justificación),** Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, 189 p.

Silva Sánchez (Jesús María) **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,** Madrid, Cuadernos Civitas, 128 p.

Teichman (Jenny) **Ética Social,** Madrid, Editorial Cátedra, 2003, 240 p.

Tocora (Fernando) **Política Criminal Contemporánea,** Colombia, Editorial Temis S.A., 1997, 178 p.

Willke (J.C.) **El suicidio y la eutanasia,** Cincinnati, Hayes Publishing Company, 1997, 149 p.

Zaffaroni (Eugenio Raúl) **Derecho Penal, Parte General,** Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2000, 1017 p.

Zúñiga Rodríguez (Laura) **Política Criminal,** Madrid, Colex, 2001, 295 p.

B. REVISTAS

Agostino (F.D.) Eutanasia, derecho e ideología. En: **Anales Cátedra F. Suárez,** 1977, pp. 363-380-

Aniyar de Castro (Lola) "Sistema Penal y Sistema Social, la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso". En: **Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle,** Cali, Vol. IX, N° 16, 1986, pp. 36-63.

Antillón Montealegre (Walter) La Legislación Penal en Costa Rica. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica,** San José, Costa Rica, Año 9, N° 14, Diciembre 1997 , pp. 25-40.

Bustos Ramírez (Juan) "Política Criminal y Estado". En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Costa Rica, Año 8, N° 12, Diciembre 1997, pp. 3-9

Canestri (Francisco) Los procesos de descriminalización y criminalización. En: **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, N°5, 1977, pp. 22-47.

Carranza (Elías) Política Criminal y Humanismo en la Reforma de la Justicia Penal. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Año 4, N° 6, diciembre 1992, pp.19-25.

Chirino Sánchez (Eric Alfredo): Política Criminal, Criminalización, Descriminalización y Medios Sustitutivos a la Prisión Análisis Concreto de la Problemática Contravencional. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Año 1, N° 1, diciembre 1989, pp. 7-17.

Díez Ripollés (Juan Luis) Eutanasia y Derecho. En: **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, 1995, pp. 83-114.

Díez Ripollés (Juan Luis) La Contextualización del Bien Jurídico Protegido en Un Derecho Penal Garantista en: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, Año 10, N° 15, diciembre 1998, pp. 15-27.

Maryo (Álvaro) Criminalización para la represión. En: **Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle**, Cali, N° 4, 1984, 34-59.

Mesa Figuera (Guillermo) Familia y Violencia. En: **Revista Uruguaya de Derecho de Familia**, Uruguay, año V, N° 6, junio 1991, 12-26 pp.

Perna (Elena María) Informática Jurídica y Conductas Punibles. **Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal**, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalia Fernández, N° 160, 25 mayo 1989, 9-34 pp.

Politoff (Sergio) Descriminalización y Tutela Jurídica. En: **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, Volumen VIII, N° 27-28, Setiembre-Diciembre 1985 y Enero-Abril 1986, 55-71 pp.

Saavedra (Edgar) Criminalización, decriminalización o abolicionismo. En: **Nuevo Veredicto**, Bogotá, N° 8, 1985, pp. 13-36.

C. CONVENIOS INTERNACIONALES

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General, resolución 1386 (XIV), 14 UN, N° 16, página 19, ONU del año 1959.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 47/133 del 18 de diciembre del año 1992.

Declaración sobre medidas para el eliminar el terrorismo internacional, Anexo de la Resolución 49/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1994.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 4229 del 11 de diciembre del año 1968.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Ley N° 1205 del 3 de octubre del año 1950.

Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José, Ley N° 4534 del 23 de febrero del año 1970.

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio del año 1990.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Ley N° 7573 del 25 de enero del año 1996.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Ley N° 7934 del 12 de octubre del año 1999.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia, Belém do Pará, Ley N° 7499 del 9 de junio del año 1994.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Belém do Pará, Brasil, del 9 de junio del año 1994, Asamblea General de la OEA.

Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, Ley N° 8080 del año.

D. TESIS

Armas Romero (Rossy Bell). **Mujer ante el Sistema Legal Costarricense**, San José, Costa Rica, tesis para optar al grado de licenciatura en derecho, facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986, 342 p.

Guerrero Murillo (Patricia) Rodríguez Jiménez (Karla) **Derecho Informática Costarricense, Sistematización y Análisis**, San José, Costa Rica, Tesis de grado para optar el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derechos, Universidad de Costa Rica, 2001, 344 p.

López Marchena (Nury María) y Xatruch Ledezma (Kattia Nyidia) **La Racionalidad en el Uso de la Cárcel: Un paso entre la Legitimidad y el Abolicionismo**, San José,

Costa Rica, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995, 456 p.

Montero Castillo (Sara) Zúñiga Víquez (Eduviges). **Aspectos Probatorios de la Violencia Doméstica a la Luz de la Legislación Penal**, San José, Costa Rica, tesis de grado para al título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995, 303 p.

Rojas Jiménez (Oscar) **La Informática y los problemas en materia de Calificación Delictual**, San José, Costa Rica, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1995, dos tomos, 1019 p.

E. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre del año 1949 y sus reformas, San José, Imprenta LIL, 2002, 46 p.

F. CÓDIGOS

Código Civil, Decreto N° 30 del 19 de abril de 1886 y sus reformas, San José, Editorial LIL, 2002, 456 p.

Código Penal, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970, San José, Publicaciones Jurídicas, agosto 2002, 146 p.

Código de Procedimientos Penales, Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996 y sus reformas, San José, Editorial Jurídica Continental, 1997, 225 p.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739 del 6 de enero del año 1998 y sus reformas.

G. LEYES

Ley de Construcciones, N° 833 del 4 de noviembre del año 1949.

Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142 del 26 de marzo del año 1990.

Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, N° 7331 13 de abril del año 1993.

Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones, N° 7425 del 9 de agosto del año 1994.

Ley relativa Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, N° 7476 3 de febrero del año 1995

Ley Reguladora del Mercado de Valores, N° 7732 del 17 de diciembre de 1997.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 del 20 de diciembre del año 1994 y sus reformas.

Ley de Modificación del artículo 129 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres N° 7331 y derogación del inciso y) de su artículo 132; adición del artículo 272 bis al Código Penal, N° 7883 del 6 de julio de 1999.

Ley contra la Violencia Doméstica, N° 7586 del 10 de abril del año 1996.

Ley de Reformas de los artículos 215, 274 y 374 del Código Penal, N° 8127 N° 179 del 29 de agosto del año 2001.

Ley de Adición de los artículos 196 BIS, 217 BIS y 229 BIS del Código Penal, para sancionar y reprimir delitos informáticos, N° 8148 del 24 de octubre del año 2001.

Ley de Modificación del Código Penal, Ley N° 4573 y sus reformas, N° 8250 del 2 de mayo del año 2002.

H. REGLAMENTOS

Reglamento a la Ley de Planificación Urbana, Decreto Ejecutivo N° 4240 del 22 de marzo del 1983.

Reglamento para las Investigaciones en que Participan Seres Humanos, Decreto Ejecutivo N° 31078-S del 5 de marzo del 2003.

I. RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 2000-02306 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del 2000.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 305-F-92 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diez de julio de 1992.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 556-F-96 de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del veintisiete de septiembre de 1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 219-98 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del seis de marzo de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 908-98 de las catorce horas treinta y un minutos del veintinueve de septiembre de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 171-99 de las diez horas veinticuatro minutos del doce de febrero de 1999.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2001-00074 de las diez horas con diez minutos del diecinueve de enero del 2001.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, N° 2002-0053 de las diez horas quince minutos del primero de febrero del año 2002.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, N° 2002-0388 de las nueve horas veinticinco minutos del veinticuatro de mayo del año 2002.

