

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**FACULTAD DE DERECHO**

Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho

**“POLÍTICA CRIMINAL DE PELIGRO Y  
LESIVIDAD”**

*Eida Solís Loría*

**San José  
2006**

**Área de Investigación  
Facultad de Derecho**

---

2 de febrero del 2006.

Doctor  
Rafael González Ballar  
Decano  
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

**EIDA SOLIS LORIA**


**Titulado: "POLITICA CRIMINAL DE PELIGRO Y LESIVIDAD"**

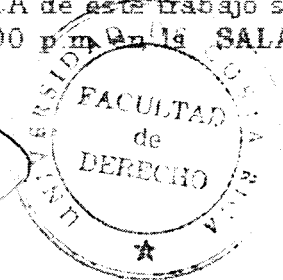
Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

<b>Presidente: DR. JORGE CORDOBA ORTEGA</b>
<b>Secretario: LICDA. ISABEL RODRIGUEZ HERRERA</b>
<b>Informante: DR. MANUEL ROJAS SALAS</b>
<b>Miembro: DR. FRANCISCO DALL ANESE RUIZ</b>
<b>Miembro: DR. RONALD SALAZAR MURILLO</b>

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día 17 de febrero del 2006, a las 17:00 p.m. en la SALA DE REPLICAS.

  
Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director



San José, 10 de enero del 2006

Señor  
Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica  
S.D.

Estimado señor:

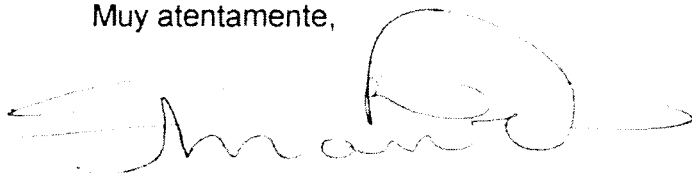
Por este medio me complace dar mi aprobación a la tesis de grado de la egresada Eida Solís Loría, carné A05377 titulada "Política Criminal de peligro y lesividad" que he tenido el honor de dirigir.

La tesis mencionada aborda un tema espinoso y polémico como lo es el referente a los delitos de peligro abstracto en relación con el principio de lesividad, consagrado en nuestra Constitución Política, realizando un estudio sobre la necesidad jurídica existente en la creación de tipos de peligro abstracto e igualmente en la ineludible exigencia de adaptación a los postulados de orden constitucional.

La egresada Solís Loría realiza apreciaciones críticas de mucho interés en relación con el tema, que no lo dudo, darán lugar a una discusión mayor, que se verá enriquecida con el contenido de la tesis.

A lo largo de la investigación se pone de manifiesto que tratándose de Derecho Penal, por estar de por medio aspectos esenciales al ser humano, no es suficiente con establecer presunciones, con lo que de alguna forma se rompe un paradigma existente y se brinda un aporte serio a la Dogmática Jurídica.

Muy atentamente,



Dr. Manuel Rojas Salas  
Cédula 2-410-888

cc. archivo

San José, 30 de enero de 2.006

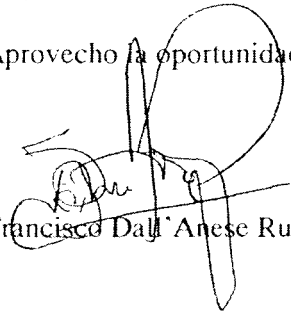
Doctor  
Daniel Gadea Nieto  
Director Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica  
PRESENTE

Estimado don Daniel:

Por medio de la presente me permito informarle que, en mi condición de miembro del Tribunal Examinador, he leído la tesis de grado de la estudiante Eida Solís Loría, carné A05377, titulada "Política Criminal de Peligro y Lesividad", a la que doy mi aprobación por cumplir con los requisitos reglamentarios.

Debo agregar que la estudiante Solís Loría ha transitado por un tema novísimo en el ámbito costarricense, de reciente elaboración en los distintos escenarios jurídicos europeos, por lo que reconozco el aporte para el foro nacional, donde apenas hemos dado -antes del referido documento- unas pinceladas de intercambio de opiniones. Estoy seguro que el trabajo enriquecerá a profesores y estudiantes, al tiempo de propiciar el abordaje más profundo de cuestiones tan urgentes para nuestra academia.

Aprovecho la oportunidad para hacerle llegar un atento saludo,



Francisco Dall'Anese Ruiz

San José, enero de 2006.

Señor  
Dr. Daniel Gadea Nieto,  
Director del Área de Investigación  
Universidad de Costa Rica  
S.....D

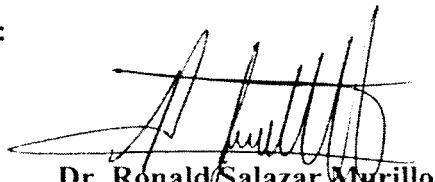
Estimado Doctor Gadea:

Me permito informarle que he revisado detalladamente el Trabajo de Investigación denominado " Política Criminal de Peligro y Lesividad", presentado por la egresada Eida Solís Loría, para optar por el Grado de Licenciada en Derecho. Estimo que el mismo cumple los requisitos formales y sustanciales por lo que le he dado mi aprobación.

Quiero agregar también, que el trabajo hace un importante aporte a la ciencia jurídico penal, al hacer una crítica fundada de la política criminal costarricense, por tender a crear figuras penales de peligro, sin tomar en cuenta los bienes jurídicos que se pretende tutelar.

Por lo anterior, le doy mi aprobación y me suscribo de usted,

Respetuosamente:



Dr. Ronald Salazar Murillo  
Lector

cc. archivo.

## **DEDICATORIA**

A Dios Todopoderoso y a la Virgen María, por ser la luz que guía mi sendero y por haberme permitido hacer realidad este sueño.

A mi esposo, Alfonso, por su amor, comprensión, paciencia y por brindarme su apoyo incondicional en todo momento.

A mis hijos, Luis Alfonso y Jorge Eduardo, por ser la razón de mi existir y el motivo de mi superación.

A mis padres, por haberme dado la vida, y por inculcarme desde pequeña, importantes valores que son los pilares de mi existencia.

## **AGRADECIMIENTOS**

Al Dr. Manuel Rojas Salas, director de mi tesis, por haber sido un verdadero mentor a lo largo de esta investigación, preocupándose siempre hasta de los más ínfimos detalles.

Al Dr. Francisco Dall'Anese Ruiz, quien me sugirió investigar sobre este tema y me brindó su colaboración como lector, a pesar de ser una persona sumamente ocupada.

Al Dr. Ronald Salazar Murillo, quien tan gentilmente me tendió su mano y me prestó su ayuda como lector .

A la Licda. Isabel Rodríguez Herrera y al Dr. Jorge Córdoba Ortega, quienes amablemente aceptaron ser parte del tribunal examinador.

Al Dr. José Manuel Arroyo G., al Dr. Fernando Cruz y al Lic. Ulises Zúñiga, quienes me brindaron su ayuda mediante la concesión de entrevistas enriquecedoras acerca del tema investigado.

Un agradecimiento muy especial a mi amiga Licda. Carmen María Peraza Segura, quien me brindó su valiosa colaboración durante el desarrollo de este trabajo.

A Alfonso, mi esposo, pues sin su invaluable ayuda no hubiera podido alcanzar mi meta.

## INDICE

DEDICATORIA .....	i
AGRADECIMIENTOS.....	ii
INDICE .....	iii
TABLA DE ABREVIATURAS.....	vii
RESUMEN .....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1
TÍTULO I. EL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD POST-INDUSTRIAL.....	9
<b>CAPÍTULO I. Sociedad de Riesgo.....</b>	<b>9</b>
Sección I. Nociones generales .....	9
A. Concepto .....	9
B.- Características .....	27
Sección II. Derecho Penal Moderno .....	32
A.- La situación actual del Derecho Penal .....	32
1.- Características .....	39
B.- Derecho Penal de Riesgo ¿Última Ratio o Sola Ratio?.....	48
<b>CAPÍTULO II. Política Criminal y el Derecho Penal Garantista .....</b>	<b>57</b>
Sección I. Política Criminal.....	57
A.- Noción de Política Criminal .....	57
1.- Política Criminal y Derecho Penal.....	64



B.- La Asamblea Legislativa como principal órgano facultado para dictar la Política Criminal .....	71
Sección II. Principios constitucionales que informan nuestro Derecho Penal ...	84
A.- Principio de legalidad .....	84
1.- Fundamentos .....	91
a.- Fundamento político:.....	91
b.- Fundamento jurídico:.....	93
2.- Garantías .....	94
a.- Garantías sustantivas:.....	95
b.- Garantías procesales .....	100
c.- Garantías de ejecución penal.....	101
B.- Principio de lesividad.....	102
<b>TÍTULO II. DELITOS DE PELIGRO EN LA TEORÍA DEL DELITO .....</b>	<b>111</b>
<b>CAPÍTULO I. Delitos de Peligro.....</b>	<b>111</b>
Sección I. Generalidades.....	111
A.- Noción de peligro .....	111
B.- Conceptualización de delitos de peligro .....	117
Sección II. Clasificación de los delitos de peligro .....	119
A.- Delitos de peligro concreto .....	119
B.- Delitos de peligro abstracto .....	125
Sección III. Elementos configurativos de los delitos de peligro .....	134
A.- Dolo.....	134

1.- Concepto de dolo .....	134
2.- Elementos del dolo.....	138
a.- Elemento cognitivo.....	138
b.- Elemento volitivo .....	139
c.- Clases de dolo.....	140
1.- Dolo directo .....	140
2.- Dolo indirecto .....	141
3.- Dolo eventual .....	143
B.- Culpa.....	146
1. Noción de culpa.....	146
2.- Clases de culpa.....	149
a.- Culpa consciente.....	149
b.- Culpa inconsciente .....	151
<b>CAPÍTULO II. Delitos de Peligro Abstracto .....</b>	<b>153</b>
Sección I. Nociones generales .....	153
A.- Noción de delitos de peligro abstracto.....	153
B.- Bien jurídico.....	163
1.- Concepto.....	163
2.- Bienes jurídicos supraindividuales .....	169
Sección II. La tentativa en los delitos de peligro abstracto .....	172
A.- Generalidades .....	172

B.- Análisis jurisprudencial de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro.....	180
Sección III. Los delitos de peligro en la nueva sociedad del riesgo .....	190
A.- Creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso.....	190
B.- Utilización creciente de delitos de peligro abstracto ante las recientes necesidades de protección y seguridad .....	194
<b>CONCLUSIONES</b> .....	200
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	206

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

SNE	Sin número de edición
p/pp	Página/s
RH	Recurso de Hábeas Corpus
DP	Derecho Penal
CP	Código Penal
N°	Número
snp	Sin número de página
am	Antes meridiano
pm	Pasado meridiano
Depto	Departamento
art.	Artículo
inc	Inciso
AI	Acción de Inconstitucionalidad
PL	Poder Legislativo
SNL	Sin número de ley
CJ	Consulta Judicial
ss	Siguientes
SH	Sin hora

## **RESUMEN**

### **FICHA BIBLIOGRÁFICA**

SOLÍS LORÍA, Eida, “POLÍTICA CRIMINAL DE PELIGRO Y LESIVIDAD”. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006

**DIRECTOR:** Dr. Manuel Rojas Salas

**LISTA DE PALABRAS CLAVES:** Sociedad de riesgo, Sociedad post-industrial, Derecho Penal, Derecho Penal moderno, Derecho Penal de riesgo, Ultima ratio, Prima ratio, ius puniendi, Política Criminal, Derecho Penal Garantista, Estado Constitucional de Derecho, Constitución Política, Asamblea Legislativa, Poder Legislativo, Parlamento, Principio de legalidad, Principio de lesividad, Carta Magna, Delitos de Peligro, Delitos de peligro concreto, Delitos de peligro abstracto, Dolo, Dolo directo, Dolo indirecto, Dolo eventual, Dolo de peligro, Culpa, Bien jurídico, Bienes jurídicos supraindividuales, Tentativa.

## **SÍNTESIS DEL TRABAJO:**

La sociedad de la que formamos parte es denominada Sociedad de Riesgo, la cual se conceptualiza como aquel estadio de la modernidad en el que los peligros producidos en el curso del desarrollo de la sociedad industrial se hacen predominantes.

Este modelo societario se caracteriza por los avances tecnológicos, los cuales brindan beneficios, pero a la vez traen aparejados nuevos riesgos.

En esta época se le exige al Estado que brinde seguridad ante los riesgos propios de este tipo de sociedad. Para lo cual el Estado echa mano del Derecho, especialmente del Derecho Penal, pues por tener las sanciones más severas del ordenamiento jurídico, se espera que el individuo se abstenga de cometer acciones delictivas.

No obstante, el Estado no puede establecer como delito cualquier conducta, sino que debe regirse por los límites que la Constitución Política le impone, dentro de los cuales se encuentran el principio de legalidad y el principio de lesividad.

De tal modo la Política Criminal, entendida ésta como el conjunto de decisiones políticas relacionadas con la delincuencia, la criminalidad y su tratamiento; dentro de un Estado Constitucional de Derecho, debe establecerse

dentro un marco de legalidad. La Política Criminal, en la mayoría de los casos, es resorte de la Asamblea Legislativa.

El Derecho Penal actual tutela nuevos bienes jurídicos supraindividuales, lo que ha provocado cuestionamientos, pues se critica que se tiende a una disolución del bien jurídico, en virtud de que este tipo de bienes jurídicos son de contornos vagos e imprecisos.

Para combatir la criminalidad que se produce en el modelo societario actual, se ha recurrido a la creación de tipos penales de peligro, especialmente los delitos de peligro abstracto; los cuales, para su configuración, no es necesario la lesión al bien jurídico, ni siquiera la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Es por ello que a esta técnica legislativa se le atribuye la característica de anudar la punibilidad de la conducta descrita en el tipo, sin que sea necesario determinar si la conducta es realmente peligrosa.

## **INTRODUCCIÓN**

Vivimos inmersos en una sociedad que se caracteriza por los avances tecnológicos, los que sin lugar a dudas, han traído beneficios al hombre pero a la vez traen aparejados nuevos riesgos, por lo que a este modelo societario se le ha denominado “Sociedad de Riesgo”.

Es innegable que ante tales riesgos se hace necesaria la búsqueda de soluciones, por lo que el Estado se ve en la necesidad de tomar decisiones para contrarrestar los peligros que nos acechan hoy día.

Por eso el Estado recurre al Derecho, principalmente al Derecho Penal, por ser el que cuenta con las sanciones más severas de todo el ordenamiento jurídico, con el fin de ofrecer respuestas a la demanda de seguridad que exige la ciudadanía; olvidando en muchas ocasiones, que el ius puniendi debe ser utilizado sólo en aquellos casos en los que los otros mecanismos de protección no son suficientes para brindar una tutela eficaz.

Las modernas corrientes del Derecho Penal o lo que se ha dado en llamar Derecho Penal contemporáneo, están basadas en la teoría de la Sociedad de Riesgo, en la que se tiende a que el Estado ejerza un mayor control sobre el



individuo, afectándole algunas de sus garantías, restringiéndole sus libertades; produciéndole una sensación de inseguridad subjetiva; lo que produce una colisión con el Derecho Penal Garantista, que, contrario a dicha tesis, impone límites al Estado, otorgando una serie de derechos al ser humano que encuentra, en un Estado Constitucional de Derecho, como el nuestro, tutela a los bienes jurídicos más relevantes.

Dentro de las garantías constitucionales se encuentran el principio de legalidad, que garantiza al ciudadano que no puede ser sancionado por conductas que no se encuentren tipificadas en la ley, y el principio de lesividad establecido en el artículo 28 constitucional, que en su párrafo segundo consagra el límite a la injerencia jurídica del Estado; determinando que en nuestra legislación prevalece el Principio Libertatis (Principio de Libertad), que brinda seguridad al ciudadano, permitiéndole hacer todo lo que no está expresamente prohibido, siempre y cuando sus acciones no contravengan la moral y el orden público.

Es necesario que en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, la Política Criminal, conceptualizada como el conjunto de decisiones políticas relacionadas al aspecto criminal, en donde se debe determinar cuáles conductas son delictivas y las respectivas sanciones que se le deben imponer; sea instituida dentro de un marco de legalidad; señalándole al poder estatal la obligación de

informar con anticipación, al ciudadano obligado, las conductas o acciones punibles.

El Derecho Penal juega un papel relevante dentro de la Política Criminal de un país, en virtud de que se constituye como una barrera en la decisión política, frenando campañas ideológicas de quienes detentan el poder político, pues por la mera voluntad y hasta arbitrariedad de algunos grupos de poder se pueden vulnerar derechos constitucionales.

No obstante, la presión social, que es incitada por los medios de comunicación, tiene cierto protagonismo en el desarrollo de la Política Criminal, pues, en ocasiones, lleva al legislador a tomar decisiones con el objeto de calmar la exigencia de la ciudadanía más que buscar soluciones eficaces a los problemas sociales.

En tales casos adquiere relevancia la Política Criminal con ocasión en que recientemente se han creado algunos tipos penales que corresponden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos; como por ejemplo los tipos penales para la defensa del medio ambiente, los delitos para el combate al terrorismo, los delitos en el ámbito tributario, etc.

Esto tiene lugar con el propósito de contener la problemática de criminalidad que vive nuestra sociedad, lo que ha conllevado a una tendencia al aumento en la utilización de los delitos de peligro abstracto, para tutelar bienes jurídicos supraindividuales de contornos vagos e imprecisos, en contraposición de los bienes jurídicos individuales, tales como la vida, la libertad sexual, el patrimonio, etc. que eran el objeto de protección del Derecho Penal.

Para la configuración de este tipo de delitos no es necesaria la lesión al bien jurídico ni siquiera la puesta en peligro del bien jurídico, por lo que se penalizan conductas que no conllevan una lesión ni siquiera una puesta en peligro del bien jurídico, aumentando de esta manera, el ámbito de intervención penal, lo que ha despertado algunas críticas en razón de que en un Estado de Derecho no pueden concebirse tipos penales que no expresen ninguna conflictividad lesiva; e incluso se tienen que este tipo de delitos son infracciones de mera desobediencia.

En razón de lo expuesto anteriormente se establecen como objetivos generales:

- Investigar si para la solución de conflictos de la Sociedad de Riesgo, especialmente los delitos de peligro abstracto, existe la posibilidad de mantener los principios del Derecho Penal clásico o liberal.

- Determinar cuál es la solución para los nuevos conflictos de la Sociedad de Riesgo, específicamente los delitos de peligro abstracto, en relación con el Derecho Penal Garantista.

Dentro de los objetivos específicos propuestos están:

- Investigar el alcance de la tutela que brinda el Derecho Penal a los conflictos de contenido difuso surgidos en la Sociedad de Riesgo.
- Estudiar el fundamento de la Política Criminal en un Estado Constitucional de Derecho.
- Investigar la función que cumple el Derecho Penal, en relación con los conflictos de contenido difuso, en la Sociedad de Riesgo.
- Investigar la configuración de la tentativa en los delitos de peligro abstracto y su punibilidad en los mismos.
- Analizar la jurisprudencia emanada de las Sala de Casación Penal y Sala Constitucional, respecto a los delitos de peligro abstracto.

En la presente investigación se ha planteado la siguiente hipótesis:

Existe un debate que divide a la doctrina penal actual, en el cual se da forma a la teoría general de riesgos que a su vez trae consigo el Derecho Penal de control social, contrapuesto al Derecho Penal garantista inspirado en la corriente de Luigi Ferrajoli. En Costa Rica, en principio, la aplicación del Derecho Penal de Riesgo viene a violentar el principio constitucional de lesividad, contemplado en el artículo 28 de nuestra carta magna, que suscribe a nuestro país en una corriente penal garantista, en donde, de ninguna manera, se pueden admitir los delitos de peligro abstracto que son justificados por el Derecho Penal de Riesgo; ya que se busca condenar o penar conductas que conllevan la probabilidad de poner en peligro un bien jurídico y no propiamente la lesión como tal de dicho bien jurídico.

Para la realización de la presente investigación, así como también para la comprobación de la hipótesis planteada se utilizará el método deductivo, el cual se dirige de lo general a lo particular; partiendo de la doctrina existente; a la vez que se realizará un análisis jurisprudencial de los votos emitidos por la jurisprudencia de Casación, en relación con los delitos de peligro abstracto, y se procederá a entrevistar a algunas personas especializadas en el campo del Derecho Penal; para lograr un mayor respaldo al tema tratado.

La tesis se encuentra dividida en dos títulos, el primero de los cuales se denomina “El Derecho Penal en la sociedad post-industrial” y el segundo “Delitos de peligro en la teoría del delito”.

El título primero se divide a su vez en dos capítulos. El primero de ellos, llamado Sociedad de Riesgo, se subdivide en dos secciones. La primera de ellas se encamina a aclarar generalidades de este modelo societario, exponiendo su concepto y sus características. En la segunda sección se desarrollan algunos aspectos del Derecho Penal moderno, como su situación actual, sus características y su utilización como prima o ultima ratio.

El segundo capítulo llamado “*Política Criminal y el Derecho Penal Garantista*”, está seccionado en dos apartes. En la primera sección se desarrolla la noción de Política Criminal, el papel que juega el Derecho Penal en la creación de ésta. El segundo aparte expone el rol de la Asamblea Legislativa como principal órgano para dictar la Política Criminal; así como también se realiza un análisis de los principios constitucionales que informan el Derecho Penal.

El título segundo se encuentra dividido en dos capítulos, el primero de los cuales se fracciona en tres secciones. La primera se avoca a desarrollar aspectos generales de los delitos de peligro. La sección segunda se enfoca a su clasificación, exponiendo algunos ejemplos de las dos clases de delitos de peligro

que se encuentran en nuestra legislación. Por su parte la sección tercera desarrolla los elementos configurativos de los delitos de peligro.

El capítulo segundo designado como “Delitos de Peligro Abstracto”, se subdivide a su vez en tres secciones. En la primera se brinda una profunda exposición de aspectos relevantes de este tipo de delitos, tales como su conceptualización, bien jurídico tutelado. Por su parte la segunda sección se avoca a exponer la tentativa en los delitos de peligro abstracto, exponiendo algunas generalidades de ésta y se realiza un análisis jurisprudencial de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro. Por último la sección tercera se inclina a brindar una explicación de la creación de bienes jurídicos supraindividuales y la utilización de los delitos de peligro abstracto en la sociedad de riesgo.

# TÍTULO I. EL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD POST-INDUSTRIAL

## CAPÍTULO I. Sociedad de Riesgo

### *Sección I. Nociones generales*

#### **A. Concepto**

El vivir en una sociedad moderna o post-industrial, como es denominada en el continente europeo, trae consigo problemas significativos, los cuales se originan en los abundantes y enormes riesgos que nos abruman y preocupan todo el tiempo.

Por eso se dice que nos encontramos en un modelo de sociedad que se ha denominado sociedad de riesgo<sup>1</sup>, que ha sido generada por los avances tecnológicos, que paradójicamente, han traído muchos beneficios a la humanidad y a la vez han sido generadores de grandes riesgos a los que nos enfrentamos

---

<sup>1</sup> El concepto de sociedad de riesgo “...describe un estadio de la modernidad en el que los peligros producidos en el curso del desarrollo de la sociedad industrial se hacen predominantes”. BECK (Ulrich). La sociedad del riesgo global, Madrid, Editorial Siglo XXI, SNE, 2002, p. 116



hoy día, tal y como lo señala -retomando el pensamiento del sociólogo Ulrich Beck- la autora Zúñiga al indicar que *“...la tecnología ha aportado indudables beneficios a la vida del hombre, pero también, al poseer su propio dinamismo y sus peculiares reglas que escapan a la voluntad humana, se impone una «lógica del riesgo», en tanto, se presentan peligros irreversibles para las plantas, los animales y las personas”*<sup>2</sup>.

En el mismo orden de ideas se tiene que *“...en las sociedades postindustriales desarrolladas las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, ya que ello propicia la aparición de «nuevos» riesgos de tal magnitud -especialmente de origen tecnológico-, que determina un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad del riesgo”*<sup>3</sup>.

Riesgos a los que los componentes de la sociedad, -llámese ámbito económico, ambiental, sociológico, político, etc.- pero especialmente el campo del Derecho, deben hacer frente para poder cumplir con su principal misión: regular las relaciones humanas con el fin de proporcionar una convivencia social de respeto y armonía; ya que se propugna que *“...el Derecho contemporáneo, y muy*

---

<sup>2</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Laura). *Política Criminal*. Madrid, SNE, Editorial COLEX, 2001 p. 258

*concretamente su sector penal, ha de enfrentarse a la tarea de regulación de conflictos, mediante la regulación de las conductas, en una realidad social caracterizada fundamentalmente por su complejidad y su contingencia.”<sup>4</sup>*

Es en Alemania donde surgen los primeros análisis de este tipo de sociedad, y es principalmente el sociólogo Ulrich Beck quien acuñó la expresión “*sociedad de riesgo*”, y ha sido el pionero en plantear los cuestionamientos acerca de dicho modelo societario<sup>5</sup>.

Para este autor no se debe pensar en la sociedad del riesgo como un término aplicado únicamente a un determinado estado o nación; por el contrario se hace necesario visualizarlo a nivel global<sup>6</sup>; por lo que él enfatiza que *“...la sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global. Pues su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo.”<sup>7</sup>*

---

<sup>3</sup> MENDOZA BUERGO (Blanca) El Derecho Penal en la sociedad del riesgo, Madrid, Editorial Civitas, Primera edición, 2001, p. 25

<sup>4</sup> PAREDES CASTAÑÓN (José Manuel). El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid, SNE, Ministerio de Justicia e interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1995, p. 33

<sup>5</sup> Ver MENDOZA BUERGO, El Derecho Penal... pp 23-25

<sup>6</sup> Pues muchos de los riesgos propios de esta sociedad afectan a toda la humanidad, como lo son los riesgos: nuclear, químico, ecológico y de la ingeniería genética; los cuales no pueden ser limitados ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al espacio... Ver BECK, La sociedad del riesgo global, p. 120

<sup>7</sup> Ver BECK, La sociedad del riesgo global. p. 29

La sociedad está sujeta a cambios y, evoluciona, dependiendo de los sistemas sociales a los que se encuentra sujeta; por tanto todos los ámbitos que se encuentran inherentes a ella, tales como la economía, la industria, la tecnología, la sociología, el derecho, etc deben evolucionar a su ritmo, asumir todos los retos, riesgos, conflictos, y buscarles solución o al menos encontrar la manera de minimizar el impacto que todo desarrollo trae inmerso.

Para nuestro análisis, interesa el término sociedad del riesgo enfocado desde el aspecto penal, por consiguiente, este modelo de interpretar a la sociedad, pone de manifiesto, una teoría comunicacional que concibe al Derecho como un sistema de comunicación cuya función pragmática es organizar la convivencia humana mediante, básicamente, la regulación de las acciones.<sup>8</sup>

Como se mencionó anteriormente, la sociedad como tal sufre transformaciones constantemente; lo que conlleva a la existencia de nuevos riesgos debido a la innovación de la tecnología, el crecimiento de la industria, etc., y como consecuencia de ello nace una *“controversia sobre el modelo sociológico y sobre su posible influencia en el desarrollo actual de las distintas ramas del ordenamiento y específicamente en el terreno penal, focaliza su atención sobre varios aspectos, aunque lo que se consideran sus características primordiales son*

---

<sup>8</sup> PÉREZ DAZA (Abraham). El Derecho Penal ante la Globalización ( Primera Parte). [www.tepantlato.com.mx/biblioteca/tepantlato\\_19/el\\_derecho.htm](http://www.tepantlato.com.mx/biblioteca/tepantlato_19/el_derecho.htm) 25-02-05, 9:35 am

*la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación a la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos.”<sup>9</sup>*

Como vemos el Derecho juega un papel muy importante en una sociedad, y específicamente el Derecho Penal, ya que “...*el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias autoridades es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo aquí también el Derecho procesal penal...*”<sup>10</sup>, por lo que el Derecho Penal se ve enfrentado, en la actualidad, con una gran cantidad de situaciones que surgen a raíz de una globalización amenazante, que necesariamente deben ser reguladas con el fin de proporcionar seguridad ante los riesgos a los que estamos expuestos.

Si bien es cierto, el Derecho, partiendo de su objetivo principal -regular las relaciones entre individuos y entre éstos y el Estado-, para garantizar una mejor convivencia humana, debe atender las exigencias sociales, no necesariamente debe utilizar el Derecho Penal para dar respuesta a todos los problemas sociales; si no que el legislador debe reservar el *ius puniendi*, únicamente para sancionar aquellas conductas que sean efectivamente dañosas y cuando las otras posibilidades de tutela no sean eficaces; así como también debe crear tipos penales que obedezcan al principio de proporcionalidad, es decir, que las

---

<sup>9</sup> Ver MENDOZA BUERGO El Derecho Penal..., p. 24

sanciones impuestas sean proporcionales a la gravedad del comportamiento ilícito.

Debido a esto, la legislación se ha visto en la necesidad de incorporar nuevos tipos penales, principalmente los llamados delitos de peligro, con la finalidad de proteger bienes jurídicos colectivos, tan es así que *"...la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada"*<sup>11</sup>.

No obstante, muchas veces la creación de dichos tipos penales ha sido generada por la presión social, dejando de lado uno de los pilares fundamentales de los tipos penales: el análisis jurídico-penal; por lo que en muchos casos las normas que se crean para regular ciertas situaciones *“urgentes”* no son la solución al problema; ya que no basta con plasmarlas teóricamente sino que es necesario que estos preceptos legales se puedan aplicar o mejor dicho produzcan la eficacia necesaria para la protección de los bienes jurídicos tutelados; lo que conlleva, en muchos casos, a que la ley se convierta en letra muerta, en virtud de

---

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 32

la inoperabilidad con que se enfrenta el juzgador a la hora de aplicar ciertas normas.

Al respecto, Mendoza Buergo ha señalado que los *“...supuestos paradigmáticos en los que la intervención penal no aporta lo que promete son la regulación penal en materia de medio ambiente, el Derecho penal económico, los delitos relativos a estupefacientes, control de armas, entre otros muchos; casos todos ellos en los que la presión de prevención, de protección y, en definitiva, de intervención es tan grande, que ni siquiera se cuestiona la capacidad real del Derecho penal para tutelar eficazmente tales bienes ni su estricta necesidad en todos los casos en los que se utiliza.”*<sup>12</sup> Esta situación se presenta, porque al tratar de dar respuesta a exigencias sociales, muchas veces se produce *“una improvisación en la respuesta penal, a conflictos sociales muchas veces al calor de casos concretos que causan alarma social, entonces la instancia legislativa pretende y a veces da una respuesta comprometida, por ejemplo las cuestiones más significativas que han ocurrido en los últimos diez o quince años son la posibilidad de imponer, a través del concurso material, penas hasta de 50 años, lo segundo la conversión de contravenciones en delitos.”*<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> HEFENDEHL (Roland). *Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc> 25-02-05, 10:15 am

<sup>12</sup> Ver MENDOZA BUERGO. *El Derecho Penal* ..., pp. 56- 57

El sociólogo Ulrich Beck alude a este modelo societario como aquella sociedad en que existe una irresponsabilidad organizada, al argumentar que “La administración del Estado, la política, la gestión industrial y la investigación negocian los criterios que determinan qué ha de considerarse *“racional y seguro”*.”<sup>14</sup>

Ahora bien, podemos entender que esta irresponsabilidad organizada deviene de la estructuración compleja de las organizaciones e instituciones, que por su forma de operar, es necesaria la intervención de varios sujetos, o lo que es lo mismo la interdisciplinaridad, para concretar sus objetivos; por lo que *“...muchas conductas lesivas a bienes jurídicos no se producen ahora como antes, por el comportamiento de una sola persona, sino por la interrelación de conductas en organizaciones sociales, especialmente empresas, que al tener una división funcional del trabajo, jerarquías, funcionan con una serie de principios como el de obediencia, confianza, etc., donde se producen **contextos de grupo riesgosos para bienes jurídicos.**”*<sup>15</sup> De tal manera que a la hora de imputar la responsabilidad de un hecho nocivo, dentro de estos contextos, no es tan fácil, ya que no se puede determinar el individuo específico autor del hecho, en virtud de *“...que la construcción de las sociedades es de persona jurídica, esto es, que se*

---

<sup>13</sup> Entrevista con el Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 25 de octubre de 2005

<sup>14</sup> Ver BECK, *La sociedad del riesgo global ...*, p. 50

<sup>15</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 263

*escinden las conductas de sus miembros de la responsabilidad, tenemos un panorama bastante complejo para individualizar responsabilidades con los criterios de imputación existentes diseñados a partir de un delito naturalístico...”<sup>16</sup>, debido a ello “...las normas establecidas de atribución y responsabilidad –causalidad y culpa- se derrumban. Esto significa que aplicarlas a pesar de todo en la administración, la gestión y la terminología legal produce ahora el resultado opuesto: los peligros aumentan debido a que se hacen anónimos.”<sup>17</sup>*

A modo de ejemplo, se puede citar la destrucción ecológica y peligros tecnológico -industriales motivados por la riqueza, tales como el agujero en la capa de ozono, el efecto invernadero o las carestías regionales de agua, los riesgos impredecibles que implica la manipulación genética de plantas y seres humanos. Así como también la tala indiscriminada de los bosques tropicales, que llevan a la destrucción medioambiental; por otro lado están los residuos tóxicos. De tal manera que los daños pierden sus límites espacio- temporales y se convierten en globales y duraderos, por lo que es muy difícil responsabilizar a individuos concretos de tales daños.<sup>18</sup>

De lo anterior podemos deducir que uno de los cuestionamientos más relevantes de este modelo societario, es la identificación o determinación del

---

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 263

<sup>17</sup> Ver BECK, *La sociedad del riesgo global...*, p. 50



sujeto o sujetos a quienes se les debe imputar la responsabilidad de los daños ocasionados.

De tal manera podemos afirmar que detrás de las personas jurídicas, se ha ido desarrollando una delincuencia, principalmente económica, lo que no quiere decir que no existan otro tipo de delitos como lo son los ambientales, los informáticos por ejemplo; que ha deformado a la sociedad y al derecho. De tal manera que el Derecho Penal se ha resentido por esta realidad, debido a que ha tenido que cambiar de proteger bienes jurídicos individuales, a tutelar también otros bienes e intereses de carácter difuso, conceptualizados como aquellos intereses que *“...pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de un grupo, clase, comunidad, pero sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado”*<sup>19</sup>; ya que *“...en el marco de la Política criminal se asiste con frecuencia a la politización e instrumentalización del Derecho penal en el ámbito de los delitos de peligro, y en especial en el Derecho penal del medio ambiente y en el Derecho penal económico.”*<sup>20</sup> El legislador adelanta el límite de la protección penal, y por eso *“...los códigos penales –y también el nuestro- abordan la punición de conductas cada vez más alejadas del momento de la efectiva lesión del bien jurídico y donde el elemento «resultado», tradicionalmente entendido como*

---

<sup>18</sup> Ver BECK, *La sociedad del riesgo global ...*, pp. 54-57

<sup>19</sup> ARMIJO (Gilbert) *La Tutela Constitucional del Interés Difuso*, San José, Editorial UNICEF, primera edición, 1998, p. 18

*modificación producida en el mundo exterior como consecuencia de la acción típica, empieza a adquirir perfiles cada vez más difusos.”<sup>21</sup>*

Al respecto, Herzog considera que el Derecho Penal es la solución a los grandes peligros que nos acechan hoy día<sup>22</sup>, pues afirma que el Derecho Penal moderno, con su utilización cada vez más intensiva de los delitos de peligro, puede entenderse como una respuesta a la complejidad y presencia de las situaciones de peligro en la vida moderna.<sup>23</sup> En las que no se produce un resultado dañoso para el bien jurídico y debido a que esta clase de delitos, para su configuración, no contempla la lesión al bien jurídico tutelado, sería una forma de tratar de evitar tales situaciones de peligro, pues al ser el Derecho Penal, un derecho sancionatorio, el cual contempla las sanciones más severas para el individuo, y ante la amenaza de que se le conculquen derechos fundamentales, tales como la libertad, se abstenga de la comisión de conductas peligrosas determinadas como delictivas.

Ahora bien, en relación con la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, se argumenta que los “...entes jurídicos no son susceptibles de

---

<sup>20</sup> SESSANO GOENAGA (Javier Camilo). La protección penal del medio ambiente. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [http://www.criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-11.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf), 22-05-05, 2:35 pm

<sup>21</sup> DE LA CUESTA AGUADO (Paz M.). Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. Valencia. SNE, Editorial Tirant Lo Blanch, 1994, p. 16

<sup>22</sup> Pues para afrontar la tutela de estos intereses el Estado va a recurrir a sus instrumentos jurídicos sancionatorios, tales como el Derecho penal. Así SESSANO GOENAGA, Op. cit

ser sometidas al control penal y, por lo tanto, no pueden tener responsabilidad penal.”<sup>24</sup> Esto en virtud del principio “societas delinquere non potest, según el cual no es admisible la punibilidad de las personas jurídicas quedando, en todo caso, sólo la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o civiles”<sup>25</sup>.

*Debido a “Las dificultades jurídicas de afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran vinculadas a cuestiones que conciernen al problema del sujeto y de la norma jurídica. En este sentido, los argumentos tradicionales utilizados para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran su fundamento en la incompatibilidad de la persona jurídica con las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, así como con la función y la esencia misma de la pena.”<sup>26</sup>*

Nuestra Sala Constitucional dispuso que la teoría de la responsabilidad objetiva o culpa in-vigilando, no encuentra aplicación en el ámbito del derecho penal, en virtud de que: *“El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el 30 que “Nadie*

---

<sup>23</sup> HERZOG Citado por SESSANO GOENAGA, Op. cit

<sup>24</sup> BACIGALUPO (Silvina). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires, SNE, Editorial Hammurabi, 2001, p. 23

<sup>25</sup> Ibid, p. 27

*puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención", de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva, o culpa invigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta -como ya se dijo-debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente."*<sup>27</sup>

En esta misma línea de pensamiento encontramos al autor Joachim Hirsch, el cual señala que *"...sólo la persona humana, y no la corporación, es considerada penalmente capaz."*<sup>28</sup>

En este mismo orden de ideas se señala que *"Nadie ha visto a una sociedad ocupando una incómoda celda de prisión o marchando aprensivamente hacia el cadalso"*<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> *Ibid*, p. 29

<sup>27</sup> *Sala Constitucional*, Voto RH N° 500 de 17 Horas del 15 de mayo de 1990

<sup>28</sup> JOACHIM HIRSCH (Hans). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, SNE, Editado por Centro de

Es importante rescatar que la mayoría de la doctrina, como lo ha manifestado Lange, se inclina *“...por negar la posibilidad de instituir la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisamente por su incompatibilidad con el principio de culpabilidad.”*<sup>30</sup>

Partiendo de un *“...concepto tradicional de culpabilidad, sobre la base de la idea de la libertad de voluntad y de un reproche ético-social, la responsabilidad penal de la persona jurídica será difícilmente compatible.”*<sup>31</sup>

Podemos concluir que debido a la estructuración de las empresas e instituciones nos enfrentamos al problema de la imputación de la responsabilidad, específicamente penal, de los daños producidos; pues las personas jurídicas están conformadas por varios órganos, los cuales interactúan entre sí para obtener los fines u objetivos de su empresa; por lo tanto, y en virtud del principio *societas delinquere non potest*, no es admisible la atribución de responsabilidad penal a los entes jurídicos. Así como también, atendiendo al principio de culpabilidad, según el cual es necesaria la demostración de una relación de culpabilidad entre el

---

Publicaciones, Ministerio de Justicia, Volumen 46, N° Fascículo 3, Septiembre-Diciembre, 1993, p. 1099

<sup>29</sup> NINO (Carlos Santiago) Los límites de la responsabilidad penal. Citado por RUIZ IMBERT (Juan Pablo) y UREÑA CHACÓN (Carlos José) *La Vigencia del Principio Societas Delinquere Noa Potest (Inimputabilidad de las Personas Jurídicas) desde la Perspectiva del Derecho Penal Económico Moderno*, San José, Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, p. 181

<sup>30</sup> Ver BACIGALUPO (Silvina), Op. Cit., p. 134

<sup>31</sup> Ibid., p. 159

hecho cometido y el resultado de la conducta; se hace imposible aplicar sanciones de carácter penal a las personas jurídicas, pues el ilícito debe reprochársele personalmente al sujeto activo.

No obstante, existen algunas tendencias que propugnan por responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, tal es el caso de von Weber y Rotberg, siendo este último el máximo defensor de dicha posición, que desde el punto de vista de la función de la pena argumentan la posibilidad de la aplicación de sanciones con carácter penal a las personas jurídicas; en virtud de la creciente importancia de los entes jurídicos en la vida social y de que el reconocimiento de derechos y obligaciones a los mismos supone el reconocimiento de cierta libertad social; y el uso indebido de esta libertad social debe tener como consecuencia la exigencia de responsabilidad penal. En este sentido la pena aplicable a la persona jurídica tiene por fin la limitación de la libertad económica de las mismas, y por lo tanto, resulta idónea a su finalidad; en el tanto de que tiene la misma función que la pena del Derecho penal individual, sea la retribución.<sup>32</sup>

Existe jurisprudencia alemana que ratifica la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, *“como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal alemán en su importante sentencia de 1966, BverfGE 20, 323, 334, en la que, por un lado, se reconoce que el principio de culpabilidad*

*surge directamente del principio de Estado de Derecho reconocido en el Grundgesetz alemán y, por otro lado, se reconoce la posibilidad de llevar a cabo un juicio de culpabilidad de las personas jurídicas a través de la culpabilidad de “las personas responsables de la misma que actuaron en su nombre”. Sobre la base de este fundamento se permitió en el Derecho alemán la inclusión de la sanción de multa a las personas jurídicas en el 30 OWiG en la reforma del mismo en 1968.”<sup>33</sup>*

En Costa Rica, Salazar Murillo, ha sido claro en concluir que la imputación objetiva, es el mecanismo para solventar la problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas, señalando que *“Ante la dificultad de entrar a examinar la voluntad de la persona jurídica a través de los sujetos naturales que la representan, se hace necesario establecer el concepto de imputación objetiva, entendido que si la corporación ejerce una actividad la cual debe orientarse conforme a las reglas, y si la organización o empresa va más allá del marco de libertad permitido y excede el riesgo permitido con resultado dañoso, por acción u omisión, debe responder penalmente por la lesión producida”*.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Ver BACIGALUPO (Silvina), *Op. Cit.*, p. 133

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 160, pie de página N° 49

<sup>34</sup> SALAZAR MURILLO (Ronald). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica. En *Ensayos de Derecho Penal Accesorio*, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2002, p. 211

Ahora bien, recordemos que la persona jurídica es una ficción creada por el Derecho, como nos lo señala SAVIGNY, en su teoría de la ficción, en la que establecía como característica esencial de este tipo de entidades su esencia ficticia. Dicho autor explicaba: *“...que la persona jurídica como tal no podía sufrir una auténtica responsabilidad punitiva, responsabilidad que sólo podía recaer en los seres humanos que se escondían tras la misma, es decir, los únicos responsables reales del delito”*<sup>35</sup>. De este modo, para SAVIGNY era totalmente improbable sancionar una persona jurídica sin transgredir con ello la gran máxima del Derecho Penal, que exige la identidad del delincuente y del condenado.<sup>36</sup>

Al respecto, Zaffaroni argumenta que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción, por lo que podemos decir que no pueden ser sujetas a penas; y que puede ser más efectivo someterlas a otro orden de sanciones, lo cual puede contribuir a eludir la extrema selectividad sancionatoria del poder punitivo.<sup>37</sup>

Ahora bien, podemos argumentar que las personas jurídicas tienen obligaciones, pero debemos entender que sus efectos se producen, únicamente

---

<sup>35</sup> MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General, PPU, Barcelona, 1995 Citado por VASCO MOGORRÓN, (María del Carmen). Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, N° 12 Enero-Abril 2002, [http://www.comadrid.es/pres\\_serv\\_juridicos/revista\\_juridica/numero12/estudio\\_3.htm](http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero12/estudio_3.htm), 08-07-05, 11 am

<sup>36</sup> MONCAYO, N.J. Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Depalma, Buenos Aires, 1985, Citado por VASCO MOGORRÓN, María del Carmen. Op. cit.

<sup>37</sup> ZAFFARONI (Eugenio R.) Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, SNE, 2000, pp. 408-409



en el ámbito civil, debido a que no podemos acarrearles responsabilidad penal, en el estricto sentido de la pena como privativa de libertad, ya que sería ilógico condenar a las personas jurídicas a penas de prisión; atendiendo a la máxima que indica que el Derecho Penal es personalísimo.

Pero la cuestión importante es que debemos aceptar, queramos o no, estos riesgos o peligros, ya que los mismos son producto de la globalización o mejor dicho, de un desarrollo tecnológico al cual no se puede cerrar los ojos, ni dar la espalda, ya que somos parte del mismo, y no importa hacia dónde pretendamos mirar, las consecuencias nos alcanzarán, ya que la contaminación, llámese ambiental, nuclear, etc, no conoce límites, tan es así que “...el envenenamiento del aire, el agua, el suelo, las plantas y los alimentos “no sabe de fronteras”<sup>38</sup>, de tal modo que no estamos exentos a ser víctimas de los peligros que son generados por el “progreso”.

Como un ejemplo de lo anterior podemos señalar que si bien es cierto que en nuestro país no se desarrolla la energía nuclear; esto no garantiza que estemos fuera del peligro de sus consecuencias, ya que, como lo menciona el sociólogo Ulrich Beck, el riesgo debe visualizarse de forma global, y por lo tanto no respeta fronteras.

Bien lo señala este autor al argumentar que *“La sociedad del riesgo no es una opción que pueda elegirse o rechazarse en el curso del debate político. Surge a través del funcionamiento automático de procesos autónomos de modernización que son ciegos y sordos a las consecuencias y los peligros.”*<sup>39</sup>

## **B.- Características**

La sociedad de riesgo o sociedad postindustrial presenta algunos aspectos definitorios<sup>40</sup> que la caracterizan, tales como:

1. El cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas. En el sentido de que se dice que a diferencia de otras épocas, en donde los peligros que amenazaban a las sociedades eran de origen natural, tales como plagas o desastres naturales; la sociedad actual o sociedad de riesgo se caracteriza por presentar peligros artificiales, o sea creados por el hombre, los cuales además de ser de una magnitud creciente, son de una dimensión alarmante con respecto a los naturales, pues *“vivimos en un mundo donde los peligros creados*

---

<sup>38</sup> Ver BECK, La sociedad del riesgo global ..., p. 36

<sup>39</sup> Ver BECK, La sociedad del riesgo global ..., p. 114

<sup>40</sup> Ver MENDOZA BUERGO, El Derecho Penal ..., pp. 25-32

*por nosotros mismos son tan amenazadores, o más, que los que proceden del exterior.”<sup>41</sup>*

Aunado a esto hay que resaltar que por ser producto del accionar humano, ya que estamos hablando de altos riesgos tecnológicos relacionados al manejo de productos químicos, energía nuclear, tecnología genética, etc, son de carácter globalizado, ya que son *“...riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras”<sup>42</sup>* en el tanto de que los riesgos no respetan fronteras, razas, edades, sexo, etc, por lo que nos encontramos ante una situación bastante crítica ya que suponen posibilidades de autodestrucción colectiva, debido a que la humanidad entera está en peligro; pues *“...muchos de los nuevos riesgos (contaminaciones nucleares o químicas, sustancias nocivas en los alimentos, enfermedades civilizatorias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata.”<sup>43</sup>*

2. Otro elemento caracterizador de este tipo de sociedad es la *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad*. En virtud de que en la actualidad, al existir agrupaciones, asociaciones, empresas, en fin

---

<sup>41</sup> SANZ MULAS (Nieves). La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. *Revista de Ciencias Penales*, San José, N° 22, Año 16, setiembre 2004, p. 29

<sup>42</sup> ALCÁCER GUIRAO (Rafael). *Protección del futuro y daños cumulativos*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf) 22-08-05, 8:15 am

personas jurídicas, es más difícil determinar la responsabilidad del individuo autor de determinado delito, ya que es casi imposible la individualización del responsable con base en los criterios clásicos del Derecho Penal (modelo de responsabilidad individual); pues como todas esas organizaciones encierran numerosos individuos que participan en la toma de decisiones y también, propiamente, en el actuar mismo para poder lograr los objetivos propios de su grupo, se ha llegado a sustituir el accionar individual por un accionar de carácter colectivo; dificultando o mejor dicho imposibilitando determinar la responsabilidad penal de autor; ya que interactúan diferentes procesos y por esa razón se ha hablado de una irresponsabilidad organizada; pues en cuanto más compleja sea una institución más posibilidades existen de que el individuo tenga un sentido de responsabilidad menor, en el tanto de que sienta que su aporte es mínimo e incluso insignificante para la producción de riesgo alguno.