J. ANTECEDENTES EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Asamblea Legislativa, Comisión Especial Mixta Nombrada para Estudiar y Dictaminar todos los Proyectos Relacionados con el Ordenamiento Jurídico Penal y Procesal Penal Que Se Encuentran en la Corriente Legislativa, Expediente 12.354, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 21 de setiembre del año 1995.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 2 del 14 de mayo del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 4 del 21 de mayo del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 5 del 22 de mayo del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 6 del 28 de mayo del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 7 del 29 de mayo del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 8 del 4 de junio 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 10 del 11 de junio 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 12 del 18 de junio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 13 del 19 de junio DEL 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 14 del 25 de junio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 15 del 26 de junio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 16 del 2 de julio 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 17 del 3 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 18 del 9 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 19 del 10 de julio 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 20 del 16 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 21 del 17 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 22 del 23 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 23 del 24 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 24 del 30 de julio del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 25 del 6 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 26 del 7 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 27 del 13 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 28 del 14 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 29 del 20 de agosto del 2002)

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 30 del 21 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 31 del 27 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 32 del 28 de agosto del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 33 del 3 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 34 del 4 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 35 del 10 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 36 del 11 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 37 del 17 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 38 del 18 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 39 del 25 de septiembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 40 del 1° de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 41 del 8 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 42 del 15 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 43 del 16 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 44 del 22 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 45 del 23 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 46 del 29 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 47 del 30 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 48 del 5 de noviembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 49 del 6 de noviembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 50 del 12 de noviembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 51 del 13 de noviembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 52 del 19 de noviembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 53 del 20 de noviembre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 54 del 21 de enero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 55 del 22 de enero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 56 del 28 de enero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 57 del 29 de enero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 58 del 4 de febrero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 59 del 5 de febrero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 60 del 11 de febrero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 61 del 12 de febrero del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 62 del 18 de febrero de 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 63 del 19 de febrero de 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 64 del 25 de febrero de 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 65 del 26 de febrero de 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 66 del 5 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 67 del 11 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 68 del 12 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 69 del 18 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 70 del 19 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 71 del 25 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 72 del 26 de marzo del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 73 del 1° de abril del 2003

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 74 del 9 abril de 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 75 del 10 de abril del 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 77 del 23 abril de 2003.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, acta de la sesión ordinaria N° 78 del 29 de abril de 2003.

K. PROYECTOS

Proyecto de Ley Reforma al Código Penal, Expediente Legislativo N° 11.871, Publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 124 del 28 de junio del año 2002.

L. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Exposición de Motivos de Código Penal, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1972, sin paginación.

M. CONFERENCIAS

Mesa Redonda con la participación de los Licenciados Laura Chinchilla Miranda y Federico Malavassi Calvo y el Master Douglas Durán Chavarría, La Orientación Político-Criminal del proyecto de Código Penal, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 29 de noviembre del año 2002.

Conferencia del Doctor Carlos Chinchilla Sandí, La Autoría y la Participación en los Delitos Dolosos e Imprudentes, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 29 de noviembre del año 2002.

Conferencia del Doctor Rafael Gullock Vargas, Los delitos de omisión impropia, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 29 de noviembre del año 2002.

Conferencia del Doctor Alfonso Vargas Aparicio, El sistema de sanciones y los criterios para su individualización, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 30 de noviembre del año 2002.

Conferencia del Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz, Los delitos contra el honor, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 30 de noviembre del año 2002.

Conferencia del Licenciado Federico Campos Calderón, Los delitos contra el ámbito de la intimidad y la autodeterminación informativa, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 30 de noviembre del año 2002.

Conferencia del Doctor Francisco Castillo González, Tratamiento legal de las lesiones deportivas, Auditorio Raúl Crespo Nieves, ULACIT, 30 de noviembre del año 2002.

Inauguración Foro de Discusión del Proyecto de Reformal del Código Penal, Salón de Expresidentes de la Asamblea Legislativa, 6 de febrero del año 2003.