3. El último aspecto caracterizador es una sensación de inseguridad subjetiva debido a que *"...en nuestros días, pues estamos viviendo tiempos en que se percibe en la sociedad una creciente sensación de*

---

<sup>43</sup> BECK (Ulrich). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Primera edición, Editorial Paidós, 1998, p. 33

*inseguridad derivada del incremento de la ola de violencia delictiva*"<sup>44</sup>, y podríamos decir que esta sensación de inseguridad subjetiva es consecuencia de los dos elementos definitorios arriba citados; y que existe independientemente de que se presenten peligros reales, ya que estamos sujetos a riesgos emanados de la evolución tecnológica, y por no tener certeza del alcance de las consecuencias del accionar humano, y el desconocimiento acerca de si se toman en cuenta algunas medidas precautorias por parte de aquellos en los cuales recae la responsabilidad de tomar decisiones, tanto en el ámbito tecnológico, económico, político, etc., y que si bien es cierto, pregonan que no existe riesgo alguno, que actualmente vivimos en la época más segura, aunque esto no es tan real, ya que como lo señala el sociólogo F. X. Kaufmann, basado en investigaciones de algunos científicos, *"...se parte de una sociedad cuyos miembros viven más seguros que nunca pero que, paradójicamente, tienen una creciente sensación subjetiva de inseguridad"*.<sup>45</sup> Ante tal situación existe una demanda normativa a raíz de que *"...la amenaza de violencia -sea real o sólo supuesta- es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que*

---

<sup>44</sup> LASCANO (Carlos Julio). La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes", [www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf](http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf), p. 159, 25-02-2005, 10:12 am

<sup>45</sup> Ver MENDOZA BUERGO, El Derecho Penal..., p. 30

*requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide por medio de un acuerdo normativo social, para el cual, de nuevo, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.”<sup>46</sup>*, por lo que se espera que dicha demanda normativa venga a proporcionar seguridad, tanto en relación con los riesgos y peligros a los que estamos expuestos, así como también medidas que nos proporcionen un reforzamiento en la confianza, para que de esta manera nos sintamos libres de temores.

---

<sup>46</sup> Ver LASCANO, *Op. cit.*, p. 159

## **Sección II. Derecho Penal Moderno**

### **A.- La situación actual del Derecho Penal**

Considero relevante, antes de iniciar el desarrollo de este aparte, definir qué se entiende por Derecho Penal. Éste es conceptualizado como *“...la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad.”*<sup>47</sup>

De la anterior acepción podemos deducir que es ejercido por el Estado, ya que es el único que está facultado, tanto para crear como para aplicar las normas penales; en esta línea de pensamiento se tiene que el Derecho Penal es público, en virtud de que es competencia del Estado y por último, es de suma importancia recalcar que es utilizado con el fin de proteger valores e intereses, aunque su estrategia sea amenazar con males a todo aquel que lesione dichos valores.

Vivimos en una época donde *“Al Estado se le exige mucho más que antes, que tutele todos los derechos de los ciudadanos, que brinde seguridad ante los*

*nuevos riesgos sociales y las posibles catástrofes, en definitiva, que nos asegure el bienestar general. Ante la falta de mecanismos de tutela adecuados, a la primera instancia de control que acude la ciudadanía es al sistema penal, los medios de comunicación refuerzan esta tendencia y los poderes públicos utilizan la herramienta penal también como una respuesta simbólica frente a la problemática social que subyace.”*<sup>48</sup> Por tal motivo se puede argumentar que el Derecho Penal puede ser visto como un instrumento de control social del que echa mano el Estado para lograr una máxima protección de los bienes jurídicos tutelados, en virtud de que al ser el Derecho Penal el que cuenta con las sanciones más severas, puede ser la herramienta eficaz para persuadir al individuo de que se abstenga de la comisión de conductas delictivas. No obstante, el Estado no debe pretender utilizar al *ius puniendi* para solucionar todos los conflictos sociales; sino que debe recurrir a las otras formas de tutela con las que cuenta y sólo en el caso de que éstas no sean efectivas para lograr una protección adecuada, recurra al Derecho Penal, respetando, de esta manera, el principio de ultima ratio.

Podemos argumentar que la utilización del Derecho Penal ante los nuevos riesgos se basa en la creencia de que por ser ésta la rama del derecho que cuenta con las sanciones más severas, tales como la pena privativa de libertad, se espera

---

<sup>47</sup> CARBONELL MATEU (Juan Carlos) Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Tercera edición, 1999, p. 29



que produzca un mayor efecto en las personas, y que ante las amenazas de perder uno de sus más preciados derechos, tal cual es la libertad, se de la posibilidad de que se abstengan de realizar conductas antijurídicas. Considero que en algunos casos sí es necesario el uso del Derecho Penal para tratar de evitar que se produzcan conductas delictivas, como es el caso del tráfico de drogas, pues con tal proceder se vulnera un bien jurídico de relevancia para el ser humano, tal es la salud pública, y en donde el blanco de este tipo de criminalidad es un sector de la sociedad bastante vulnerable, como lo son los niños y adolescentes.

Por tal motivo vemos como en la actualidad, específicamente en nuestro país, se promulgan leyes especiales que contienen tipos penales con penas de prisión, tales como la Ley de Armas y Explosivos, la cual contiene, en su Capítulo X, tipos penales con sanciones de prisión; de igual manera encontramos la Ley General sobre el VIH-Sida, que también comprende tipos penales con penas de prisión en su Título IV; La Ley de conservación de La Vida Silvestre que igualmente contempla tipos penales con este mismo tipo de sanción; por mencionar sólo algunos ejemplos, ya que al igual que estas leyes, existen otras que tienen inmersos algunos tipos penales, en donde necesariamente le compete al Derecho Penal el conocimiento de los procesos en que se establezca la comisión de alguna de las conductas tipificadas en estos tipos penales. Las leyes

---

<sup>48</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op.cit.*, p. 268

especiales son aquellas que vienen a regular áreas específicas, es decir, le compete la tutela de determinada materia, en donde se estima indispensable la presencia del *ius puniendi* para regular aquellas conductas que resulten más dañosas para el bien jurídico tutelado.

Como se mencionó en la primera sección de esta investigación, estamos viviendo una época, en que si bien es cierto, el hombre ha alcanzado grandes logros, invenciones muy beneficiosas para la humanidad, también ha desarrollado nuevos riesgos que vienen a poner en peligro su misma existencia; debido a que *“la evolución tecnológica implica la aparición de nuevas formas de riesgo, o dicho de otro modo, una sociedad cada vez más industrializada es una sociedad-potencialmente- cada vez más peligrosa”*.<sup>49</sup>

Ante tal situación se pretende que el Derecho Penal, que se ha encargado especialmente, de tutelar aquellos bienes jurídicos más importantes para el ser humano, tales como la vida, la libertad sexual, la integridad física, entre otros, sea el que se encargue de dar soluciones a las situaciones de riesgo que día a día surgen con el accionar humano, en virtud de que *“...las normas de derecho penal son aquellas regulaciones sociales que se asientan más profundamente en*

---

<sup>49</sup> Ver SESSANO GOENAGA, Op. cit

nosotros.”<sup>50</sup>, a raíz de que “...el derecho penal dispone de las sanciones más severas frente a las lesiones normativas: privación de libertad en la forma de la pena de prisión, desapoderamiento patrimonial, en forma de penas de multa, tratamientos coactivos, prohibición de conducir, inhabilitación para cargos públicos...”<sup>51</sup>

*“Es evidente que los intereses de las generaciones futuras, en cuanto potenciales no pueden encarnarse en bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física o la propiedad, por lo que su protección no puede llevarse a cabo a través de la prohibición de lesionar esferas ajenas de libertad.”<sup>52</sup>.*

Al respecto, la doctrina ha señalado *“...que el Derecho contemporáneo, y muy concretamente su sector penal, ha de enfrentarse a la tarea de regulación de conflictos, mediante la regulación de las conductas, en una realidad social caracterizada fundamentalmente por su complejidad y su contingencia”*.<sup>53</sup>

Por tal motivo se han creado algunos tipos delictivos que corresponden a la figura de los delitos de peligro, especialmente los denominados delitos de peligro abstracto, que protegen bienes jurídicos colectivos; como por ejemplo los tipos

---

<sup>50</sup> HASSEMER (Winfried). *Crítica al Derecho Penal de hoy*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2003, p. 19

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 19

<sup>52</sup> Ver ALCÁCER GUIRAO, *Op. cit*

penales para la defensa del medio ambiente, los delitos para el combate al terrorismo, los delitos en el ámbito tributario, etc. En igual sentido *“El profesor Hassener (sic) afirma con todo acierto que el Derecho Penal moderno ha priorizado la criminalización de ciertas conductas relacionadas con el medio ambiente, las drogas, la economía, el tratamiento informático de datos, el terrorismo, la criminalidad organizada”*<sup>54</sup>

Debido a que la doctrina señala que el papel fundamental del Derecho Penal es asegurar las condiciones para una existencia de la sociedad, se espera que sea el *ius puniendi* el que responda a los problemas modernos. De tal manera es importante señalar que el Derecho Penal muestra dos caracteres en el tanto que puede ser enfocado como Derecho Penal represivo y Derecho Penal preventivo. Este segundo aspecto, que es muy relacionado con el actual Derecho Penal moderno, lo podemos entender en cuanto a que el Derecho Penal de hoy se ha visto en la necesidad de crear nuevos tipos penales, tales como los delitos de peligro abstracto, en materia ambiental, económica, tráfico de drogas, etc, o sea se han expandido sus fronteras de punibilidad, e inclusive se protege al bien jurídico, en un momento previo a su lesión, en virtud de que sanciona la simple puesta en peligro de dicho bien jurídico; por lo que se dice que lo *“...que diferencia*

---

<sup>53</sup> Ver PAREDES CASTAÑÓN, *Op. cit.*, p. 33

<sup>54</sup> HASSEMER (Winfried) *Perspectivas del Derecho Penal del futuro*, Citado por AGUILAR TORRES (Ramiro), *Las nuevas tendencias del Derecho Penal contemporáneo.*  
<http://www.aguilartorres.com/archivos/art2.doc>, 10-06-05, 10:35 am

*el Derecho penal, llamémosle clásico, del que se está configurando en la actualidad, es que este último protege más bienes –configurados además de modo distinto- y los protege antes, es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico.”*<sup>55</sup> Por lo tanto, se produce un adelantamiento en la protección del bien jurídico tutelado, pues se sancionan conductas que no necesariamente lesionan el bien.

Esto se observa con la creación de los delitos de peligro, tanto concreto como abstracto, en donde se protege al bien jurídico en un estadio previo a la lesión, pues en ninguna de estas dos clases de delitos se exige que el bien jurídico haya sido lesionado, sino que es suficiente la verificación del peligro al que se expuso el bien jurídico (peligro concreto) y por otro lado, es necesario únicamente, la realización de la conducta típica para la configuración del tipo penal.

Mendoza Buergo argumenta que *“el Derecho penal se ve así forzado en un proceso de expansión continuo, asumiendo un papel que no le pertenece ni en exclusiva ni tampoco de modo prioritario y que podría abocar a una situación en la que se tiende a la seguridad de los bienes jurídicos a través de un modelo*

---

<sup>55</sup> MENDOZA BUERGO (Blanca). Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Editorial Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, SNE, Tomo 52, 2002, p. 282

*preventivo que conduciría a un Estado intervencionista y, en un cierto modo, a un Estado de la seguridad.”<sup>56</sup>*

Al respecto se puede decir que, tanto el aspecto represivo como el preventivo, son instrumentos utilizados por el precepto legal para lograr su objetivo: la tutela de los valores e intereses con rango constitucional; y que ambas llevan a la privación de ciertos derechos de aquellos individuos que infringen, mediante su conducta contraria a derecho, la norma penal.

## **1.- Características**

Debido al contexto en el que se desarrolla el Derecho Penal moderno, sea la sociedad postindustrial, así como también a la evolución a la que ha sido sometido, ha desarrollado, podemos decir, ciertos rasgos característicos propios; que vienen a diferenciarlo del Derecho Penal clásico.

Hassemer nos señala que *“...las características del moderno derecho penal son: la protección de bienes jurídicos, la idea de prevención y la orientación a las consecuencias”<sup>57</sup>*

---

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 284

Con respecto a la primera de ellas, la protección de bienes jurídicos, se ha presentado una variación, en el sentido de que el Derecho penal moderno ha pasado de tutelar bienes jurídicos individuales a bienes jurídicos colectivos de carácter difuso<sup>58</sup>; justificando de esta manera una criminalización excesiva; pues nos enfrentamos a la definición de *“...tipos delictivos cada vez más intangibles y abstractos; a la criminalización de variadas actividades y comportamientos en innumerables sectores de la vida social; a la supresión de los límites mínimos y máximos en la imposición de penas privativas de libertad para aumentarlas indiscriminadamente...”*<sup>59</sup>, debido a que los criterios que servían de fundamento al congresista, en el Derecho Penal clásico, para determinar cuáles bienes jurídicos eran objeto de protección han cambiado, ya que *“...Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas...”*<sup>60</sup>, las cuales no necesariamente van a producir una lesión efectiva del bien jurídico como tal, sino la probabilidad de poner en peligro dicho bien. Esto podríamos decir, que es una consecuencia de la presión social a la que se encuentra sometido el legislador en la actualidad.

---

<sup>57</sup> HASSEMER (Winfried) Persona, mundo y responsabilidad, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, SNE, 1999, p. 47

<sup>58</sup> Entendido éstos como aquellos bienes cuya “particularidad residiría en que acentúan el carácter masivo y universal...Las afecciones a estos nuevos bienes jurídicos afectarán siempre a una *masa* de *individuos* o, por lo menos, a una colectividad”. B. Ramírez Citado por Moreno Rodríguez (Rogelio) Diccionario de Ciencias Penales, Buenos Aires, Editorial Ad – Hoc, 2001, snp

<sup>59</sup> Faria Citado por SANZ MULAS, Op. cit., p. 36

<sup>60</sup> Ver HASSEMER, Persona, mundo, ..., p. 47

No obstante, ese actuar del legislador debe ajustarse a los postulados del Derecho Penal, valorando cuáles bienes jurídicos son merecedores de una tutela penal, en virtud de que las sanciones penales restringen derechos fundamentales del individuo, por lo que no toda conducta debe ser objeto de pena, sino solo aquellas infracciones más graves. Con esa criminalización excesiva, ese aumento indiscriminado de las penas, se transgreden principios del *ius puniendi*, tales como el de ultima ratio y el de proporcionalidad.

Mendoza Buergo señala que una de las características del Derecho Penal actual es la introducción de bienes jurídicos universales o colectivos con perfiles más difusos. De tal manera *“...se acepta que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales -o, más allá, la preterición de la propia referencia al concepto de bien jurídico- es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales; un Derecho penal que no persigue -aparentemente- la conservación de objetos, sino el mero mantenimiento de la vigencia de la norma.”*<sup>61</sup>

Al respecto, nuestra Sala Constitucional ha señalado que *“los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en*



*nuestra Ley -como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una colectividad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas.”<sup>62</sup>*

Dentro de esta categoría se encuentra el medio ambiente, por lo que su protección se vuelve especialmente importante, pues se trata de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado. Por lo tanto, *“Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero "derecho reaccional", que, como su*

---

<sup>61</sup> Ver Mendoza Buergo, *El Derecho penal...*, Op. cit, p. 69

<sup>62</sup> *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, Voto N° 031 de las 16 Horas 30 minutos del 3 de enero de 1995

*nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para "reaccionar" frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos.”*<sup>63</sup>

En relación con la segunda característica, la idea de la prevención, que en el Derecho Penal clásico era considerada como una meta secundaria; actualmente se ha convertido en el paradigma penal dominante; lo que provoca cada vez más difícil considerar asegurados los principios de igualdad y de tratamiento igualitario.<sup>64</sup> Tan es así que *“...el rasgo que define y caracteriza la política criminal de los últimos años se resumiría en la tendencia a consolidar un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, en un sentido indudablemente más inflacionista y criminalizador que despenalizador.”*<sup>65</sup> Pues con la creación de los delitos de peligro, se tiende a penalizar más conductas sin necesidad de que produzcan resultados lesivos para el bien jurídico, e inclusive sin que sea necesaria la verificación de un peligro concreto para el bien jurídico tutelado, como es el caso de los delitos de peligro abstracto.

Ejemplo de la idea de la prevención, lo podemos encontrar en la legislación española, en la regulación penal de drogas y estupefacientes, donde por un lado se pretende resocializar a los drogodependientes, renunciando a castigarlos, si se

---

<sup>63</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 031 de las 16 Horas 30 minutos del 3 de enero de 1995

<sup>64</sup> Ver HASSEMER, Persona, mundo..., p. 49

<sup>65</sup> MENDOZA BUERGO (Blanca). Exigencias de la moderna..., p. 287

someten voluntariamente a tratamiento, mientras que por otro lado amenaza a los narcotraficantes con graves sanciones. De igual manera ocurre con el terrorismo y con la criminalidad organizada, en donde predominan criterios preventivos: agravaciones de los marcos penales, drásticas ampliaciones de los medios coactivos en la fase instructora del proceso penal, así como también la utilización del llamado testigo de la corona, de los arrepentidos, nuevas penas patrimoniales casi indeterminadas, etc.<sup>66</sup>

En cuanto a la orientación a las consecuencias, que era utilizada por el congresista como complemento para una adecuada legislación, se transforma ahora en uno de los objetivos principales del nuevo Derecho Penal, dejando de lado los principios de igualdad y de retribución justa del delito, que eran fundamento de la política jurídico-penal. Estas tendencias se ven ejemplarizadas con las actuales exigencias por hacer del remedio penal un instrumento de instrucción social con la finalidad de sensibilizar a la gente en ámbitos tales como la protección del medio ambiente, la seguridad pública, etc.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Ibid, pp. 49-50

<sup>67</sup> Ibid, pp 50-51

*“La protección de tales bienes jurídicos colectivos da ocasión a abundantes riesgos y dificultades, derivados en su mayor parte de la ausencia de suficiente reflexión sobre su adecuado tratamiento...”<sup>68</sup>*

Ahora bien, si a la hora de legislar no se da un análisis crítico en donde se valore si el Derecho Penal es lo más conveniente o si le compete regular la protección de estos bienes jurídicos, podríamos decir, que no necesariamente la intervención del Derecho Penal, en estos ámbitos, va a ser lo correcto o lo más adecuado; y más bien se corre el riesgo de que se produzca una pérdida de confianza en el *ius puniendi*; pues *“cuando se abusa del derecho penal simplemente se le deslegitima, no se encuentra respuesta más que en funciones penales cada vez más severas, entonces si la cárcel no evita que se siga dando abusos sexuales, la gente empieza a hablar de mutilaciones e incluso de penas de muerte, y esta es la última frontera del Derecho penal y aún así la gente habla de ella como el posible remedio e igual nos vamos a encontrar con que solo más violencia va a generar y más violencia de la peor, la que tiene que ver con un Estado donde la sociedad decide ser homicida.”<sup>69</sup>*

Es necesario que el legislador valore si la utilización del Derecho Penal como regulador de estas situaciones viene a ser lo más adecuado, tal y como lo

---

<sup>68</sup> Ver SANZ MULAS, *Op.cit.*, p. 29

ha establecido nuestra jurisprudencia al señalar que *“Forma parte de la política criminal del Estado y por ende de resorte exclusivo del legislador, el considerar si la intervención del derecho penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico o si más bien es de mayor efectividad la actuación de otra de las ramas del derecho para regular la conducta. El bien jurídico que protege la norma ha de tener suficiente relevancia para justificar la aplicación del derecho penal y sobre todo de la pena privativa de libertad. También, el grado de lesión o peligro en que se pone al bien jurídico tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar una intervención punitiva.”*<sup>70</sup>

De lo contrario se podría suponer que más bien lo que buscan es hacerle entender a la población que hay que respetar el medio ambiente, procurar la seguridad pública independientemente si el medio utilizado es el más acorde o no; como una forma de prevención, tratando de que los individuos se abstengan de realizar ciertas conductas ilícitas.

Así mismo podemos observar que al utilizar al Derecho Penal para regular -en primera instancia- la protección del medio ambiente, la seguridad pública, se está violentando uno de sus principios fundamentales tal es el ser la última ratio, ya que en estos casos se está utilizando como prima o sola ratio, debido a que en

---

<sup>69</sup> Entrevista con el Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 25 de octubre del 2005

materia ambiental quien tiene la competencia, en primera instancia, debe ser el Derecho Ambiental<sup>71</sup>, de igual modo en materia administrativa, donde se puede ubicar la seguridad pública, le compete regularla al Derecho Administrativo; de tal manera que el Derecho Penal debería reservarse como la última solución para resolver estos conflictos sociales y de esta forma no desnaturalizarlo. De igual manera, Rodríguez Arias sostiene que *“la primacía en la lucha contra la degradación ecológica corresponde al Derecho Administrativo, ya que es imprescindible una normativa administrativa que programe todas las actividades que puedan suponer un peligro para el medio ambiente, determinando cualitativa y cuantitativamente cuáles son los límites permitidos en acciones de este tipo.”*<sup>72</sup>

Desde esta óptica, cabría hablar de sanciones administrativas, tales como multas, en el caso de personas físicas; cancelación de la personería jurídica, confiscación de un porcentaje de las ganancias obtenidas, para las personas jurídicas.

---

<sup>70</sup> Sala Constitucional, Voto CJ N° 08124-99 de 15:39 Horas del 17 de noviembre de 1998 (sic).

<sup>71</sup> No obstante, la doctrina ha reconocido que la responsabilidad primaria, en el control jurídico de la conducta anti – ambiental , le corresponde a la legislación administrativa; de hecho el Consejo de Europa ha establecido como condición para el uso del Derecho Penal, en materia ambiental, la inefectividad previa de otras medidas de carácter civil o administrativo, es decir, solamente después de observar el fracaso de estas últimas, previamente aplicadas, será de aplicación el Derecho Penal. Así Rusconi, Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico. En Delitos no convencionales, Buenos Aires, Editores del Puerto, SNE, 1994, p. 170

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ ARIAS Citado por RUSCONI (Maximiliano A.). Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico. Delitos no convencionales, Buenos Aires, Editores del Puerto, SNE, 1994, p. 176, pie de página N° 15

Además al ser utilizado el DP, como *prima ratio*, para la protección de tales bienes jurídicos, se pone en entredicho su eficacia, ya que se ha afirmado que existe una “...constatación manifiesta del fracaso del Derecho penal del medio ambiente, como de cualquier institución que pretenda imputar problemas sistémicos a individuos concretos...”<sup>73</sup> Ante lo cual podríamos pensar que puede llegar a producirse inseguridad jurídica y desconfianza hacia el Derecho Penal. No obstante, no se puede dejar de lado que esta ineficacia del Derecho Penal, obedece a que se le ha obligado a actuar en ámbitos distintos a los de su aplicación, en virtud de que se le ha utilizado para tutelar bienes jurídicos supraindividuales de contenidos vagos e imprecisos en donde su titular no está bien determinado, en contraposición de los bienes jurídicos individuales, tales como la vida, la libertad sexual, el patrimonio, etc, intereses individuales que eran el objeto de protección del *ius puniendi*.

## **B.- Derecho Penal de Riesgo ¿Última Ratio o Sola Ratio?**

Uno de los principios fundamentales del Derecho Penal es ser la última ratio, o sea la última alternativa con la que cuenta el Estado para resolver los conflictos sociales mediante las sanciones de las conductas ilícitas, que por supuesto ya están debidamente establecidas en la ley penal, la cual contempla tanto el precepto legal (la norma) y la sanción que se deberá aplicar en el

---

<sup>73</sup> MULLER-TUCKFELD Citado por SESSANO GOENAGA, Op. cit.

supuesto de que dicha norma sea violada. Por lo tanto el ordenamiento jurídico, frente a un problema social, debe proporcionar todas las soluciones posibles para resolverlo, siendo la última de éstas el Derecho Penal. En igual sentido se ha pronunciado nuestra Sala Constitucional: *“...el Derecho penal debe ser la ultima ratio en un Estado, las medidas que tienden a restringir derechos constitucionales, deben ser utilizadas por el juez excepcionalmente...”*<sup>74</sup>

En el mismo orden de ideas se tiene que *“El principio de la “Última ratio legis” (última razón de la ley) se operativiza en la práctica jurídica y forense, cuando han fracasado los otros sectores del Derecho en la solución de la litis, conflictos de intereses en lucha, cuando no solucionan los derechos conculcados o lesionados. Entonces se pone en movimiento la potestad punitiva del Estado, con todo su arsenal persecutorio, respectivo y conminatorio de las penas, para garantizar la seguridad jurídica, la paz social y la tranquilidad pública.”*<sup>75</sup>

En este sentido *“su utilización constituye el mecanismo de control social legítimo más duro posible.”*<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Sala Constitucional. Voto N° 4385 de las 15:12 horas del veintinueve de julio de 1997

<sup>75</sup> ESPINOZA V. (Manuel) Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo, Círculo de Estudios Ius Filosóficos Cajamarca, Revista Jurídica Cajamarca. [www.galeon.com/ceif/Revista9/penal.htm](http://www.galeon.com/ceif/Revista9/penal.htm) 10-06-05 2:19 pm

<sup>76</sup> Ver CARBONELL MATEU , Op. cit, p. 64



Bien lo señala Ferrajoli al argumentar que *“Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o sean solo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido “engaño de etiquetas”, consistentes en llamar “administrativas” sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Solo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal.”*<sup>77</sup>

Morillas Cuevas argumenta que ante la globalización y los riesgos que ésta trae inmersa, se hace necesario la intervención del DP como instrumento de control en las nuevas formas de delincuencia, pues este autor señala que el Derecho Penal moderno *“...ha de afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, entre los que lógicamente se encuentra el carácter de ultima ratio. Penalización-despenalización, más de ésta que de aquélla, son las pautas que han de configurar el devenir del Derecho punitivo en*

---

<sup>77</sup> FERRAJOLI (Luigi) Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales, Revista de Ciencias Penales, N° 5, marzo de 1992, ABC Ediciones, San José, p. 8

*su aproximación a los aspectos más positivos de la globalización, y en su rechazo a los más negativos.”<sup>78</sup>*

No obstante hay autores<sup>79</sup> que abogan por una intervención directa, o podríamos decir de prima ratio, del Derecho Penal para la protección del medio ambiente. Al respecto, Kuhlen señala que el Derecho Penal ambiental ha de *“...renunciar a la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, para los tipos penales más relevantes en la práctica, como el delito de contaminación de las aguas, ni siquiera exigir una relación de peligro abstracto entre la acción individual y el bien protegido.”<sup>80</sup>* Para Schunemann y Kuhlen, la protección del medio ambiente, por parte del ius puniendi, se fundamenta en la necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana.<sup>81</sup> Por su parte Rusconi argumenta que el medio ambiente, como objeto de protección del Derecho Penal, se basa en que es un bien jurídico de todos; por lo que está vinculado con el sistema social, por lo que es un valor esencial para su desarrollo.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> MORILLAS CUEVAS (Lorenzo). Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro. <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=230>, 10-06-05, 10:15 am

<sup>79</sup> Entre ellos RUSCONI, Algunas cuestiones... ; KUHLEN; SCHUNEMANN Citados por ALCÁCER GUIRAO, Op. cit.

<sup>80</sup> KUHLEN Citado por ALCÁCER GUIRAO, Op. cit.

<sup>81</sup> SCHUNEMANN Y KUHLEN Citados por ALCÁCER GUIRAO, Op. cit.

<sup>82</sup> Ver RUSCONI, Op. cit., pp. 172-173

No obstante, considero que el sistema jurídico de un Estado democrático de Derecho debe agotar todas las opciones con que cuenta para la protección de bienes jurídicos de contenido difuso, llámese medio ambiente, seguridad pública, paz social, etc; pues existen algunas ramas del ordenamiento jurídico competentes en estas áreas, tales como Derecho Ambiental, Derecho Administrativo, entre otros; reservándose como último recurso el Derecho Penal por ser éste la rama del ordenamiento jurídico que cuenta con las sanciones más severas, a tal grado que viene a restringir derechos fundamentales del ser humano, tales como la privación de libertad; de tal manera que se respeten los principios del Derecho Penal como lo son el de intervención mínima, última ratio.

Sin embargo, ante los riesgos que presenta el modelo societario en que vivimos, el Derecho Penal ha sufrido reformas en su parte especial, en tanto que se han ampliado los ámbitos en los que el *ius puniendi* era competente, ya que actualmente el legislador ha incorporado tipos penales para regular la protección del medio ambiente, las drogas, la economía, la informática, el terrorismo, la criminalidad organizada, etc. Considero conveniente la utilización del Derecho Penal en estos campos, pues se tutelan bienes jurídicos supraindividuales de relevancia para el individuo, tales como la salud pública, la paz social, entre otros; siempre y cuando el uso del *ius puniendi* atienda a sus principios rectores, como lo son el principio de ultima ratio, el de razonabilidad y proporcionalidad.

Inclusive, *“...podría decirse que la Política Criminal moderna eficientista que se está presentando en los últimos años en los países europeos postindustrializados de adelantamiento de la intervención penal (Vorfeldkriminalisierung), en la que se ha ampliado el espectro de lo penalmente relevante, es hasta cierto punto autoritaria porque desconoce límites fundamentales de la intervención penal, convirtiendo a la sanción penal en instrumento en manos del Estado como prima ratio”*.<sup>83</sup>

No obstante, hay quienes consideran que el Derecho Penal debe hacer frente a los riesgos que trae inmersos la sociedad postindustrial y por lo tanto justifican la creación de los delitos de peligro para la protección preferente de bienes jurídicos supraindividuales, basándose en la eficacia<sup>84</sup> y conveniencia que se le puede atribuir a la intervención penal en estos ámbitos y en su autonomía, por lo que su protección no puede entenderse como adelantamiento de la tutela penal. *“...Es lógico que en una sociedad distinta surjan nuevas formas de criminalidad, porque el crimen va unido al hombre y todos los medios que sirven y son útiles para el desarrollo del hombre y de la sociedad -informática,*

---

<sup>83</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 35

<sup>84</sup> “...el Derecho penal puede ser eficaz también en estos ámbitos y, no sólo puede ser eficaz, sino que ya lo es actualmente. La pretendida ineficacia no puede fundarse en que se persiguen muy pocos de estos delitos ni en que se siguen realizando actividades delictivas en estos ámbitos, sino que debería de examinarse hasta que punto la creación de estos nuevos delitos no está sirviendo ya para que muchos dejen de realizar estas actividades de forma delictiva, y para obligar a la Administración a tener un mayor cuidado en sus actuaciones.”CORCOY BIDASOLO (Mirentxu). Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, SNE, 1999, p. 200

*industrialización, comunicación, genética...-, también se pueden utilizar de modo contrario a los intereses generales./ Un ejemplo, pienso que válido para explicar lo anterior, puede ser el de la energía nuclear, ..., puesto que es una invención con múltiples utilidades positivas -medicina, energía...- y que, sin embargo, ha sido y puede ser utilizada como medio destructivo. Pero es que su ilícita utilización no es sólo su uso destinado directamente a matar, sino que también es ilícita su utilización cuando, por ejemplo, en empresas de energía nuclear o en hospitales se manipula sin cumplir las medidas de seguridad exigibles en una actividad tan peligrosa. Esa conducta es ilícita con independencia de que se produzcan resultados lesivos que le puedan ser imputables porque la única forma que tiene el Derecho para controlar riesgos de esa magnitud es intervenir antes de que se desencadenen los resultados y, frente a las infracciones más graves el Derecho que debe de intervenir es el Derecho penal, porque la gravedad del riesgo así lo exige.”<sup>85</sup> (el subrayado no es del original).*

Considero que, ante los riesgos propios de la sociedad en la que nos encontramos inmersos, se hace necesaria la creación de tipos penales de peligro, pero a modo de excepción, solo en casos muy calificados, y respetando los principios del Derecho Penal, tales como ultima ratio, proporcionalidad, culpabilidad, pues solo de esta manera se puede garantizar la eficacia del *ius*

---

<sup>85</sup> Ibid, p. 189

*puniendi*, para que de esta manera se refuerce la confianza que tiene la ciudadanía en el Derecho Penal.

Otros<sup>86</sup> justifican la intervención penal para la protección de bienes jurídicos colectivos, como por ejemplo el medio ambiente, fundamentándose en la importancia de avalar la supervivencia de las generaciones futuras, en virtud de que *“...la protección del medio ambiente viene a convertirse en uno de los intereses esenciales a proteger por parte del ius puniendi, y ello se fundamenta precisamente en la improrrogable necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana.”*<sup>87</sup>

De este modo, la política criminal se desenvuelve en un ámbito *“protector y asistencial”, en el que el derecho penal se proyecta como un instrumento para hacer frente a estos modernos problemas.*<sup>88</sup>

A lo que podríamos decir que ante esta compleja y preocupante situación, se ha tratado de hacerle frente a los modernos riesgos, con una inmediata intervención del Derecho Penal, lo que trae como consecuencia un grave

---

<sup>86</sup> Entre ellos KUHLEN y SCHUNEMANN Citados por ALCÁCER GUIRAO, Op. cit.

<sup>87</sup> SCHUNEMANN Citado por ALCÁCER GUIRAO, Op. cit.

<sup>88</sup> CABEZAS CHAMORRO (Sebastián), SFERRAZZA TAIBI (Pietro) Derecho penal de riesgos, [www.carlosparma.com.ar/archivos/art2.doc](http://www.carlosparma.com.ar/archivos/art2.doc), 10-06-05, 9:40 am

problema el cual es la transformación del ius puniendi en prima o sola ratio, violentando de esta manera uno de sus principales principios, el de última ratio.

## **CAPÍTULO II. Política Criminal y el Derecho Penal Garantista**

### **Sección I. Política Criminal**

#### **A.- Noción de Política Criminal**

Se define 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.”*<sup>89</sup>

De tal manera *“...la política criminal ha sido entendida como un sector de la política que está relacionado con la forma de tratar la delincuencia”*<sup>90</sup>, por lo que se hace necesario *“...ver la política criminal como un sector de las políticas totales del Estado, que tiene por objeto establecer cuáles conductas selecciona para sancionar, cuáles conductas son dignas de ser adecuadas a una determinada sanción. Así pues, es parte de la política del Estado destinada a enfrentar el*

---

<sup>89</sup> BORJA JIMÉNEZ (Emiliano) Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal, San José, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2001, p 208

<sup>90</sup> Ibid, p. 208



*problema de la criminalidad; directrices entorno a cómo enfrentar el fenómeno de la criminalidad, cómo resolver los conflictos de la criminalidad”.*<sup>91</sup>

Si la política criminal es vista como un sector de la política general de un Estado, entonces *“...tiene las características básicas de cualquier actuación política: es un conjunto de estrategias para un determinado fin. Conjunto de estrategias, instrumentos, modelos para conseguir un determinado fin”*<sup>92</sup>, por lo tanto se puede decir que la política criminal va a ser definida de acuerdo al tipo de gobierno con que se cuenta; en la que deberá reflejarse el grado de libertad y respeto por sus ciudadanos; por lo que es necesario que *“...la selección de bienes jurídicos tutelados es correspondiente al tipo de Estado que se presenta. En un Estado que se denomine “democrático” los procesos de selección han de ser asimismo democráticos. Contemplará los intereses de las mayorías y de las minorías. El proceso (de selección) estará abierto a un debate público, en donde deberán tener cabida los criterios técnicos de las más diversas posiciones; y en las soluciones privará el interés común y no solo los intereses de la clase económicamente poderosa.”*<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> SALAZAR CARVAJAL (Juan Carlos) Sistema Penal en la Sociedad Democrática, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1998, pp. 106-107

<sup>92</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 23

<sup>93</sup> SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia). Ministerio Público y Derechos Humanos. Una oportunidad para reflexionar: XXV aniversario del Ministerio Público, San José, Poder Judicial, Depto. de Publicaciones e Impresos, 2000, p. 164

Ahora bien, podemos argumentar que en nuestro caso específico, la política criminal debe ajustarse a los lineamientos del Estado constitucional de derecho o Estado democrático; en virtud de que el fundamento para la creación de las leyes, y especialmente las leyes penales, que es el tópico de relevancia en esta investigación; nace de la propia Constitución Política, pues *“...el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1º constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente\_"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la*

---

*protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social.”<sup>94</sup>*

De lo anterior podemos deducir que, necesariamente la formulación de nuestra política criminal deberá apegarse a los principios fundamentales del Derecho Penal garantista, tales como el principio de legalidad, principio de lesividad, entre otros.

Se puede argumentar *“...que un Estado que respeta los límites de los principios y garantías en la intervención estatal basados en el respeto de los derechos fundamentales, actúa legítimamente y realiza una **Política Criminal democrática**, mientras que un Estado que no respeta estos derechos fundamentales, cuya actuación política busca la legitimación con la prevención, realiza una **Política Criminal autoritaria**. Las justificaciones para este tipo de actuaciones han tenido diferentes nombres: «orden público», «seguridad ciudadana», «terrorismo», «tráfico de drogas», «criminalidad organizada». Esta última es la que en varios países como Italia o Colombia, ha servido para argumentar una serie de limitaciones de garantías sustanciales y sobre todo procesales, como «jueces sin rostros», juicios sumarios, secretos, etc.”<sup>95</sup>*

---

<sup>94</sup> Sala Constitucional, Voto N° CJ 6410 de 15 Horas 12 minutos del 26 de noviembre de 1996

<sup>95</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 35

Es por ello que se argumenta que la Política Criminal de un Estado democrático *“...es más difícil de llevar a cabo, pues tiene que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respecto a los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos los individuos, incluidos los delincuentes.”*<sup>96</sup> Por tal motivo, *“...aunque el gobierno de los Estados democráticos tenga como norte el respeto de la legalidad y de los derechos fundamentales dentro del marco constitucional, puede establecerse que hay políticas criminales concretas de corte autoritario.”*<sup>97</sup>

Por otra parte, Von Liszt, plantea la política criminal como disciplina autónoma del Derecho Penal, a la vez que considera que aquella está constituida por el *“conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas”*<sup>98</sup> Pero esto no quiere decir que el Estado, en el caso específico del Estado democrático, para conseguir su objetivo, sea la erradicación del crimen, lo haga a cualquier costo en el entendido de que se violenten los derechos y garantías individuales, ya que *“...la lucha contra el crimen no puede*

---

<sup>96</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. Cit.*, p. 213

<sup>97</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 35

<sup>98</sup> VON LISTZ (Franz) citado por ELBERT (Carlos Alberto) *La criminología del Siglo XXI en América Latina*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, SNE, 1999, p. 276

*emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable.”*<sup>99</sup> Por lo tanto la formulación de la Política Criminal, en un Estado de Derecho *“...no puede rebasar los derechos fundamentales de la persona humana...”*<sup>100</sup>

Bien lo ha señalado Zúñiga Rodríguez al manifestar que *“...ese fin general en el que se enmarca toda Política Criminal tendrá que ser necesariamente el modelo de Estado personalista de realización positiva de los derechos fundamentales y limitado negativamente en su actuación por el respeto de los mismos por encima de cualquier interés general.”*<sup>101</sup>

Otra definición a la que podemos hacer alusión es la que nos señala que la Política Criminal *“...es aquella parte de la política general del Estado que se ocupa de la delincuencia, la criminalidad y su tratamiento.”*<sup>102</sup>

La Política Criminal de un país es en la mayoría de los casos, resorte de la Asamblea Legislativa o Parlamento, el cual mediante leyes determina la línea de

---

<sup>99</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. Cit*, pp. 212-213

<sup>100</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (Fernando). *Derecho Penal: Parte General*, Bogotá, Editorial Temis, Tercera edición, 1997, p. 33

<sup>101</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. cit*, p. 24

<sup>102</sup> Ver CARBONELL MATEU, *Op cit.*, p. 237

las conductas que se considerarán delictivas; en virtud de que en un Estado de Derecho, como el nuestro, conforme a la división de poderes, le corresponde a la Asamblea Legislativa<sup>103</sup> la creación de las leyes. De igual manera lo ha indicado nuestra Sala Constitucional *“...es decisión del legislador y de la política criminal que adopte, tipificar y clasificar las acciones que estima "delito, cuasi delito o falta", en los términos del artículo 39 de nuestra Constitución.”*<sup>104</sup>

Dicho de otra forma, La Política Criminal está dentro del conjunto de decisiones políticas de un país; por lo que se hace necesario un Derecho Penal que frene las campañas ideológicas, pues por la mera voluntad y hasta arbitrariedad de quienes detentan el poder político, pueden violentarse derechos constitucionales.

En este sentido el Derecho Penal juega un papel sumamente importante dentro de la Política Criminal de un país, al servir como una barrera en la decisión política; tal y como lo ha dicho el autor Von Liszt al argumentar que *“el Derecho Penal no tiene que adaptarse a la política criminal ni puede convertirse en su subsistema (funcional), sino que tiene que oponerse a ella, frenándola e incluso,*

---

<sup>103</sup> “...1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica,...Constitución Política, de 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001, art. 121, inc. 1)

<sup>104</sup> Sala Constitucional, Voto AI N° 4850 de 15 Horas 21 minutos del 17 de septiembre de 1996

*en caso necesario, obstaculizándola*”.<sup>105</sup>, cuando ciertas decisiones vengan a vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos y de esta manera proporcionar la máxima seguridad ciudadana; ya que si bien es cierto el Estado tiene el deber de intentar erradicar o disminuir las cifras de criminalidad utilizando para ello los medios que tenga a su alcance, *“...pero encontraría su límite en el conjunto de garantías del ciudadano que postularía el Derecho Penal.”*<sup>106</sup>

Por lo que *“...la actividad política de lucha contra el crimen debería respetar principios estructurales del Derecho Penal como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, prohibición de exceso, etc”*<sup>107</sup>

## **1.- Política Criminal y Derecho Penal**

Las recientes tendencias del Derecho Penal o lo que se ha dado en llamar Derecho Penal contemporáneo, están basadas en la teoría de la Sociedad de Riesgo. El fondo político de esta doctrina tiende a un mayor control por parte del Estado y una menor libertad para el individuo<sup>108</sup>; al respecto Mendoza Buergo ha señalado: *“que quienes, desde el Derecho penal, han aceptado o asumido el topos*

---

<sup>105</sup> VON LISTZ Citado por ELBERT (Carlos Alberto), *OP. cit.*, p. 278

<sup>106</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op.cit.*, p. 217

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 217

<sup>108</sup> En virtud de que con el objeto de minimizar la inseguridad, producto de los riesgos propios de este modelo societario, se tiende a la creación de tipos penales que sancionan conductas que por su idoneidad para crear peligros son consideradas como delictivas, sin la necesidad de que se produzca una lesión efectiva al bien jurídico.

*sociedad del riesgo, consideran que ésta supone o trae consigo determinadas consecuencias que hacen aparecer caracteres de una específica política criminal en la sociedad del riesgo y, ulteriormente, también un específico Derecho penal de tal sociedad”.*<sup>109</sup> Dicho postulado viene a minimizar al individuo frente al Estado; otorgándole a este último más poder con el cual ejerza un dominio total, o dicho de otra forma, neutralice al sujeto, restringiéndole sus libertades; produciéndole una sensación de inseguridad subjetiva; pues la política criminal moderna “...se basa en la idea de que el derecho penal es un instrumento de dirección aceptable desde el punto de vista normativo y realmente eficaz; un medio de política interna (seguridad, salud, economía, etc.), entre otras cosas. Esta idea ha desterrado las metas que tradicionalmente se atribuían al derecho penal: que la garantía de libertad y la protección jurídica deben ser concedidas también al delincuente; que el derecho penal sólo debe intervenir subsidiariamente, como ultima ratio, y limitarse a unos pocos actos lesivos especialmente destacados.”<sup>110</sup> lo que, obviamente viene a producir un choque con el Derecho Penal Garantista, el cual, contrario a dicha tesis, impone límites al Estado, de tal forma que “...el ciudadano no queda, pues, funcionalizado en aras del Estado, sino que es el Estado el que se funcionaliza al servicio del ciudadano...”<sup>111</sup>, procurando una serie de derechos al ser humano y que como tal, encuentra, en un Estado Constitucional de Derecho, como el nuestro, tutela a los bienes jurídicos más relevantes.

---

<sup>109</sup> Ver MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal...*, p. 44

<sup>110</sup> Ver HASSEMER *Persona...*, *Op.cit.*, p. 89



En igual sentido Ferrajoli nos indica que *“la función específica de las garantías en el derecho penal... en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva”*<sup>112</sup>. Estas dos posturas han generado un debate en el ámbito penal.

Así tenemos, por ejemplo, que dentro de nuestro sistema garantista de derecho, existen fundamentos constitucionales que vienen a ser una garantía para el individuo al imponer límites al poder estatal; tal es el caso de nuestra Constitución Política, que en su artículo 28, en el párrafo segundo consagra el límite a la injerencia jurídica del Estado; lo cual ha sido reafirmado por nuestra Sala Constitucional al establecer que: *“El Estado tiene la función de garantizar el máximo de libertad posible, para lo cual su ingerencia debe ser la mínima indispensable. En el campo propio del derecho penal el Estado interviene limitando la libertad de los individuos de la forma más severa que existe. De ahí que con mayor razón en esa área su quehacer no es irrestricto; sino que debe obedecer a parámetros claramente definidos. Constitucionalmente esa garantía está contenida en el artículo 28 el cual señala 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. Ese es el límite que tiene el legislador para definir las conductas a*

---

<sup>111</sup> Ver HASSEMER *Persona...*, *Op.cit.*, p. 44

<sup>112</sup> FERRAJOLI (Luigi) *Derecho y Razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 92

*las cuales les atribuye una consecuencia jurídico penal.”*<sup>113</sup> De esta manera, tenemos que en nuestra legislación prevalece el Principio Libertatis (Principio de Libertad), el cual le otorga seguridad al ciudadano, permitiéndole hacer todo lo que no está expresamente prohibido, siempre y cuando sus acciones no contravengan la moral y el orden público.

Por lo tanto se hace necesario que en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, la Política Criminal, sea establecida dentro de un marco de legalidad; señalándole al poder estatal la necesidad de informar con antelación, al ciudadano obligado, las conductas o acciones sancionables; las cuales implican prohibiciones, y por lo tanto, deberán estar justificadas bajo el rubro de que los actos humanos prohibidos que conllevan un alto riesgo para los fines de la convivencia social deberán, necesariamente, ser sancionados; ya que de lo contrario *“Cuando se abandona el criterio técnico para legislar y se comienzan a promulgar leyes con el único fin de “acrecentar” el caudal electoral con la promesa de “sacar las castañas del fuego” a la ciudadanía contra la llamada inseguridad ciudadana, la política criminal, como tal, deja de existir. Y si a lo anterior le sumamos que no hay voluntad para incorporar otras políticas estatales (económicas, médicas, culturales y educacionales, entre otras) a la política criminal el asunto toma rumbo de convertir el problema en una aporía”*.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Sala Constitucional. Voto N° 08124, de las 15:39 Horas del diecisiete de noviembre de 1998

<sup>114</sup> Ver SALAZAR CARVAJAL, Op. Cit., p. 123

Actualmente, y debido a los riesgos que presenta el modelo societario al que pertenecemos, la ciudadanía clama por una seguridad inmediata y eficaz, por lo que el legislador, se ha visto en la necesidad de atender las demandas de que son objeto, pues ante la criminalidad que se presenta actualmente, tanto la sociedad como los medios de comunicación ejercen presión al Estado para que brinde respuestas inmediatas a tal fenómeno, en virtud de que es al gobierno a quien le corresponde dar soluciones a los problemas que aquejan a la ciudadanía.