Conferencia de los Doctores José Manuel Arroyo Gutiérrez y Henry Issa El Khoury-Jacob, Principios Orientadores de la Reforma, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 13 de febrero del año 2003.

Conferencia de la Licenciada Laura Chichilla Miranda y el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, Aspectos Político Criminales del Proyecto de Código Penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 20 de febrero del año 2003.

Conferencia del Doctor. Alfredo Chirino Sánchez y la Master Lilliana Rivera, Novedades Dogmáticas Introducidas en el reforma penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 27 de febrero del año 2003.

Conferencia del Doctor Francisco Castillo González, Consideraciones Críticas sobre la Parte General del Proyecto, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 6 de marzo del año 2003.

Conferencia de la Doctora Sandra Zúñiga Morales y el Master José Pablo González Montero, Delitos Ambientales, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 13 de marzo del año 2003.

Conferencia de las Master Tatiana Flórez Acuña y Emilia Rodríguez Arias, Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 27 de marzo del año 2003.

Conferencia de la Licenciada Marlene Gómez, Violencia Doméstica, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 3 de abril del año 2003.

Conferencia del Doctor Carlos Chinchilla Sandí, Delitos Económicos y Derechos Penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 10 de abril del año 2003.

Conferencia de los Licenciados Jorge Rojas y Willie Escalante Quirós, El secuestro de las personas en la reforma penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 24 de abril del año 2003.

Conferencia del Licenciado Federico Malavassi Calvo y el Master Christian Hess Araya, Delito Informático, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 8 de mayo del año 2003.

Conferencia del Dr. Alfredo Chirino Sánchez y la Licenciada Ruth Montoya Rojas, Protección de la intimidad y corpus data en el proyecto de código penal, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 15 de mayo del año 2003.

Conferencia de los Doctores Lolita Aniyar de Castro y Fernando Cruz Castro, Penas Alternativas, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 25 de mayo del año 2003.

Conferencia de los Doctores Sergio Abarca C., Gustavo Gutiérrez Espeleta y Alfredo Chirino Sánchez, Manipulación Genética y Experimentación en Seres Humanos, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 29 de mayo del año 2003.

Conferencia del Lic. Rodrigo Obando Santamaría, Delitos Sexuales, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 12 de junio del año 2003.

Conferencia del Master Enrique Gomarís, Violencia Emocional, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 19 de junio del año 2003.

Conferencia del Doctor Daniel Gonzalez Álvarez y el Licenciado Federico Malavassi Calvo, Delitos contra el Honor y el Crédito Público, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 26 de junio del año 2003.

Conferencia del Doctor Juan Marco Rivero Sánchez, Responsabilidad Civil derivada del hecho punible, Auditorio de la Plaza de la Justicia, 3 de julio del año 2003.

Conferencia de la Master Montserrat Sagot G., Coordinadora Nacional de la Encuesta Internacional de la Violencia contra las Mujeres, de fecha 16 de junio del año 2003.

N. PERIÓDICOS

La Nación, 25 de diciembre del año 2002, p.23A.

La Nación, 25 de diciembre del año 2002, p.23A.

La Nación, 22 de junio del año 2003, p. 5A.

La Nación, 19 de julio del año 2003, p.15A.

Ñ. DICTÁMENES AFIRMATIVOS DE MAYORÍA

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente Especial de la Mujer, “Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres Mayores de Edad”, expediente N° 13.874, dictamen afirmativo de mayoría, 30 de octubre del 2002.

Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, “Ley de Reforma al Código Penal”, expediente N° 11.871, dictamen afirmativo de mayoría, 22 de abril del 2003.

0. INTERNET

Bustos Ramírez (Juan) Bases para una política criminal [en línea]:La Semana Jurídica, Chile, 1997 <www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/753/article-507.html>[Consulta: 6 de abril 2003]

Les Nouvelles du Sénat [en línea], París, 2004.<Disponible en <http://www.senat.fr/Leg/pp103-099.html>>