Sin embargo, al querer complacer a la población, el Poder Legislativo ha dejado de lado aspectos relevantes a la hora de crear normas que vengán a regular las situaciones complejas y ha cedido ante la presión, sin valorar o someter a un análisis profundo la efectividad de las leyes que van a ser aplicadas ante la comisión de delitos; dando *“...respuestas que no precisamente son las más coherentes, no son las más idóneas, y que, por lo general, están determinadas por el manejo que la prensa hace del problema de la criminalidad y de la cual, a su vez, nuestros legisladores hacen eco.”*<sup>115</sup> Ejemplo de esto lo podemos ver en el incremento que se efectuó del monto máximo de la prisión, pasando de 25 a 50 años; así como también en la creación de leyes draconianas y represivas.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Ver SÁNCHEZ ROMERO, *Op. cit.*, p. 159

<sup>116</sup> Véase *Infra*, pp. 83-85

En etapa previa a elecciones esta situación se hace más evidente, pues hemos observado como los partidos políticos en campaña han incluido en las agendas de discusión los problemas de delincuencia que aquejan al país, de cómo han hecho un elenco de intenciones para atacar esos problemas, y como el país ha aguardado con esperanza la manifestación de esas intenciones en la forma de una política coherente<sup>117</sup>; lo cual nunca llega a materializarse, pues lo que buscan los políticos es ganarse la simpatía de los ciudadanos y por ende su apoyo; así actualmente un candidato presidencial ofrece terminar con el problema de las drogas, ofreciendo aumentar las penas de los tipos penales que regulan ciertas conductas, creando expectativas, podríamos decir, de difícil concreción. Simplemente es un discurso ideológico de una agrupación política que busca ganar partidarios.

Por lo tanto se puede argumentar que *“...la continua presión de la sociedad, con una evidente orientación a las consecuencias, provoca la desarticulación del principio de legalidad, sobrecargando los programas jurídicos penales legislativos y la aplicación y ejecución de los mismos. Regular una materia jurídica penal, aislándola de una manera absoluta de la política, es sin duda utópico e imposible. En nuestro concepto todo intento tendiente por disociar la política, del Derecho en general, o del derecho punitivo en particular, es vano y estéril por cuanto*

---

<sup>117</sup> CHIRINO SÁNCHEZ (Alfredo) La política criminal populista y las políticas de persecución del Ministerio Público en Costa Rica. En Una oportunidad para reflexionar : XXV aniversario del

*significaría negar uno de los sustratos de la esencia misma del Derecho. El Derecho sin política, no es Derecho. Pero también es cierto que, en el ámbito del derecho penal, la mera política no puede dirigir el control y la intervención del Estado sobre la comunidad, debido a que toda decisión legislativa con una carga penal, debe de tener en consideración, como condición sine qua non, el respeto de los principios liberales del ius puniendi, como "la precisión y la permanencia de las definiciones del ámbito criminal, las cuales han de ser garantizadas procesalmente por el principio de legalidad". Si se permite que los intereses de los grupos de presión política contaminen la pulcritud de tales principios, la legalidad se descompone y desarticula."*<sup>118</sup>

Si bien es cierto que se debe dar una respuesta a los problemas sociales, no se puede permitir que únicamente prevalezca el pensamiento político, sino que éste debe ser asociado al Derecho, es decir, el quehacer legislativo, en tratándose de la creación de leyes, principalmente en el ámbito del derecho punitivo, debe atender, en todo momento, al respeto de los principios rectores del *ius puniendi*, pues éstos son los límites al poder punitivo del Estado y a su vez son una garantía para el ciudadano; porque de lo contrario, si se permite que el Estado ejerza su

---

Ministerio Público, San José, Poder Judicial, Depto. de Publicaciones e Impresos, 2000, p. 361

<sup>118</sup> CABEZAS CHAMORRO y SFERRAZZA TAIBI, Op. cit.

control sin atender a estos límites, se corre el riesgo de que la Política Criminal, que se desarrolla en el seno del Parlamento, sea de corte autoritario.

Por tal motivo el Derecho Penal de nuestros días debe tener su origen en la enunciación de una adecuada Política Criminal, con base en la determinación adecuada del problema de la criminalidad actual de la sociedad en un momento determinado; por lo que *“...el derecho penal de nuestros tiempos, debe ser más científico en su creación, no emocional ni simbólico. Y por sobre todas las cosas, no debe confundirse con una moral civil, pues al hacerla, corre el riesgo de ser usado como paliativo en sociedades con urgencia de cambios y medidas totalmente distintas a la simple criminalización de conductas.”*<sup>119</sup>

#### **B.- La Asamblea Legislativa como principal órgano facultado para dictar la Política Criminal**

En el desarrollo de la presente investigación se utilizarán como sinónimos los vocablos: Poder Legislativo, Asamblea Legislativa y Parlamento.

Una de las características fundamentales del Estado de Derecho, como el nuestro, es la concreción de la división de poderes, a saber: El Poder Ejecutivo, El Poder Legislativo y el Poder Judicial; en donde cada uno de ellos tiene su propio

papel, sus propias responsabilidades, con la garantía de que ninguno de los otros va a interferir en su actuar, garantizando de esta manera que el poder no esté en manos de unos cuantos. De esta manera lo establece nuestra Constitución Política<sup>120</sup>.

En este aparte nos avocaremos al papel que juega la Asamblea Legislativa dentro del Estado Constitucional de Derecho; ya que si bien es cierto es el pueblo el encargado de legislar, tal prerrogativa la ostenta el Estado mediante el Poder Legislativo, ya que *"El vehículo que empleaba el poder, que debía emplear el poder, para expresar y hacer efectivas sus decisiones políticas, sus decisiones de política criminal, era antes que ningún otro y principalmente la ley en sentido estricto, contexto en el cual, supuesto que el poder político, en este ámbito, era ejercido, prioritariamente y en función de la "soberanía popular", por el poder legislativo, por el parlamento, a este le correspondía, privativa y excluyentemente, definir el contenido y sentido normativo del "derecho-ley"..."*<sup>121</sup>, y en nuestro caso específico, de acuerdo a nuestra Constitución Política, en su artículo 105, esa potestad es delegada en el Poder Legislativo mediante el sufragio.

---

<sup>119</sup> Ver AGUILAR TORRES. *Op. cit*

<sup>120</sup> "El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias..." Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, 14. edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, art. 9

<sup>121</sup> SOTO P. (Miguel). Derecho y Política en el Estado Constitucional de Derecho: el caso del Derecho Penal. [Islandia.law.yale.edu/sela/ssoto.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/ssoto.pdf), 10-06-05, 10:48 am.

Primero es importante señalar que la Asamblea Legislativa se define como *“...un universo político pleno de diversas manifestaciones humanas. Es, además, un centro de discusión, de denuncia y de control político.”*<sup>122</sup>

Por ser la representación popular, deberíamos suponer que uno de los objetivos principales del Parlamento es buscar el bienestar de la ciudadanía, pues nuestra Constitución Política, en su artículo primero, establece nuestra forma de gobierno como republicana, es decir, como una categoría de ejercicio del poder donde los habitantes somos el centro de la preocupación y del quehacer estatal; por lo que deben dejar de lado sus intereses partidarios. Sin embargo, lastimosamente, la realidad es otra; ya que *“...Los partidos políticos que logren alcanzar un cierto porcentaje de votos, tienen en ella sus representantes y estos expresan las ideas, los intereses y las razones políticas de sus partidos y de los intereses que representan”*<sup>123</sup>.

Por lo que, y sin temor a equivocarme, puedo decir que en el seno de nuestro Poder Legislativo, lo que se lleva a cabo es un cúmulo de negociaciones, en donde los partidos mayoritarios -que generalmente son dos, a excepción de este último período presidencial que se ha caracterizado por tener la Asamblea Legislativa más representativa, pues está conformada por siete fracciones

---

<sup>122</sup> MUÑOZ (Hugo Alfonso). *La Asamblea Legislativa en Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, SNE, 1977, p. 17



políticas-; son los que conservan el poder de nombramiento de funcionarios públicos en cargos estratégicos, para cuya designación se omiten los procedimientos preestablecidos de elección, o se negocian entre corrillos con condiciones que por su falta de transparencia no son expuestos abiertamente.

Ahora bien, una de las atribuciones fundamentales del PL es la creación de leyes, que estipulan un control sobre el comportamiento del individuo, ya que le señalan lo que puede y no puede hacer, claro está, apegado a los derechos fundamentales de todo ser humano; ya que *"En definitiva, se postula, en primer lugar, que dentro del marco que supone el modelo del Estado constitucional de derecho y por ende limitado por el respeto a los derechos fundamentales y, muy especialmente, por el reconocimiento de la autonomía ética de la persona, la decisión política relativa al merecimiento y/o necesidad de pena de una conducta, que determina su incriminación, vía tipificación, compete y es de responsabilidad (política, pero también jurídica) de los legisladores, que respetando ese marco y la "realidad", pueden actuar al efecto con relativa autonomía"*<sup>124</sup>.

Por tal razón y debido a la importancia de llevar a buen término las relaciones humanas o mejor dicho la convivencia social, se hace necesario establecer reglas de comportamiento, en donde si bien es cierto, se restringen

---

<sup>123</sup> Ver MUÑOZ, *Op. cit.*, p. 18

<sup>124</sup> Ver SOTO P. *Op. cit.*

ciertos derechos como consecuencia jurídica de la realización, por parte de un sujeto, de una conducta contraria al deber ser; se garantiza al mismo tiempo derechos a sus semejantes o a la sociedad como tal, de igual o mayor jerarquía como lo son el derecho a la vida, el derecho a la libertad sexual, a la propiedad privada, a la seguridad ciudadana, por mencionar algunos de ellos.

Por lo dicho podemos señalar que *“...la función legislativa es fundamental para la vida en sociedad, porque las leyes dan derroteros, tanto a los gobernantes como a los habitantes: es a través de la función legislativa que se señalan (de antemano) aquellas conductas que deben evitarse (o realizarse, en su caso), para que no ocurran daños sociales importantes.”*<sup>125</sup>

Es por ello que es el Estado, a través del organismo competente, en este caso la Asamblea Legislativa, el que se encarga de la producción de estas reglas para lograr su objetivo, es decir *“...garantizar la vida en comunidad de los ciudadanos, sin introducirse en el ámbito de libertad individual, que cada uno posee.”*<sup>126</sup>; para lo cual se sirve del Derecho Penal<sup>127</sup>, en virtud de que se le atribuye al Derecho Penal la función de garantizar la vida en sociedad a través de

---

<sup>125</sup> ISSA EL KHOURY (Henry), El concepto de “ley anterior” del artículo 39 de la Constitución: la exigencia de la tipicidad, *Revista de Ciencias Penales*, San José, Año 13, N° 19, Agosto 2001, p. 37

<sup>126</sup> FARRÉ TREPAT (Elena). *La tentativa de delito*, Barcelona, Editorial Bosch, Primera edición, 1986, p. 5

<sup>127</sup> En virtud de que éste viene a constituir una barrera en la decisión política de un Estado. Véase *Supra*, pp. 63-64

la protección de determinados bienes jurídicos; es decir, se concibe el Derecho Penal como un Derecho protector de bienes jurídicos cuya lesión pretende evitar<sup>128</sup>; por lo que *"la elaboración de las normas que han de regir su funcionamiento y, especialmente, la selección de los valores a tutelar y, por consiguiente, de las conductas que se va a considerar intolerables y que darán lugar a la reacción es fruto de decisiones políticas. La creación del Derecho penal es, por ello, una actividad del Estado; es decir, de la comunidad social políticamente organizada; no es algo ajeno al sistema mismo."*<sup>129</sup>

De tal manera que *"...en un Estado con división de poderes, el Poder Legislativo tiene, de iure, una función conductora y de delimitación frente a los otros dos poderes, que se ejerce mediante el instrumento de la ley."*<sup>130</sup>, por lo que es de vital importancia que, para que esta división de poderes sea respetada, la ley sea clara, precisa y concreta; ya que de lo contrario *"si el legislador -por el motivo que sea- no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites.*

---

<sup>128</sup> Así FARRÉ TREPAT, *Op. cit.*, p. 33

<sup>129</sup> Ver CARBONELL MATEU, *OP. cit.* p. 65

*Estos límites son, en buena medida, construcciones del lenguaje; con el lenguaje tiene éxito o fracasa una parte de la división de poderes.”<sup>131</sup>*

En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia al señalar que *“...el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal\_.”<sup>132</sup>*

No queda duda de que el legislador *“...tiene la obligación ineludible de describir claramente la conducta, sin acudir a palabras oscuras, frases con sintaxis cuestionable, o falta de verbos definitorios claros, de modo que el ciudadano pueda entender claramente la prohibición y saber, por ende, a qué atenerse, y el juzgador, en su trabajo, pueda saber cuál es la conducta prohibida, en el momento*

---

<sup>130</sup> Ver HASSEMER, *Crítica al Derecho...*, p. 16

<sup>131</sup> *Ibid*, p. 16

<sup>132</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1876 de 16 Horas del 19 de diciembre de 1990

*en que cumple su obligación de detectar la adecuación típica para poder hacer el juicio de reproche. El legislador debe darle al ciudadano conocimiento preciso y al juez pautas claras y definidas, con límites seguros.”<sup>133</sup>*

Por lo que *“...un sistema jurídico penal como el costarricense deberá partir, al menos, de tres premisas fundamentales, que son principios férreos de un Estado como el que demarca nuestra constitución:*

- 1. Que el poder público tiene que tener cuidados esenciales tanto al señalar la sanción en el ámbito legislativo, como al imponerla en el judicial y al hacerla cumplir en el ejecutivo;*
- 2. La referencia necesaria al artículo 9 de la Constitución, en el que se indica que el poder público está dividido en poderes y que quien legisla tiene un poder distinto y separado de quien juzga y de quien ejecuta; y*
- 3. Que el poder que legisla no sólo tiene la obligación de describir de manera clara, precisa y delimitada las conductas que quiere prohibir, sino que, además, debe prohibir sólo aquellas conductas que afecten bienes fundamentales para la convivencia.”<sup>134</sup>*

Como se mencionó anteriormente, estamos viviendo en una época en

---

<sup>133</sup> Ver ISSA EL KHOURY (Henry), El concepto de “ley anterior” ..., p. 38

<sup>134</sup> Ibid, p. 36

donde el ser humano se ha visto amenazado por nuevos riesgos que son producidos por el accionar humano; por lo que la sociedad civil ha adquirido un creciente protagonismo, el cual se manifiesta a través de las universidades, medios de comunicación, iglesias, entre otros; en el tanto en que ha venido exigiendo con mayor fuerza la protección necesaria contra estos riesgos.

Ante tal situación el Estado debe brindar respuestas eficaces, debe crear políticas o lineamientos que combatan la inseguridad ciudadana<sup>135</sup>, ya que como bien lo ha señalado Dall'Anese *“...el problema de seguridad o inseguridad ciudadana no le corresponde resolverlo al Poder Judicial, ni a los jueces, ni a los policías, sino a los políticos en ejercicio”*<sup>136</sup>.

Para ello, es necesario que los legisladores den un tratamiento adecuado, un análisis serio y científico del fenómeno a la hora de crear las normas que regularán tales situaciones y no apoyarse únicamente en un conjunto de sensaciones ciudadanas; ya que resulta *“...absolutamente ingenuo pretender modificar la realidad social a través de la expedición de normas penales. El legislador que actúe de esta manera está buscando usar al derecho penal como un símbolo (amenaza general a la sociedad) más que como un instrumento para*

---

<sup>135</sup> La cual es producto de los riesgos a los que se encuentra expuesta la sociedad actualmente.

*solucionar efectivamente el problema del delito, el delincuente y la víctima. El legislador ligero e irresponsable, actúa más por reflejo ante la reacción emocional de la sociedad que por técnica y objetivos.”<sup>137</sup>*

Considero que el legislador debe realizar un análisis crítico, técnico a la hora de tomar decisiones, principalmente cuando éstas van referidas a la política criminal; en virtud de que el Derecho Penal es el que contiene penas más severas, tales como la restricción de derechos fundamentales del individuo; por lo tanto, el legislador no puede actuar, únicamente, al calor de la exigencia social, y ante cualquier situación que se presente, pues si se utiliza el *ius puniendi* para dar solución a toda demanda social, se produce un abuso del Derecho Penal, corriendo el riesgo de deslegitimarlo.

Ahora bien, no debemos restarle importancia a la presión social ya que es un elemento relevante en la formulación de la Política Criminal, lo que sí es necesario enfatizar es que el legislador no debe fundamentar sus decisiones solamente en esta demanda de la sociedad. Bien sabido es que *“...en la determinación de una política criminal, es obvia la influencia que ejercen los diversos grupos de presión. Las discusiones devenidas de las diversas posiciones*

---

<sup>136</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Seguridad ciudadana y justicia penal: Perspectiva de la sociedad civil. San José, Laura Chinchilla M. Editora, Primera edición, 1999, p.

82

<sup>137</sup> Ver AGUILAR TORRES, Op. cit

*de los sectores sociales van a conformar, -o debieran hacerlo- la política criminal de un país o de una época.”<sup>138</sup>*

Sin embargo, esta presión social muchas veces hace que el legislador tome decisiones a la ligera, pues *“la tarea de hacer las leyes torna al poder legislativo como el objetivo máspreciado de la información colectiva, sobre todo, cuando se trata de la creación de los delitos, el señalamiento de las penas, la creación de leyes penitenciarias y de leyes de policía... LA NOTICIA es el detonante; de inmediato se nota la respuesta con aumentos de penas sin base en estudios previos de realidad o agregados no técnicos a los tipos penales, o creaciones no técnicas de nuevos tipos.”<sup>139</sup>*

No obstante, el problema radica, según Sánchez Romero, en que *“...en nuestro país las decisiones en esta materia son el producto de improvisación, las ocurrencias, la emergencia y la histeria colectiva.”<sup>140</sup>*

Aunado a esto, Aguilar Torres señala que en la actualidad el legislador se ha limitado a reaccionar por reflejo ante la presión emocional de la sociedad, incrementado (sic) el catálogo de infracciones y penas.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Ver SÁNCHEZ ROMERO, *Op. cit.*, p. 166

<sup>139</sup> ISSA EL KHOURY (Henry). Política criminal y penas alternativas. En *Cuatro temas sobre Política Criminal*, San José, CONAMAJ, 1998, p. 83

<sup>140</sup> Ver SÁNCHEZ ROMERO, *Op. cit.*, p. 166

<sup>141</sup> Ver AGUILAR TORRES, *Op. cit*



Con relación a este problema (inseguridad ciudadana), Dall'Anese ha manifestado que *“...los temas relativos a la inseguridad ciudadana y la justicia penal tienden a abordarse de manera confusa, imprecisa y hasta equivocada. Normalmente se tiene la falsa percepción de que la inseguridad ciudadana es un mal y que la justicia penal es su cura.”*<sup>142</sup>

Esto es evidente, pues *“Desde hace mucho tiempo se intenta en nuestro país dar respuesta al problema de la delincuencia con la promulgación de leyes draconianas y represivas. Esta apurada decisión legiferante no corresponde a un análisis detallado y concienzudo de los elementos en juego, sino más bien a una satisfacción de las exigencias de la opinión pública, la cual, de la mano de los medios de comunicación colectiva, exige de sus representantes tales tipos de respuestas.”*<sup>143</sup> Un ejemplo de leyes que contemplan tipos penales sancionados con penas muy altas, es La Ley de estupefacientes, donde podemos citar a modo de ejemplo los artículos 64, 65, los cuales establecen pena de prisión e inhabilitación.

A manera de ejemplo, Dall'Anese ha puntualizado que *“...en 1993, cuando se aumentaron en Costa Rica las penas para algunos delitos, se tenían cifras de criminalidad relativamente bajas: la tasa de homicidios, por ejemplo, era de 4.5 por*

---

<sup>142</sup> Ver Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Seguridad ciudadana* ..., *Op. cit.*, p. 82

<sup>143</sup> Ver CHIRINO SÁNCHEZ, La política criminal “populista” ..., p. 355

*cada 100 mil habitantes; sin embargo, tras el incremento de las penas, la tasa de homicidios pasó a 5.5 por cada 100 mil habitantes.”<sup>144</sup>*

Esta situación demuestra que la solución del problema de inseguridad ciudadana no radica en un aumento de las penas y que la justicia penal no siempre es la respuesta a tal fenómeno. No obstante, nuestros legisladores utilizan el ius puniendi para tratar de combatir la delincuencia o los problemas sociales propios de la sociedad en que vivimos, pensando tal vez, que por ser el Derecho Penal el que presenta las sanciones más graves, los individuos se van a abstener de cometer acciones delictivas; y haciendo caso omiso a esa realidad que revela que el incremento de penas no da el resultado esperado, como apunta Dall'Anese; por lo que se tiene que *“parte importante de las decisiones de política criminal del Estado Costarricense son tomadas con base en informaciones vertidas por medios de comunicación de masas y no con base en un estudio de realidad.”<sup>145</sup>*

Al respecto Sánchez Romero ha indicado que pocas veces -o casi ninguna- ha existido una propuesta de diálogo con las organizaciones de la sociedad civil, sobre temas de tanta trascendencia; por el contrario, teniendo los legisladores un

---

<sup>144</sup> Así DALL'ANESE RUIZ, *En* Programa de las Naciones ... Laura Chinchilla M. Editora, p. 82

<sup>145</sup> Ver ISSA EL KHOURY, *Política criminal y ...* p. 82

proyecto sobre penas alternativas, optaron por un incremento en el límite máximo de la pena de prisión, mediante la reforma al artículo 51 del Código Penal.<sup>146</sup>

Lo que nos evidencia que existe una tendencia, a nivel legislativo, de utilizar la justicia penal como medio de coerción o mejor dicho como amenaza, en busca de una solución a la inseguridad ciudadana; dejando de lado otras alternativas, como se menciona en el párrafo anterior en cuanto al proyecto sobre penas alternativas; opciones como esa deberían de ser analizadas antes de inclinarse por medidas más drásticas como el aumento en las penas, que a la postre han sido cuestionadas en cuanto a su eficacia.

## ***Sección II. Principios constitucionales que informan nuestro Derecho Penal***

### **A.- Principio de legalidad**

Como se ha venido señalando en el desarrollo de esta investigación, el poder de decisión en un Estado de Derecho, como el nuestro, se encuentra sometido a ciertos límites de rango constitucional, los cuales *“...son límites a la coacción penal del Estado impuestos por la protección de la libertad. Entre estos*

---

<sup>146</sup> Ver SÁNCHEZ ROMERO, *Op. cit.*, p. 166

*principios el de mayor tradición es, posiblemente, el principio de legalidad.”<sup>147</sup>; y además vienen a orientar al legislador y al juez en sus tareas de decidir cuáles acciones humanas pueden ser definidas como delito, quiénes pueden ser objeto de sanciones penales y de qué manera debe imponerse la sanción penal.*

Por lo que es de suma importancia, desde el punto de vista de las relaciones del Estado con los ciudadanos, *“...que los habitantes conozcan con claridad las prohibiciones penalmente conminadas, como de que el poder estatal tenga límites definidos en su función punitiva.”<sup>148</sup>*

Ahora bien *“...Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencia insuprimibles (sic) de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley*

---

<sup>147</sup> BACIGALUPO (Enrique). Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, SNE, 1999, p. 75

<sup>148</sup> Ver ISSA EL KHOURY, El concepto de “ley anterior” ..., p. 36

que dijera por ejemplo, *"ser constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres"*, ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso ser el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido..."<sup>149</sup> (el subrayado se adiciona).

Dentro de estos límites, se encuentra el principio de legalidad, el cual *"...constituye el límite más importante del poder de penar del Estado."*<sup>150</sup>, por lo que se puede decir, que viene a ser uno de los principios rectores del *ius puniendi*.

La jurisprudencia argentina ha señalado que este importante principio *"...tiene su raíz profunda en el sistema representativo de gobierno, basado en la soberanía popular y en la separación, correlación y armonía de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial."*<sup>151</sup>

Tales límites son de gran importancia en un Estado de Derecho, en virtud de que le otorgan al ciudadano seguridad jurídica, ya que *"...el administrado puede prever las consecuencias jurídicas de sus actos, especialmente, las*

---

<sup>149</sup> Sala Constitucional, Voto N° 1877 de 16 Horas 02 minutos del 19 de diciembre de 1990

<sup>150</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 181

<sup>151</sup> NÚÑEZ (Ricardo C.). *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Lerner, Volumen I, 1976, p. 92

*consecuencias negativas...”<sup>152</sup>; al mismo tiempo que “...orientan al legislador y al juez en sus tareas de decidir qué puede ser delito, a quiénes se sanciona penalmente y cómo se impone la pena.”<sup>153</sup> De tal manera que “...la adopción del principio de legalidad criminal, y sus derivados, impone a los operadores estatales, sobre todo al legislador y al juez, la alta obligación de puntualizar, en el caso del primero, las conductas sometidas a sanción y no darles el carácter de retroactivas, y al juez, la obligación ineludible de que sus condenas se basen en la ley debidamente promulgada, sin ampliar su contenido por medio de la interpretación y sin aplicarla analógicamente en perjuicio.”<sup>154</sup>*

Al respecto, considero importante tratar de señalar de qué forma este principio impone límites, tanto al legislador como al juez; por lo tanto y siguiendo a Ferrajoli, es necesario hacer tal aclaración en virtud de que las funciones de uno y otro (legislador y juez) son distintas. Por lo que según este autor hay que diferenciar la forma de operar de este principio con relación a las funciones de cada uno; por lo que Ferrajoli, en relación con la función jurisdiccional, manifiesta que este principio obliga al juez al sometimiento a la ley ; ya que *“...el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley*

---

<sup>152</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 144

<sup>153</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política...*, *Op. cit.*, p. 181

*como presupuestos de una pena.”<sup>155</sup> Según el citado autor esta condición equivale al principio de la reserva de la ley, al cual lo denomina como “...principio de mera legalidad, que, como quiera que se la formule, es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes...”<sup>156</sup>*

Con respecto a la otra condición, sea la forma de operar del principio de legalidad con respecto al legislador, este autor lo denomina “...«*principio de estricta legalidad*» para designar la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.”<sup>157</sup>

Ahora bien, la diferencia radica, según Ferrajoli en que “...*mientras el principio convencionalista de mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación...*”<sup>158</sup> Continúa este autor indicando que “...*En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica*

---

<sup>154</sup> Ver ISSA EL KHOURY, El concepto de “ley anterior”..., p. 36

<sup>155</sup> Ver FERRAJOLI, *Derecho y...*, pp 34-35

<sup>156</sup> *Ibid*, p. 35

<sup>157</sup> *Ibid*, p. 35

*con la reserva relativa de ley, entendiendo «ley» en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley, entendiendo «ley» en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley.”<sup>159</sup>*

*“La idea básica de que nadie puede ser castigado penalmente sin que previamente se defina la conducta como delito, se establezca la pena correspondiente, el proceso dentro del cual se impondrá la sanción y estén definidas las reglas de ejecución de la misma, constituye un seguro para los ciudadanos de que no se le (sic) podrá sancionar penalmente de manera arbitraria.”<sup>160</sup>*

Al respecto, Ferrajoli, al referirse al modelo garantista del Derecho Penal, señala que *“según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la*

---

<sup>158</sup> Ver FERRAJOLI, *Derecho y...*, p. 95

<sup>159</sup> *Ibi*, p. 95



*necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.”<sup>161</sup>*

Tal garantía la encontramos inmersa en nuestra carta magna, al señalar, en su artículo 39 que *“A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...”<sup>162</sup>*

A nivel legal, específicamente en el ámbito penal, la encontramos establecida en nuestro Código Penal, considero que por su importancia, en el artículo primero<sup>163</sup> de este cuerpo normativo.

---

<sup>160</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 181

<sup>161</sup> Ver FERRAJOLI, *Derecho y...*, pp. 103-104

<sup>162</sup> *Constitución Política*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 14 edición, 2001, art. 39

<sup>163</sup> “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.” *Código Penal*, Ley N° 4573 de 8 de noviembre de 1971, art. 1

## **1.- Fundamentos**

La doctrina suele darle a este postulado un doble sostén: político y jurídico; los cuales paso a señalar brevemente.

### **a.- Fundamento político:**

*Desde este punto de vista, se dice que el principio de legalidad “...es fruto del pensamiento liberal forjador del Estado de Derecho, por lo cual responde al principio de la separación de los poderes, erigido como postulado garantizador de la vigencia del contrato social (teoría contractualista); según esto, solo el legislador puede determinar las limitaciones a la libertad individual cuando prohíbe o manda conductas al definir el delito e impone restricciones a los derechos individuales, mediante la determinación de las penas (supremacía del legislador).”<sup>164</sup>*

*En igual sentido se tiene que “...el principio de legalidad penal nació históricamente con el sentido de un resguardo individual que encontró su efectividad en la teoría de la división de los poderes de gobierno...La garantía de legalidad se asienta, así, de manera firme en la distinción y separación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo...La libertad no existe en un pueblo donde el*

*poder que ejecuta la ley tiene el derecho de transformar en ley todas sus voluntades; y esta libertad está amenazada si el poder que hace la ley está encargado de aplicarla.”<sup>165</sup>*

En otro orden de ideas encontramos que el fundamento político del principio de legalidad *“...se sitúa en la seguridad jurídica frente al poder estatal ( necesidad de creación de delitos y penas a través de un instrumento normativo escrito y publicado); en el carácter democrático que impone la delimitación del ámbito de las conductas más fuertemente prohibidas y sus correspondientes consecuencias sancionadoras (necesidad de creación de delitos y penas a través de un instrumento normativos (sic) escrito procedente de una asamblea parlamentaria); y, finalmente, se encuentra también en el principio de igualdad de todos los ciudadanos del Estado( necesidad de creación de delitos y penas a través de un instrumento normativo procedente del parlamento nacional y no de las asambleas autonómicas, regionales o federales).”<sup>166</sup>*

Ahora bien, en un Estado de derecho, como el nuestro, es de suma importancia la garantía que le brinda el principio de legalidad al ciudadano, pues le establece límites al poder sancionador que ostenta el Estado, al establecer que el poder encargado de la creación de las leyes no puede ser el mismo que el que las

---

<sup>164</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 264

<sup>165</sup> Ver NÚÑEZ, *Op. cit.*, p. 93

ejecuta y que el que las aplica. De tal manera le otorga seguridad jurídica al individuo, en virtud de que le garantiza que únicamente puede ser sancionado por aquellas conductas previamente establecidas en una ley debidamente publicada, la cual debe contener, de la manera más clara y precisa, la conducta prohibida y su respectiva sanción.

**b.- Fundamento jurídico:**

Desde esta perspectiva se dice que *“...su fundamentación se debe a P.J.A. FEUERBACH (1801), quien la acuñó en la siguiente sentencia: nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali. Dicha formulación, ...estaba vinculada a la teoría de la pena como coacción psicológica – esto es, como prevención general- según la cual la ley penal debe preceder a la acción delictiva para poder cumplir su función preventiva, inhibidora del impulso delictivo.”*<sup>167</sup>

En igual sentido se manifiesta Borja Jiménez al señalar que *“...para FEUERBACH el principio de legalidad constituía una exigencia dimanada de su propia tesis de la coacción psicológica. Si la pena actuaba como un impulso negativo en el hombre que psicológicamente le presionaba en contra de la*

---

<sup>166</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 148

<sup>167</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 264

*realización del injusto, se requería, desde el punto de vista lógico, que las normas fuesen conocidas por los ciudadanos con anterioridad a la perpetración de los hechos sancionados. De otra forma, nunca podría amenazar la conminación penal si ésta no venía dotada de la publicidad suficiente, que se conseguía en aquella época precisamente a través de la ley.”<sup>168</sup>*

Por otro lado, también se ha querido señalar que existe un fundamento técnico-jurídico de este principio en el ámbito de la culpabilidad, al afirmarse que *“...si la pena presupone la culpabilidad, entonces sólo se puede hablar de culpabilidad cuando el autor antes de perpetrar el hecho, sabía o por lo menos podría conocer que su conducta estaba prohibida. Esto debería presuponer que la punibilidad estaba determinada legalmente antes de la realización del injusto.”<sup>169</sup>*

## **2.- Garantías**

Este principio le otorga al ciudadano tres tipos de garantías, a saber: garantías sustantivas, procesales y de ejecución penal.

---

<sup>168</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 148

<sup>169</sup> *Ibid.*, pp. 149-150

**a.- Garantías sustantivas:**

- *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*: La ley tiene que ser escrita, ya que de esta manera se le brinda una mayor seguridad jurídica al administrado, pues sabe de antemano qué conductas están prohibidas y cuál es su respectiva sanción. Por lo que “...en ningún caso es posible en Derecho Penal recurrir a la costumbre como fuente directa, inmediata y formal de la creación de sus presupuestos (el delito) o de sus consecuencias jurídicas (la pena o la medida de seguridad ).”<sup>170</sup>, por lo que “...está prohibido acudir al derecho consuetudinario para crear supuestos de hecho, penas o medidas de seguridad; la costumbre...no tiene eficacia de fuente constitutiva de figuras ni de sanciones de índole penal, ni permite imponerlas o aplicarlas.”<sup>171</sup>

Al respecto nuestra Sala Constitucional ha dicho que “...*todos los actos gravosos para los ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal. Dicho principio adquiere marcada importancia en materia penal, pues tratándose de delitos y penas, la ley es la única fuente creadora. En esta materia es de común aceptación el contenido del aforismo latino*

---

<sup>170</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 153

<sup>171</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 265

*"nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege".*<sup>172</sup> (el subrayado no es del original).

- *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*: De acuerdo a este postulado, “...el elenco de las conductas y de las penas correspondientes a las mismas está determinado exclusivamente por la Ley. Esto significa que el juzgador o el intérprete no puede recurrir a la analogía para extraer una consecuencia desfavorable al sujeto no contemplada expresamente en el conjunto normativo penal.”<sup>173</sup>

En igual sentido se manifiesta Velásquez al indicar que está prohibida “...la aplicación analógica de la ley penal, pues el intérprete no puede llenar los vacíos de la ley acudiendo a una norma semejante o similar, ...no se pueden crear figuras penales ni consecuencias jurídicas por vía analógica, así sea para agravar o imponer las que ya ha contemplado la ley; excepcionalmente, sin embargo, se admite la analogía favorable al reo.”<sup>174</sup> De esto se deduce que la prohibición de la analogía se da únicamente *im malam partem*.

---

<sup>172</sup> Sala Constitucional, Voto N° 1877 de 16 Horas 02 minutos del 19 de diciembre de 1990

<sup>173</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 154

<sup>174</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 265

Nuestro Código Penal<sup>175</sup> prohíbe la aplicación analógica en aquellos casos en donde se presenten lagunas que la ley no prevé.

En la misma línea de pensamiento se ha manifestado la Sala Constitucional, al indicar que *“El artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad en materia penal, principio rector e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune; aún cuando esta sea muy grave. Consecuentemente lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no especialmente descritas en la ley.”<sup>176</sup> (el subrayado se adiciona).*

Por lo tanto, en materia penal, no le está permitido al juez extender a un caso no previsto, la regulación establecida para otro por razones de semejanza.

---

<sup>175</sup> “No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal.” Código Penal, art. 2

<sup>176</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 461 de las 15 Horas 14 minutos del 27 de febrero de 1991



- *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*: De acuerdo a esta proposición “...rige la exigencia de certeza, determinación o taxatividad, según la cual tanto las conductas punibles como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas, incluyendo las medidas de seguridad, deben estar consagradas de manera clara, precisa, y determinadas en la ley para que no haya dudas en torno a su contenido y sus alcances.”<sup>177</sup> Así tenemos que de acuerdo a este postulado rige “...el principio de taxatividad, según el cual el legislador debe, en la medida de lo posible, acudir al empleo de términos típicos claros, precisos, descriptivos y sencillos en la elaboración legal de las figuras delictivas.”<sup>178</sup> Como ejemplos podemos citar los artículos 111 “Homicidio simple” y 208 “Hurto”, ambos del CP, los cuales están redactados de una manera clara, precisa, con vocabulario sencillo, en los que se indica la acción delictiva y su respectiva sanción.

En igual sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia indicando que “...el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de

---

<sup>177</sup> Así Velásquez Velásquez, *Op. cit.*, p. 265

<sup>178</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 155

*una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecúen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal.”<sup>179</sup>*

- *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*: Este subprincipio exige que la ley penal, que tipifique como punible un hecho, debe estar constituida antes de la comisión del acto delictivo, “...en razón de que ella rige para el futuro y no se puede aplicar a hechos perpetrados con anterioridad a su entrada de vigencia; por vía de excepción, sin embargo, impera la aplicación retroactiva cuando la ley posterior es más favorable...”<sup>180</sup>

Esta garantía se establece en nuestra legislación penal<sup>181</sup>, la cual nos indica que la ley penal sólo es retroactiva in bona parte, sea cuando ésta favorezca al reo.

---

<sup>179</sup> Sala Constitucional, Voto N° 1876 de 16 Horas del 19 de diciembre de 1990

<sup>180</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Op. cit., p. 265

<sup>181</sup> “Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue.” Código Penal, art. 12

## **b.- Garantías procesales**

Del axioma, *nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*; el cual significa que *nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal*, y que *la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función.*<sup>182</sup>, se pueden deducir dos principios: el del debido proceso legal y el del juez natural. En cuanto al primero de éstos podemos decir que toda persona, que está siendo perseguida por la presunta comisión de un hecho delictivo, tiene derecho a que se le realice el debido proceso, mediante el cual se le garantice el respeto a sus derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa; *“...ya que nadie puede ser castigado sino en virtud del correspondiente proceso penal...”*<sup>183</sup> Con respecto al segundo principio, el juez natural, existe la garantía constitucional<sup>184</sup>, la cual es acogida por nuestro Código Procesal Penal<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 266

<sup>183</sup> Ver BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, p. 152

<sup>184</sup> “Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.”

Constitución Política, art. 35

<sup>185</sup> “Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley.” Código Procesal Penal, SNL, de 10 de abril de 1996, art. 3

### **c.- Garantías de ejecución penal**

Éstas están expresadas en el enunciado *nulla poena, nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione*, el cual viene a afirmar que *no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial; sin tratamiento humanitario; sin resocialización.*<sup>186</sup>

De tal enunciado se extrae que *“...la sanción penal debe estar presidida por un tratamiento penitenciario y asistencial, pues su ejecución debe rodearse de máximas garantías con miras a que el reo esté protegido debidamente por el Estado, el cual no puede dejarlo librado a su suerte propiciando su degradación y la pérdida de su identidad como persona humana.”*<sup>187</sup>

Este postulado señala además, que debe existir un tratamiento humanitario, ya que la *“...ejecución de la pena y la medida de seguridad debe atender a la calidad de ser humano del reo, quien –aún dentro de la limitación y restricción de bienes jurídicos que por su condición le vienen impuestas- debe ser tratado acorde a su dignidad de persona, sin que al Estado le esté permitido cosificar al individuo para sus fines.”*<sup>188</sup> Por último, continua este autor señalando que *“...no hay pena sin resocialización, pues el tratamiento brindado al reo debe estar encaminado a*

---

<sup>186</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ , *Op. cit*, p. 266

<sup>187</sup> *Ibid*, p. 266

*rehabilitarlo, a curarlo cuando padezca de anomalías físicas y mentales, a reincorporarlo a la sociedad en condiciones aptas para la convivencia...”<sup>189</sup>*

## **B.- Principio de lesividad**

El principio de lesividad *“...suele ser sintetizado en el tradicional aforismo liberal no hay delito sin daño que, traducido al lenguaje actual, equivale a la no existencia de hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado (nulla necessitas sine iniuria ).”<sup>190</sup>*

Por su parte el autor Feoli lo ha definido como *“...aquella exigencia de todo derecho penal garantista la cual consiste en que no hay delito sin la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que se resume en un viejo aforismo latino nullum crimen sine injuria.”<sup>191</sup>*

Históricamente *“...este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más*

---

<sup>188</sup> *Ibid*, p. 266

<sup>189</sup> *Ibid*, pp. 266-267

<sup>190</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ , *Op. cit*, pp. 280-281

*débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales.”<sup>192</sup>*

Por lo tanto este principio viene a constituir una garantía elemental, para el ciudadano, en el Estado Democrático de Derecho; ya que como hemos mencionado anteriormente, constituye un límite al poder estatal, el cual está consagrado en nuestra Carta Magna, ya que *"El artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política, garantiza la mínima injerencia del Estado en la esfera de derechos de los particulares, al establecer que quedarán fuera de la acción de la ley "las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o que no perjudiquen a terceros". Se garantiza con ello, especialmente en lo que a la legislación represiva se refiere, el principio de intervención mínima o de ultima ratio que caracteriza modernamente al derecho penal, utilizándosele únicamente como herramienta para tutelar los bienes jurídicos considerados fundamentales dentro de la sociedad. Es un principio de legitimación sustancial de la norma penal, en garantía de protección de los derechos fundamentales de los individuos, que generalmente se ven disminuidos por el poder represivo estatal. Cumplen estos requisitos sustanciales, además de aquéllos referidos a la claridad del tipo penal y a su estructuración básica, la función de permitir el adecuado*

---

<sup>191</sup> FEOLI VILLALOBOS (Marco F.). "El principio de insignificancia en materia penal", San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, p. 82

<sup>192</sup> Ver FERRAJOLI, Derecho y..., p. 467

*conocimiento de las acciones que se estiman contrarias a esos bienes jurídicos fundamentales, así como sus consecuencias jurídicas...”<sup>193</sup>*

Nuestra Sala Constitucional ha reiterado, en varias ocasiones, este límite al poder estatal al exigir que la conducta, para ser sancionada, debe lesionar o poner en peligro en forma significativa un bien jurídico, pues expresamente ha señalado: *“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.”<sup>194</sup>*

Como vemos es importante que a la hora de legislar se valore el grado de dañosidad que pueda producir una conducta, en relación al bien jurídico tutelado, para que pueda considerarse como delito y por ende ser merecedora de una sanción penal; porque de lo contrario se estaría tipificando como delictivas,

---

<sup>193</sup> Sala Constitucional, Voto AI 4850 de 15 Horas 21 minutos del 17 de setiembre de 1996

<sup>194</sup> Sala Constitucional, Voto CJ N° 525 de 14 Horas 24 minutos del 3 de febrero de 1993

acciones que no necesariamente deben ser tratadas como tal, en virtud de que no producen una lesión significativa para el bien jurídico; en este sentido se ha manifestado el autor Chirino al indicar que *“El principio de lesividad y su respeto no se manifiestan únicamente en la actividad cotidiana de la administración de justicia, sino también en el mismo proceso legislativo, ya que el legislador procura también determinar de alguna manera, mediante criterios más o menos claros, los extremos dentro de los cuales algo debe ser objeto de persecución y qué no. Criterios tales como el monto de lo sustraído o dañado, el grado de incapacidad a la que fue reducida la víctima, entre otros, manifiestan la intención del legislador de indicar que no todo lo que en apariencia resulte “típico” en cuanto a lo descrito, debe acarrear necesariamente la inervación del proceso penal y la posterior punición o declaratoria de inocencia, sino, antes bien, que todo el examen de tipicidad debe imbuirse también de un análisis de la entidad de la lesión, a fin de apartar del conocimiento de las autoridades aquellos hechos que resulten, por ello, poco importantes.”*<sup>195</sup>

De tal manera vemos como la Sala Constitucional se ha manifestado al respecto, señalando 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*

---

<sup>195</sup> CHIRINO SÁNCHEZ (Alfredo). A propósito del principio de oportunidad y del criterio de “insignificancia del hecho”. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Colegio de



*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 gocen de protección constitucional.”<sup>196</sup>*

Actualmente en Costa Rica existe, en la Asamblea Legislativa, un Proyecto de ley de reforma al Código Penal que aboga por incluir el principio de lesividad, de manera expresa. Al respecto, Chirino Sánchez planteó que al regularse la conducta que lesionara el bien jurídico o la puesta en peligro del mismo, debía señalarse que esto se diera de manera significativa; al argumentar que se debe tomar en cuenta la posibilidad de incluir, dentro del artículo que contempla el principio de lesividad, la frase: *“efectiva lesión del bien jurídico, real lesión o significa (sic) puesta en peligro del bien jurídico.”*<sup>197</sup> Considero muy acertada la

---

Abogados, Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 127

<sup>196</sup> Sala Constitucional Voto CJ N° 6410 de 15 Horas 12 minutos del 26 de noviembre de 1996

<sup>197</sup> CHIRINO SÁNCHEZ (Alfredo). Acta de la sesión N° 14 de las 10 horas del 12 de diciembre de 1995. Expediente N° 12354, Asamblea Legislativa, San José, pp. 7, 8

recomendación de Chirino Sánchez, pues de esta manera se exigiría al juez un análisis de lesividad para verificar si la conducta lesiona o pone en peligro, de una manera significativa, el bien jurídico penalmente tutelado; lo que podría venir a ser un límite a la hora del análisis del caso concreto, pues si una acción, después del análisis de lesividad, resulta insignificante, es decir, no lesiona ni pone en peligro, de manera significativa, el bien jurídico penalmente tutelado, la misma debe considerarse atípica.

La sugerencia de Chirino Sánchez ha sido tomada en cuenta, ya que la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea propuso -Libro I, Parte General, Título I denominado La Ley Penal, Capítulo I llamado *“Principios básicos para la aplicación de la ley penal”*- que el artículo que refiere al principio de lesividad rece: *“Sólo es sancionable la conducta que daña o pone en peligro de manera significativa un bien jurídico tutelado”*<sup>198</sup>

Ahora bien, podemos argumentar que la intervención del Derecho Penal solo se justifica cuando se hayan agredido bienes jurídicos; en virtud de que en un Estado de Derecho la injerencia punitiva sólo puede justificarse respecto de conductas trascendentes para los demás, que afectan las esferas de libertad ajenas<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> Expediente de un proyecto de Ley de la Asamblea Legislativa, N° 11871, 11 de junio de 2002, Texto sustitutivo, Comisión permanente de Asuntos Jurídicos

<sup>199</sup> Ver CARBONELL MATEU, *Op. cit.*, p. 211

Por lo tanto, tal y como lo ha dicho Ferrajoli, *“...el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración. La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo....”*<sup>200</sup>

De tal modo y *“...como consecuencia del principio de lesividad, el Estado no puede imponer una moral. La moral no puede ser considerada como un bien jurídico tutelable por el ordenamiento punitivo. El legislador no está facultado a castigar conductas sino es que afectan bienes jurídicos. Así las inmoralidades que no dañen los bienes jurídicos protegidos penalmente no pueden ser merecedoras de sanción. El caso típico con que se ilustra esta situación, es el homosexualismo. La mayoría de nosotros consideramos la homosexualidad como una práctica, moralmente reprobable; sin embargo esto no quiere decir que las personas cuya preferencia sexual se encuentre encaminada hacia esa dirección deban sufrir sanciones de tipo penal, como multas o prisión, tal cual ocurría en la mayoría de Códigos Penales hasta hace pocos años.”*<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Ver FERRAJOLI, *Derecho y...*, p. 467

<sup>201</sup> Ver FEOLI VILLALOBOS, *Op. cit.*, p. 79, pie de página N° 174

Por otra parte, *“...el principio de lesividad –por estar ligado al de la necesidad de las penas y con ello a la versión liberal de la utilidad penal como mínima restricción necesaria, y una vez definidos sus parámetros y alcance- es idóneo para vincular al legislador a la máxima kantiana, válida sobre todo en el campo penal, según la cual la (única) tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno...”*<sup>202</sup>

Se estipula que *“...la doctrina contemporánea clama por la descriminalización de todo hecho que no amenace o lesione efectivamente el interés jurídicamente tutelado por la ley penal...”*<sup>203</sup>, en virtud del principio de lesividad, el cual pretende minimizar la reacción penal, restringiendo la intromisión punitiva al mínimo estrictamente necesario. Sin embargo, esto no ha sido posible, ya que este principio se ha visto vulnerado con la introducción, de tipos penales, específicamente de delitos de peligro abstracto ante la creciente demanda de seguridad y protección con ocasión de los riesgos a los que estamos expuestos en la sociedad post-industrial; tal y como lo ha expuesto la autora Zúñiga al señalar que el *“Principio de lesividad o también llamado de exclusiva protección de bienes jurídicos es, quizás, el que ha sufrido en los últimos tiempos mayores embates frente a la extensión real de las legislaciones reales, que adelantan la intervención*

---

<sup>202</sup> Ver FERRAJOLI, *Derecho y...*, p. 467

<sup>203</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 281

*a meras infracciones de peligro, para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad.”<sup>204</sup>*

---

<sup>204</sup> Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 183

## TÍTULO II. DELITOS DE PELIGRO EN LA TEORÍA DEL DELITO

### CAPÍTULO I. Delitos de Peligro

#### ***Sección I. Generalidades***

##### **A.- Noción de peligro**

Se dice que existe una gran cantidad de literatura<sup>205</sup> con respecto a la conceptualización del vocablo “*peligro*”; el cual puede ser visto desde perspectivas diferentes: ámbito objetivo, subjetivo y mixto.

Desde el punto de vista subjetivo se define como “*...un juicio sobre hechos trascendentes basado en una cierta situación del mundo típicamente reconocida conforme a la experiencia, que nos enseña que en ciertas situaciones resulta fácil la producción de lesiones a bienes jurídicos...*”<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> “...pues ha de tenerse en cuenta que no sólo afecta a los delitos de peligro, sino que es un concepto clave también en instituciones tan diversas como la imputación objetiva, la tentativa, las causas de justificación (especialmente el estado de necesidad) y el delito imprudente.” RODRÍGUEZ MONTAÑES (Teresa). Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Judiciales, SNE, 1994, p. 21

<sup>206</sup> Ver RODRÍGUEZ MONTAÑES, Op.cit, p. 24

Así también se tiene que desde esta perspectiva *“...el peligro es fruto del desconocimiento de las leyes causales, el peligro sólo existe en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva, no real, del mundo basada en la experiencia, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado dependerá de la mayor o menor exactitud de los datos que conocemos.”*<sup>207</sup>

Por lo que siguiendo esta teoría el peligro es *“...un producto de la imaginación humana. Si a posteriori no hubo lesión, es que nunca hubo peligro ex ante. El peligro no es más que un hijo de nuestra ignorancia, es una mera impresión subjetiva de temor, no es real.”*<sup>208</sup>

Según la teoría objetiva, que es la más difundida, encuadra el peligro como la posibilidad o probabilidad objetiva de un daño. Dentro de esta tendencia tenemos la definición que aporta Kries, quien indica que el peligro es la *“...posibilidad objetiva de un resultado lesivo.”*<sup>209</sup>

Por su parte V. Rolhand, quien es otro propulsor de esta teoría, argumenta que el concepto de peligro está conformado por dos elementos: la probabilidad de un suceso y el carácter lesivo del mismo; por lo que él lo define como *“...la mayor*

---

<sup>207</sup> Finger Citado por CORCOY BIDASOLO, *Op. cit.*, p. 32

<sup>208</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ (Cristina). Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos. En *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, Editorial Temis, Año X, N° 44, Abril-Mayo-Junio, 1989, p. 169

<sup>209</sup> V. Kries Citado por Rodríguez Montañés, *Op. cit.*, p. 25

*o menor probabilidad de un resultado dañoso, la más o menos elevada posibilidad de su producción.”*<sup>210</sup>

Otra definición, dentro de esta misma corriente, a la que podemos hacer alusión es a la que brinda Jiménez de Asúa, para quien peligro es “*...la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado.*”<sup>211</sup>

Los defensores de la teoría objetiva, contrario a lo que señala la teoría subjetiva, sostienen que “*...en el mundo real,... independientemente de la imaginación humana, existe ex ante una posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado dañoso. La evitación del daño a posteriori no prueba la inexistencia de aquella posibilidad o probabilidad de que se produzca el peligro, prueba únicamente su no verificación.*”<sup>212</sup>

Se señala la existencia de una tercera teoría, la teoría objetivo-subjetiva, que como su propio nombre revela, considera elementos de las dos anteriores teorías. Según esta teoría el peligro significa “*...la posibilidad inmediata, la*

---

<sup>210</sup> V. ROHLAND, Citado por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Op. cit., pp. 25-26

<sup>211</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA Citado por GOLDSTEIN (Raúl). Diccionario de derecho penal y criminología, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición, reimpresión, 1983 p. 212

<sup>212</sup> Ver MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Op. cit., pp. 169-170



*probabilidad, que debe ser conocida, de la producción de un determinado acontecimiento dañoso.”*<sup>213</sup>

Por lo tanto, desde esta óptica, el peligro es visto como *“...un juicio fundamentado en la experiencia general, en el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión del bien jurídico.”*<sup>214</sup>

Dentro de esta postura encontramos a Torío, quien define el peligro como *“...un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso.”*<sup>215</sup>

Para Navarrete el peligro es la posibilidad de un resultado dañoso, señala, además, que *“...la existencia del peligro ha de ser objetivamente determinada, sin que la mera creencia de su existencia o inexistencia pueda tener repercusiones en el campo de la antijuridicidad.”*<sup>216</sup>

Por otra parte se tiene un concepto normativo de peligro, cuyos postulantes son Schunemann y Demuth, para quienes podrá hablarse de *“...peligro cuando, ante una acción típica que amenaza de forma cercana con la lesión de un bien*

---

<sup>213</sup> *Ibid*, p. 170

<sup>214</sup> *Ibid*, p. 170

<sup>215</sup> TORÍO LÓPEZ (Ángel). Los delitos del peligro hipotético. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV (Volumen 35), Fascículo 1, Enero-Abril 1981 (MCMLXXXI), p. 841

*jurídico, las causas salvadoras que, finalmente, impiden la producción de ese resultado no correspondan a un curso causal normal, sino que se deban a un desarrollo anormal del mismo o a una imprevisible concatenación de circunstancias afortunadas y, en este sentido «casuales», que no excluyen la responsabilidad penal.”*<sup>217</sup> Considero que esta postura conlleva la probabilidad de que se produzca una lesión al bien jurídico, independientemente de que se llegue a materializar el resultado dañoso; pues en caso de no producirse la lesión no se podría hablar de que la probabilidad de peligro nunca existió, sino únicamente de que no se verificó ese resultado dañoso; por lo tanto podemos afirmar que esta tesis sigue la teoría objetiva.

Por otro lado tenemos el concepto práctico, elaborado por Kindhauser, quien señala que peligro significa “...causar una situación en la que un bien jurídico deja de estar en condiciones de ser defendido o protegido certeramente frente a la lesión con los medios del ámbito organizativo al que pertenece.”<sup>218</sup>

Para Rodríguez Montañés “...el elemento esencial del peligro es que el bien jurídico se encuentra en una situación en la que su lesión no puede ser evitada

---

<sup>216</sup> NAVARRETE Citado por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit*, p. 170

<sup>217</sup> LUZÓN PEÑA (Diego Manuel). *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Editorial Comares, SNE, 2002, p.495

<sup>218</sup> *Ibid*, p. 495

*con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja la existencia del bien jurídico a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar.”<sup>219</sup>*

Ahora bien, podemos definir el peligro como una situación en la que se coloca un determinado bien jurídico, donde existe la posibilidad de que el mismo resulte lesionado; por lo tanto comparto la tesis objetiva, en virtud de que no se puede argumentar que de no haber una lesión al bien jurídico no existió ex ante un peligro, pues de ser así estaríamos reduciendo el peligro a un resultado dañoso, es decir, se identificaría el peligro con la consumación (lesión). A modo de ejemplo, podemos decir que A, que no sabe nadar, cae dentro de una piscina olímpica, ingiriendo una considerable cantidad de agua, y minutos más tarde B lo rescata y le brinda primeros auxilios, por lo que A se recupera rápidamente; ante esta situación no podemos argumentar que el bien jurídico (vida de A) no corrió peligro pues no se presentó ningún resultado dañoso. Por el contrario, podemos decir que efectivamente existió una probabilidad de un resultado lesivo para el bien jurídico, independientemente de la no producción de la lesión.

---

<sup>219</sup> Ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Op. cit., p. 37

## **B.- Conceptualización de delitos de peligro**

Repasando la doctrina, encontramos que este tipo de delitos es definido como aquellos “...en los que hay la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado.”<sup>220</sup>

Así también los delitos de peligro son precisados como “...*aquellos en los que basta para su realización completa que se haga correr un riesgo genérico o concreto al bien jurídico protegido por la norma.*”<sup>221</sup>

Según Rodríguez Montañés en los delitos de peligro “...*es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza del mismo.*”<sup>222</sup>

El legislador echa mano de esta clase de delitos para la protección de bienes jurídicos colectivos, tales como el medio ambiente, la salud pública, delitos informáticos, etc, en los cuales, a diferencia de los delitos de lesión, no se requiere la consumación de la efectiva lesión o el quebranto del bien jurídico; pues “...*el legislador exige tan sólo el peligro del mismo, es decir, la probabilidad o amenaza de su destrucción o menoscabo.*”<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> Ver MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 167

<sup>221</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Driskill, Tomo VI, 1979, p 280

<sup>222</sup> Ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Op. cit.*, p. 13

Se dice entonces que los delitos de peligro *“...son de importancia creciente político-criminalmente, pues aumenta el recurso a ellos por parte del legislador. Ello tiene su explicación en que los avances de la técnica en todos los campos a la vez que contribuyen a mejorar las condiciones de vida social, imponen la necesidad de abordar los riesgos que entrañan, y, en otro orden de consideraciones, la convicción de que hay bienes jurídicos de elevada importancia (la vida, por ejemplo), que requieren que su protección penal se adelante castigando conductas peligrosas para ellos como ha demostrado la experiencia; tal sucede, por ejemplo, con el tráfico automovilístico.”*<sup>224</sup>

Aquellos que abogan por esta clase de delitos, apoyan su defensa en que esta figura supone una *“...mayor protección de bienes jurídicos, puesto que con estos delitos se produce un “adelantamiento de la barrera de protección penal”...*”<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> Ver LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p.493

<sup>224</sup> QUINTERO OLIVARES (Gonzalo). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Navarra, Editorial Arazandi, tercera edición, 2002, p. 332

<sup>225</sup> Ver MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 169

## **Sección II. Clasificación de los delitos de peligro**

Con base en la clase de riesgo que corre el bien jurídico, los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En esta sección se desarrollará esta categorización, incluyendo algunos ejemplos , con un breve análisis, de cada uno de ellos.

### **A.- Delitos de peligro concreto**

Este tipo de delitos es concebido como aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. Por lo que su consumación tiene lugar cuando se ha producido realmente el peligro...<sup>226</sup>

Por su parte Luzón Peña los define como *“...aquellos en los que el tipo no se conforma con el acometimiento de una acción peligrosa, sino que exige para su consumación la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, que ligado causalmente a esa acción produzca un resultado de peligro, imputable objetivamente a la misma.”*<sup>227</sup> Para este autor este tipo de delitos son delitos de resultado, en virtud de que en ellos se exige la concreción del peligro para su consumación. Sin embargo, no comparto esta aseveración, pues considero que en

tratándose de delitos de peligro, y en este caso específico, delitos de peligro concreto, no podemos hablar de un resultado, entendido éste como la consecuencia de un hecho, sino que únicamente se trata de la constatación del peligro al que se expuso el bien jurídico, pero no es necesario que el mismo resulte lesionado para la consumación del tipo, pues estaríamos ante delitos de resultado.

Es por ello que podemos argumentar que el peligro es un elemento característico del tipo, y por lo tanto es necesaria su concurrencia para que se configure el ilícito penal; es decir existe la obligación de demostrar, en cada caso concreto, la efectiva puesta en peligro del bien protegido.

Expondremos algunos ejemplos de esta clase de delitos que encontramos en nuestro Código Penal.

El delito de incendio o explosión es uno de los ejemplos más típicos de este tipo de delitos. Se encuentra en el Título IX denominado Delitos contra la seguridad común. Artículo 246: “*Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes.*”

---

<sup>226</sup> ZÚÑIGA MORALES (Ulises). La tentativa: su configuración en los delitos de peligro. San José, ILANUD, Escuela Judicial, 1990, p.48

*La pena será:*

- 1) *De seis a quince años de prisión, si hubiere peligro de muerte para alguna persona, si existiere peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso, si se pusiere en peligro la seguridad pública, o si se tuvieren fines terroristas.*
- 2) *...” (el subrayado no es del original).*

Se transcribe únicamente el primer párrafo y el inciso primero del artículo en mención, en virtud de que es ahí donde se puede deducir que el tipo penal es de peligro concreto, pues a mi criterio, los incisos 2) y 3) vendrían a ser delito de resultado.

En lo que nos interesa, el delito se consuma cuando habiéndose producido el incendio o la explosión, existe un peligro común para un indeterminado número de personas o bienes; por lo tanto es necesario que el peligro se verifique; pues según este tipo de delitos el peligro es un elemento del tipo, por lo que es necesaria su concurrencia para que se realice el injusto. Por lo tanto lo que se exige es la constatación de que el incendio o la explosión creen un peligro para personas o para bienes. Podemos decir que este tipo penal contiene una figura básica, la que sería la creación del peligro, contemplada en el primer párrafo; y también contiene una figura agravada, la que se puede deducir del inciso primero,

---

<sup>227</sup> Ver LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 494



en virtud de que se aumenta la pena de prisión en el caso de que el incendio o explosión pongan en peligro de muerte a persona alguna, si se produce peligro de destrucción de los bienes allí señalados, se ponga en peligro la seguridad pública, o si existen fines terroristas.

Al respecto nuestra jurisprudencia ha señalado que en este tipo penal *“...el delito se configura con sólo causar un peligro que sea común a bienes y que la forma como se les pone en peligro (es decir, como se amenace la existencia o la integridad de las cosas) obedezca a un incendio o explosión causado por el agente. Así, el dolo consiste en conocer y querer (o cuando menos prever y aceptar) causar un incendio para poner en peligro común bienes. Lo “común” de la amenaza está referido a que con un solo incendio (o una sola explosión) se puedan ver afectados bienes.”*<sup>228</sup> Así también, podemos agregar que la expresión “común” se refiere a que con la explosión o el incendio se crea una amenaza para más de un bien jurídico.

En otro de sus votos, la Sala Tercera ratificó lo señalado anteriormente y además agregó que *“...en el caso que nos ocupa hubo un peligro concreto sobre una cantidad indeterminada de bienes. No sólo se trata de la casa en la que se promovió el fuego (bien inmueble), sino también los otros inmuebles aledaños*

---

<sup>228</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 265 de 15 Horas 30 minutos del 21 de marzo del 2002

*(propiedades y casas de habitación cercanas) que corrieron igual peligro, así como los demás bienes (muebles) que había en el lugar donde se inició el siniestro. Todo lo anterior nos hace concluir necesariamente que mediante el incendio, el imputado creó un peligro común para la seguridad de las personas y los bienes. Tampoco resulta de interés el hecho de que el fuego no se propagara en virtud de la intervención de los bomberos, porque, para todos los efectos, la conducta estaba consumada en orden a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal correspondiente, a saber, el numeral 246 del Código Penal, pues ya se había creado un peligro común para los bienes y las personas mediante la provocación del incendio...”<sup>229</sup> (el subrayado se agrega).*

Como vemos la Sala es muy clara al señalar que el tipo penal se consuma con la verificación del peligro real, creado mediante el incendio o explosión.

En el Código de marras tenemos también, como otro ejemplo de delito de peligro concreto, el artículo 261, que bajo el epígrafe *Corrupción de sustancias alimenticias o medicinales*, establece: “Será reprimido con prisión de tres a diez años, el que envenenare, contaminare o adulterare, de modo peligroso para la salud, aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o de una colectividad.

---

<sup>229</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 767 de 9 Horas 50 minutos del 9 de agosto del 2002

(...)”

Nos encontramos ante otro delito de peligro concreto, en el tanto que el tipo penal se configura con la comprobación del peligro para la salud pública o de la colectividad, que se genere mediante la o las conductas de envenenamiento, contaminación o adulteración; lo que demuestra, una vez más, que el peligro debe ser real para que se configure el ilícito, pues aquel es elemento del tipo.

Por lo tanto no es necesario establecer una relación de causalidad para que se configure el ilícito sino con sólo la verificación del peligro al que se expuso el bien jurídico tutelado, en este caso particular la salud pública. De esta manera lo ha determinado la Sala Tercera al señalar que *“Si bien en este caso, a juicio de la Sala, si es posible establecer una relación de causalidad entre la aplicación del producto y los malestares que generó en la población, por todas las razones ya dadas, no es necesario siquiera acreditar esa circunstancia, pues está demostrado que el acusado, a sabiendas de la toxicidad de la sustancia y de la inminente contaminación del agua por la aplicación del agroquímico en la raíz de las plantas, lo hizo y con ello contaminó el líquido vital en forma peligrosa para la salud de los pobladores de la zona -mediante el uso de un nematocida altamente tóxico en la naciente de agua que abastecía a la población- siendo estos elementos suficientes para acreditar su responsabilidad. Estamos frente a un delito de peligro, como bien*

---

*lo señalan los juzgadores, que es un peligro concreto, pues la frase contenida en el tipo “de modo peligroso para la salud” requiere efectivamente que la acción sea idónea para generar el peligro en la salud, independientemente de que se materialice alguna consecuencia dañina. La estructura del tipo penal considera suficiente el peligro creado para el bien jurídico salud pública, a efecto de sancionar la conducta, pues en esta materia en la que está involucrada la salud de las personas e incluso, en forma complementaria, la integridad del medio ambiente -especialmente cuando la acción se materializa en fuentes naturales como el agua- la técnica legislativa responde a una tendencia de política criminal que prefiere anticiparse sancionando conductas que implican un riesgo, independientemente de que materialicen un resultado dañoso.”<sup>230</sup>*

## **B.- Delitos de peligro abstracto**

En este aparte se expondrán únicamente algunos ejemplos, que contempla nuestra legislación, de delitos de peligro abstracto, que están catalogados como aquellos en los que no se requiere la causación de una lesión ni tampoco se exige la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico; para un mayor ahondamiento del concepto de estos delitos se remite al capítulo II, sección I de este título.

---

<sup>230</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 733 de 9 Horas 50 Minutos del 30 de junio del dos mil.

Un ejemplo clásico de esta clase de delitos es la Asociación Ilícita, contemplado en el Código Penal, en su artículo 274: *“Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación.*

*La pena será de tres a diez años de prisión si el fin de la asociación es realizar actos de terrorismo.”*

Según se deduce del artículo anteriormente citado, el ilícito se configura con la sola pertenencia a la asociación, sin que sea necesario que se verifique la efectiva comisión de delito alguno por parte del grupo; por lo tanto *“El delito de asociación ilícita es un delito independiente de aquellos delitos susceptibles de cometerse como parte de las finalidades de la organización,... En el caso del delito de asociación ilícita es claro que la sola pertenencia a una organización destinada a cometer delitos, es violatoria del orden público y así lo ha entendido el legislador, en ella existe una conducta ya externada, ejecutada, la de formar parte en la asociación con la finalidad establecida en la norma..., independientemente de que pueda ser un acto preparatorio para la consumación de otros ilícitos diferentes.”*<sup>231</sup>

Lo que se castiga es el tomar parte de un grupo u organización que tenga como finalidad la comisión de delitos; pues según la Sala Constitucional *“...sí*

---

<sup>231</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1575 de las 10 Horas 9 minutos del 18 de febrero del 2000

*existe una conducta específica que resulta sancionable cuando se configura, independientemente que en algunas situaciones resulte ser actividad preparatoria para la comisión de otros delitos.”<sup>232</sup>*

Por su parte la Sala Tercera ha señalado que el tipo penal de la Asociación Ilícita es *“...un delito doloso en el que necesariamente la intervención de los sujetos debe reflejar el conocimiento de que forman parte de ese grupo que procura perpetrar ilícitos y el propósito de querer integrarlo. No es necesario que el mismo se constituya formalmente, mediante un pacto expreso, sino que la unión de esfuerzos puede darse tácitamente, por medio de conductas que unívocamente reflejen el ánimo de integrar esa agrupación delictiva. “Tomar parte” no es más que ser integrante de la asociación; no se requiere, entonces, que se intervenga directamente en ejecutar los hechos punibles, sino que es suficiente ser miembro de la organización, de forma tal que participe de cualquier manera en el funcionamiento de la misma (lo cual puede ocurrir si, por ejemplo, se interviene en el planeamiento de los “golpes”, si se dirigen éstos, si se coordinan actividades del grupo e, incluso, si se participa en el reparto de los dividendos).... Es necesario advertir que para que se configure la Asociación Ilícita, el acuerdo de sus*

---

<sup>232</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1792 de las 18 Horas 54 minutos del 9 de marzo de 1999

*miembros debe girar en torno a la intención de cometer delitos, en abstracto, lo cual puede demostrarse por una serie de indicios.”<sup>233</sup>*

Otro tipo penal, que ha sido catalogado por el Tribunal de Casación Penal, como delito de peligro abstracto es el contemplado en el numeral 94 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, que señala: *“Será sancionado con multa de veinte mil colones (¢20.000) a cuarenta mil colones (¢40.000), y con el comiso del equipo utilizado y de las piezas que constituyan el producto de la infracción, quien cace, sin autorización, en las áreas oficiales de conservación de la flora y la fauna silvestres o en las áreas privadas, debidamente autorizadas.*

*(...)*

*Al respecto el Tribunal de Casación Penal señaló: “Debe quedar claro que estamos frente a un delito de peligro abstracto, por lo que, la sola realización dolosa de la conducta tipificada representa, de por sí, un evidente riesgo de lesión para el bien jurídico protegido por la ley, que en este caso es la conservación de la vida silvestre, vista como la necesaria preservación de un entorno natural de flora y fauna. Por ende, el hecho de que las autoridades hayan liberado la avecilla que habían cazado los justiciables y que por ese motivo no se haya ocasionado*

---

<sup>233</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 885 de las 8 Horas 45 Minutos del 14 de setiembre del 2001

*finalmente un "perjuicio natural" (folio 129 frente), no significa que la conducta investigada sea atípica.”*<sup>234</sup>

El Tribunal habla de un “*evidente riesgo de lesión al bien jurídico*” y no de una probabilidad de peligro, que sería lo más acorde con el tipo de delito al que el Tribunal se refiere; por lo que se puede suponer que el Tribunal se refiere a un peligro cierto para el bien jurídico; no obstante considero que en este caso específico se produjo una efectiva afectación al bien jurídico, por lo que discrepo con la determinación que hace el Tribunal al señalar que este tipo penal es un delito de peligro abstracto, pues en mi opinión estamos ante un delito de resultado, pues al indicar el tipo “*quien cace*” establece una afectación al bien jurídico (conservación de la vida silvestre), entendiendo por vida silvestre la vida en libertad, y al cazar un ave se está lesionando, indiscutiblemente, el bien jurídico. En el caso concreto, se determinó que los encartados se encontraban en labores de cacería, pues disponían del equipo necesario para tal actividad, como lo era el tener jaulas denominadas “*cazadoras*”, y todos tenían cabal conocimiento de la acción que realizaban, de hecho, ya habían apresado a una avecilla –jilguero-; por lo que considero que ya se había producido un perjuicio al bien jurídico.

El artículo 89 de la Ley de Armas y Explosivos es otra muestra de este tipo de delitos. Este enunciado reza: “*Se le impondrá prisión de dos a cinco años, a*

---

<sup>234</sup> Tribunal de Casación Penal, Voto N° 694 de las 14 Horas del 23 de octubre de 1998



*quien posea armas prohibidas o reservadas para uso exclusivo de los cuerpos de Policía.*

*Conservará el carácter de arma prohibida, la que en el momento de su fabricación, tenga las características descritas en el artículo 25 de esta ley, aunque las pierda al ser suprimido alguno de sus componentes o le modifiquen mecánicamente su funcionamiento.”*

Podemos apreciar que lo que se sanciona en este tipo penal es la simple posesión de armas de la clase que esta ley cataloga como prohibidas, sin necesidad de que las mismas sean usadas para la comisión de algún otro delito. Según el legislador, la peligrosidad de este tipo de armas viene a poner en riesgo la tranquilidad pública. Por lo tanto esta conducta se califica como antijurídica, atendiendo a la naturaleza de los objetos sobre los que recae la posesión y que lesiona, sin necesidad de ulteriores actuaciones, el bien jurídico tutelado.

Así lo ha establecido nuestra jurisprudencia al indicar que *“...el artículo 89 de la Ley de Armas no sanciona la mera tenencia de objetos con una finalidad específica de evitar posteriores actuaciones (como la tenencia de instrumentos aptos para cometer delitos), sino la posesión por particulares de armamentos que, de ningún modo lícito, podría justificarse.”*<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1164 de las 8 Horas 45 minutos del 31 de octubre de 1997

Por otra parte, muchos de los tipos penales contemplados en la ley sobre estupefacientes, están considerados como delitos de peligro abstracto. Un ejemplo de éstos, es el enunciado número 71<sup>236</sup> (antes de la reforma del 26 de diciembre del 2001); y que actualmente se encuentra regulado en el precepto número 77 de la actual Ley sobre estupefacientes. Dicho artículo constituye un agravante en relación con los enunciados que le preceden, si concurre alguna de las circunstancias que expresamente describe; de las cuales nos interesa exponer, específicamente, el inciso b).

Artículo 71: La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando en las conductas descritas en los delitos anteriores concorra alguna de las siguientes circunstancias, autor o partícipe:

a)...

b)...Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en centros docentes, culturales, deportivos, recreativos, establecimientos penitenciarios y en lugares donde se realicen espectáculos públicos. (se adiciona el subrayado).

(...)

---

<sup>236</sup> Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, N° 7786 de 15 de mayo de 1998

Se escogió este punto en particular, en virtud de que es bastante común que este tipo de “*productos*” se introduzcan en centros penitenciarios, de lo que da fe nuestra jurisprudencia.<sup>237</sup>

Ahora bien, para que se configure la acción típica es necesaria únicamente la introducción de la droga a cualquiera de los lugares que se señalan expresamente, ya que si por alguna razón el agente es descubierto, antes del ingreso, únicamente se le puede sancionar por la comisión del delito (transporte, posesión, venta, de drogas), en su modalidad simple. Por lo tanto para que se perfeccione el hecho, en su modalidad agravante, deben concurrir los elementos requeridos por el tipo, en este caso la introducción de la droga a los sitios mencionados en el enunciado en cuestión.

No es necesario la verificación del peligro al que se expone el bien jurídico, pues el legislador costarricense al optar por este tipo de delitos, considera que la conducta por sí misma es ya de una peligrosidad tal para el bien jurídico, en este caso salud pública, que no es necesario “...admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen.”<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Ver en este sentido los Votos N° 098-02; 534-01; 321-02; 127-02; todos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

<sup>238</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 534 de las 14 Horas 15 minutos del 6 de junio del 2001

Nuestro legislador indica que, según la jurisprudencia, la delincuencia del tráfico de drogas, constituye un delito de peligro abstracto, cuyo objeto de protección penal es la posibilidad del daño que se puede causar a los individuos, sin requerirse de específica demostración en el caso concreto. Pero que debido a la lucha desigual que se ha dado contra el problema de las drogas, pues nuestras autoridades no cuentan con los mismos instrumentos y equipo que tienen los grandes capos de la droga, se hace imperativo que le dotemos de la normativa legal actualizada y que mantenga su eficacia y operatividad ante los variados mecanismos empleados por la narcomanía.<sup>239</sup>

Por lo tanto la Sala ha señalado *“...basta en este caso concreto la introducción de la droga al penal con el fin de suministrarla, para que el ilícito surja a la vida jurídica...”*<sup>240</sup> Ya que *“El bien jurídico tutelado se afecta cuando la droga se introduce al centro penitenciario, sea cuando se traspasa sus límites y el sujeto activo se encuentra dentro de sus instalaciones, cualesquiera sean éstas, lo que permitiría pensar que cuando ello no ha ocurrido (cuando no se han traspasado esos límites), no se podría aplicar la disposición legal de comentario u otra similar, precisamente por la no afectación del bien jurídico protegido...”*<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Reforma a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, Ley N° 7233, del 8 de mayo de 1991. Dictamen afirmativo de mayoría, 16 de marzo de 1998, Expediente N° 12539, pp. 1349-1350

<sup>240</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 565 de las 11 Horas 16 minutos del 21 de mayo del 2004

<sup>241</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 127 de las 10 Horas 25 minutos del 18 de febrero del 2002

### **Sección III. Elementos configurativos de los delitos de peligro**

#### **A.- Dolo**

##### **1.- Concepto de dolo**

Es importante señalar que han existido diversas acepciones de este vocablo; por lo que a nivel doctrinal encontramos varias posiciones que conceptualizan el dolo, entre las cuales podemos mencionar, como noción general, o podríamos decir, la más difundida, aquella que señala que el dolo es la *“...consciencia y voluntad de la realización del injusto típico.”*<sup>242</sup>

En igual sentido Bacigalupo lo designa como *“...el conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo.”*<sup>243</sup>; por lo que según este autor, obra con dolo el que sabe lo que hace y hace lo que quiere.

Otra noción a la que podemos aludir es a la que nos brinda Cabanellas, quien señala que el dolo es *“...la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.”*<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> COBO DEL ROSAL (Manuel) y VIVES ANTÓN (Tomás S.) Derecho Penal. Parte General, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, p. 619

<sup>243</sup> BACIGALUPO (Enrique). Lineamientos de la teoría del delito, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1985, p. 45

Zaffaroni nos dice que el dolo “*es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración.*”<sup>245</sup>

Así tenemos que “*...hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley sabiendo que lo hace y queriendo llevarlo a cabo...*”<sup>246</sup>

De las anteriores definiciones se desprende que el dolo está conformado por dos elementos: uno intelectual o también llamado cognoscitivo, cognitivo y otro denominado voluntario o volitivo; los cuales se desarrollarán en el siguiente aparte.

Ahora bien, podemos decir que el autor de un hecho actúa con dolo<sup>247</sup> cuando tiene conocimiento de la acción a realizar y además quiere realizar la acción o sea quiere que se de un resultado, un fin ya previsto con anterioridad; por ejemplo A desea dar muerte a B, para lo cual utiliza un revólver, A sabe que al jalar el gatillo y dispararle a B le va a ocasionar la muerte y además quiere que se

---

<sup>244</sup> CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta, decimosexta edición, Tomo III, 1981, p. 311

<sup>245</sup> Ver ZAFFARONI, Derecho Penal. Parte General,..., p. 495

<sup>246</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Op. cit., p. 407

<sup>247</sup> El cual es definido en nuestra legislación de la siguiente manera: “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible”. Código Penal, art. 31

de ese resultado, pues conoce que el medio utilizado (pistola) es un instrumento apto para lograrlo, y así conseguir su objetivo.

Dos concepciones doctrinarias que se han referido a la ubicación del dolo en la teoría del delito son la causalista<sup>248</sup> y la finalista; la primera ubica el dolo en la culpabilidad, ya que ellos postulan una idea de dolo valorado, el cual lo *“...estudia en la culpabilidad, afirmando que ésta requiere no solo consciencia de la realización de la conducta típica, sino también conocimiento de la antijuridicidad de la misma...”*<sup>249</sup>

Tenemos que para esta tendencia el dolo se percibe como conocimiento y voluntad de realizar el delito, es decir, el sujeto actúa dolosamente cuando conoce los elementos del tipo, su carácter de conducta prohibida (conciencia de antijuridicidad) y pese a este doble conocimiento, quiere realizar el hecho delictivo, por lo tanto desde esta óptica se concibe al dolo como un *“...dolus malus en la medida en que el sujeto sabe que su actuación es contraria a Derecho y pese a ello acepta el resultado.”*<sup>250</sup>

---

<sup>248</sup> Que siguiendo la teoría del delito simple lo colocan en la culpabilidad, según esta teoría el tipo simple está compuesto de elementos que tienden a hacer una mera descripción del hecho punible; que el dolo está contenido en la culpabilidad y además en esta teoría el dolo tiene un componente cognitivo dividido en el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuridicidad. DALL'ANESE RUIZ (Francisco). *El Dolo*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1º Edición, 1991, pp.12-16

<sup>249</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 408

<sup>250</sup> Ver DALL'ANESE RUIZ, *El Dolo...*, p. 18

Por su parte la tesis finalista que atendiendo a la teoría del tipo complejo<sup>251</sup>, señala que el dolo es elemento del tipo, despojándolo del factor conciencia de la antijuridicidad. Lo que viene a indicar que para el finalismo el dolo ya *“...no es dolus malus, sino dolus naturalis, pasa a ser concebido como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.”*<sup>252</sup>

En igual sentido Dall'Anese señala que en *“...la teoría del tipo complejo se habla de un dolus naturalis, pues contiene únicamente el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el elemento volitivo; es decir, desprovisto de todo conocimiento de que lo que se hace es ilícito, ya que este conocimiento queda formando parte de la culpabilidad como elemento independiente.”*<sup>253</sup>

Esta teoría, que es la imperante, brinda un aporte más a la tipicidad, el cual sería el tipo subjetivo, con lo que, podemos decir, el tipo penal no se tendría como letra muerta, sino que va acompañado con una intención, ya que al ubicarse el dolo en el tipo existe también la voluntad e intención de realizar el tipo.

---

<sup>251</sup> En ésta el tipo complejo se subdivide en un tipo objetivo que contiene la descripción del hecho, y un tipo subjetivo que comprende al dolo o la culpa según sea el caso, y a diferencia de la teoría simple, esta teoría (tipo complejo) tiene una culpabilidad sin dolo, y sólo abarca el conocimiento del hecho, pasando el conocimiento de la ilicitud a ser una parte de la culpabilidad. Ver DALL'ANESE RUIZ, *El Dolo...*, pp. 12-16

<sup>252</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Carlos). *Manual de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Civitas, SNE, Tomo I, 2002, p. 142

<sup>253</sup> Ver DALL'ANESE RUIZ, *El Dolo...*, p. 18



## **2.- Elementos del dolo**

El contenido del dolo representa un conocer y un querer la realización del injusto típico, en virtud de que existe conocimiento y voluntad de querer llevar a cabo la acción típica; por lo que se dice que el dolo se haya integrado por un elemento intelectual, cognitivo o cognoscitivo y un elemento volitivo.

### **a.- Elemento cognitivo**

En cuanto al componente cognoscitivo, se dice que es el momento intelectual del dolo, que comprende el conocimiento de las circunstancias del hecho, así como también la previsión del desarrollo del suceso mismo incluidas en la causalidad y el resultado.<sup>254</sup>

Dicho en otras palabras, el sujeto debe tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo o la figura típica. Ahora bien, este conocer no debe ser un conocimiento técnico, sino que lo que se requiere es el conocimiento de un hombre medio<sup>255</sup>. Por lo tanto *“se le debe exigir el conocimiento de la naturaleza*

---

<sup>254</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ , *Op.cit*, p. 407

<sup>255</sup> Pues no se requiere que los elementos del tipo sean conocidos de una manera técnico-jurídica, sino que es suficiente con que ese conocimiento sea un conocer del lego.

*de los hechos y de su significación jurídica, de una manera profana, y no técnica.”*<sup>256</sup>

Ahora bien, este conocimiento es acerca de los elementos del tipo objetivo y no así acerca de la antijuridicidad de la acción, ya que *“...es innecesario para constatar el dolo que el sujeto, pese a conocer los presupuestos materiales de la prohibición, conozca la prohibición misma (conciencia de antijuridicidad). Precisamente dicho conocimiento, o la ausencia del mismo, será un factor a valorar en sede de culpabilidad, pero no en sede de antijuridicidad tipificada.”*<sup>257</sup>

#### **b.- Elemento volitivo**

Este elemento volitivo consiste *“...en la voluntad de realizar la concreta conducta típica cuyos elementos objetivos han sido previamente conocidos.”*<sup>258</sup>

Velásquez Velásquez señala que *“...no basta con el conocimiento de las exigencias necesarias de la descripción legal (aspecto objetivo del tipo) y con la previsión del desarrollo del suceso, es indispensable, además, que el agente se decida a realizar la conducta tipificada.”*<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> Ver GOLDSTEIN, Op. cit., p. 266

<sup>257</sup> Ver SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 144

Así, podemos concluir que este elemento consiste propiamente en una decisión del sujeto de llevar a cabo la acción típica, en un querer, una determinación a realizar la conducta típica.

Por lo tanto, para que una persona actúe con dolo, es necesario que conozca los elementos del tipo objetivo, lo que configuraría el elemento cognoscitivo o intelectual, y además que tenga voluntad de realizarlo, es decir de realizar la conducta típica, o sea que esté presente el elemento volitivo.

En el siguiente aparte se desarrollarán, a grandes rasgos, las diversas maneras como se manifiesta<sup>260</sup> la voluntad realizadora del fin o sea ese elemento volitivo.

### **c.- Clases de dolo**

#### **1.- Dolo directo**

Esta clase de dolo es entendida como *“aquel que se presenta cuando la realización del tipo ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente...”*<sup>261</sup>,

---

<sup>258</sup> Ver SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 147

<sup>259</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 409

<sup>260</sup> En función de la intensidad del querer o de la voluntad.

Según Suárez-Mira Rodríguez el dolo directo se presenta cuando *“...la realización de los elementos del tipo es precisamente el fin que se había propuesto conseguir el agente con su acción.”*<sup>262</sup>

Podemos concluir que esta variedad de dolo se presenta cuando la realización de la conducta tipificada sea directamente perseguida por la voluntad del autor y sea la meta de su voluntad, a modo de ejemplo: A quiere matar a B, por lo que A dirige su acción a esa meta, la muerte de B. Es decir el agente dirige su acción hacia el delito (muerte de B), por lo tanto la ejecución de éste es el objeto inmediato de su propósito, en otras palabras quiere realizar la conducta típica.

## **2.- Dolo indirecto**

También denominado dolo directo de segundo grado, mediato o de consecuencias necesarias, se presenta cuando el autor, para la realización del fin propuesto, asume los efectos concomitantes derivados de modo inevitable de la puesta en marcha de la acción.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 409

<sup>262</sup> Ver SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 147

Asimismo se entiende que el dolo indirecto es referido a la conciencia y voluntad que el agente tiene, no respecto al resultado principal de su propósito, sino hacia aquellas otras consecuencias que deben producirse como medio necesario para alcanzar la meta propuesta.<sup>264</sup>

Podemos decir entonces que el dolo indirecto se presenta cuando la realización del tipo penal no es la meta del autor, pero esta realización se le representa como necesaria, por ejemplo el que quiere matar a un embajador, conociendo que éste viaja siempre acompañado del chofer, pone una bomba en el vehículo que transporta al embajador, sabiendo que para lograr su objetivo (muerte de embajador) es necesaria también la muerte del chofer, pero aún así lo acepta; entonces existe dolo directo con respecto al embajador y hay dolo indirecto en relación con el chofer, podemos ver de este modo que la meta del autor no es la muerte del chofer pero ésta se presenta como inevitable para lograr el fin propuesto. En este caso hay un delito principal (muerte de embajador) y otro que se presenta como contingencia necesaria (muerte del chofer) para el plan proyectado.

---

<sup>263</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 409

<sup>264</sup> Ver QUINTERO OLIVARES, *Op. cit.*, pp. 341-342

### **3.- Dolo eventual**

Hay dolo eventual cuando *“...el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en último momento.”*<sup>265</sup>

Por lo tanto en este tipo de dolo se verifica un conocimiento de la posibilidad de un resultado, pese a lo cual el autor ha actuado consintiendo o siéndole indiferente la producción de tal resultado.<sup>266</sup>

En igual sentido Muñoz Conde sostiene que en el *“dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”*<sup>267</sup>

Como vemos en esta clase de dolo, la realización del tipo penal no es la meta del autor, sino que esta realización se le representa como posible, junto a la consecución del fin propuesto.

---

<sup>265</sup> Ver GOLDSTEIN, *Op. cit.*, p. 268

<sup>266</sup> Ver QUINTERO OLIVARES, *Op. cit.*, p. 342

<sup>267</sup> MUÑOZ CONDE (Francisco). *Teoría General del delito*. Bogotá, Editorial Temis, SNE, 1984, pp. 58-59

Continuando con el ejemplo que se expuso en el aparte anterior, el embajador además de viajar siempre con el chofer, ocasionalmente sus hijos viajan con él, por lo que el autor sabe que, para lograr el plan propuesto, existe la posibilidad de que en el intento de asesinar al embajador, mueran también sus hijos; y aunque no quiere la muerte de los niños acepta la posibilidad de que eso suceda a la hora de llevar a cabo su plan, por lo que existe dolo eventual con respecto a la muerte de estos últimos.

Es necesario incluir, además, el dolo de peligro, expresión utilizada comúnmente en la doctrina alemana para referirse al dolo en los delitos de peligro<sup>268</sup>, por lo tanto se hará una breve explicación del contenido de este tipo de dolo.

En cuanto al dolo de peligro la doctrina mayoritaria defiende la existencia de un único concepto de dolo y niega que el dolo de peligro sea una clase especial de dolo diferente al dolo de lesión; de hecho, hay autores<sup>269</sup> que afirmaron que no existe diferencia material entre el dolo de lesión y el dolo de peligro, y argumentan que tal diferenciación sólo tiene sentido en relación con los delitos de peligro. Y

---

<sup>268</sup> ...Específicamente en los delitos de peligro concreto, porque sólo en ellos es exigible un auténtico dolo de poner en peligro. Ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Op. cit., pp41-42, pie de página 2

<sup>269</sup> Así entre algunos de ellos están: BUSCH, VON HIPPEL. FLEISCHMANN, BINDING...HORN, OSTENDORF, WOLTER, KINDHAUSER, JESCHECK. Ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Op.cit., pp. 45-48

que la diferencia radica en que, en ciertos delitos, el dolo no ha de referirse a la lesión sino a la puesta en peligro de bienes jurídicos.

En igual sentido se pronuncia la doctrina española, que sostiene la tesis de que el dolo de peligro no constituye una clase especial de dolo, sino que su particularidad está en que no exige la lesión del bien jurídico, sino solamente su puesta en peligro. Por su parte la doctrina italiana refiere que la distinción entre el dolo de lesión y dolo de peligro radica en la voluntad de lesionar o de poner en peligro el bien protegido.<sup>270</sup>

Comparto la tesis de que el dolo de peligro no es una clase especial de dolo, pues partiendo de su acepción, la cual nos señala que el agente tenga la voluntad o el querer de realizar la conducta típica, conociendo de antemano los elementos del tipo; debemos concluir que el dolo de peligro es aquel en que el sujeto debe conocer la concreta peligrosidad de su acción y además debe querer esa puesta en peligro del bien jurídico; en otras palabras el dolo de peligro es el conocimiento y voluntad de poner en peligro el bien jurídico. Aunque el dolo de peligro presenta semejanzas con la tentativa, en virtud de que en esta última se pone en peligro el bien jurídico debido a que no se produce un resultado dañoso; ambas figuras se deben diferenciar, pues en la tentativa el agente busca el resultado lesivo, es su objetivo, el cual no se produce por causas ajenas al autor,



mientras que el dolo de peligro lo que pretende es la puesta en peligro del bien jurídico y por lo tanto no se persigue el resultado dañoso del mismo.

Ahora bien, podemos decir que el dolo de lesión contiene al dolo de peligro, en virtud de que cuando se quiere lesionar el bien jurídico, forzosamente se produce un peligro anterior al resultado lesivo; en virtud de que *“...el peligro es un estadio previo a la lesión, que la precede necesariamente y, por tanto, quien «quiere» lesionar ha de querer, necesariamente, la puesta en peligro del concreto bien jurídico al que se refiere el dolo de lesionar.”*<sup>271</sup>

## **B.- Culpa**

### **1. Noción de culpa**

La culpa, también llamada imprudencia es concebida como la *“...realización de una acción peligrosa con infracción del deber de cuidado impuesto por una norma (norma de cuidado) respecto del bien jurídico penalmente protegido.”*<sup>272</sup>

---

<sup>270</sup> Ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Op. cit.*, pp. 47-48

<sup>271</sup> Ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Op. cit.*, p. 49

<sup>272</sup> Ver LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 794

Cobo del Rosal señala que *“concorre imprudencia en quien realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente, sino a causa de haber infringido el deber de cuidado que personalmente le era exigible.”*<sup>273</sup>

Ahora bien, podemos decir que la esencia de la culpa está en el descuido del agente, en su actuación peligrosa, en virtud de que infringió el deber de cuidado. En la culpa, a diferencia del dolo, el agente no quiere la realización del tipo, no es su meta, por lo que podríamos decir, que la imprudencia carece del elemento volitivo, el cual sí es elemento configurativo del dolo.

No obstante, esto no implica -en el ámbito penal- que la actuación descuidada del agente deba tenerse como conducta irrelevante, pues si se produce un resultado dañoso como consecuencia de esa acción, el agente deberá responder a título de culpa, siempre y cuando el tipo expresamente así lo determine, que es el caso de nuestra legislación, pues nuestro Código Penal tiene un sistema de *numerus clausus*, ya que indica, en la parte especial, las figuras culposas. Por lo tanto, hay que señalar que el dolo y la culpa son excluyentes entre sí.

Por ende, podemos argumentar que en el tipo culposo no se castiga la acción como tal sino que se castiga la conducta cuando produce un resultado

---

<sup>273</sup> Ver COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Op. cit.*, p. 634

dañoso, el cual debió ser previsto y pudo ser evitado por el agente. Es decir, dentro de esta categoría de delitos, una misma acción puede ser irrelevante o relevante a la vez; por ejemplo: un conductor no obedece la señal de alto y continúa sin detenerse y no sucede nada, pues no hay peatones cruzando la calle ni otros vehículos circulando; al no producirse un resultado dañoso la conducta (brincarse un alto) –en el ámbito penal- es irrelevante, a lo sumo se le sanciona con una infracción de tránsito. Distinto sería si ese mismo conductor se brinca el alto y colisiona con otro vehículo ocasionándole la muerte al chofer de éste; en este caso esa misma conducta sí es relevante, por lo que el conductor que se brincó el alto tiene responsabilidad penal.

Al respecto Zaffaroni señala que “el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa.”<sup>274</sup>

---

<sup>274</sup> Ver ZAFFARONI, Derecho penal..., p. 523

## **2.- Clases de culpa**

En la doctrina podemos encontrar diversas clases de culpa; pero para nuestro análisis interesa la distinción entre culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación.

### **a.- Culpa consciente**

También llamada con representación o previsión, se presenta cuando *“el agente, habiéndose representado como posible la producción del resultado, confía en poder evitarlo.”*<sup>275</sup>

Zaffaroni manifiesta que en este tipo de culpa el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, es decir, tiene conciencia de que el resultado típico puede sobrevenir de la creación del peligro por él generada.<sup>276</sup>

Por su parte, Bacigalupo indica que estamos ante la culpa consciente cuando *“el autor se haya representado como posible la realización del tipo y haya obrado en la creencia de que ésta no tendría lugar...”*<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> Así VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 437

<sup>276</sup> Ver ZAFFARONI, *Derecho penal...*, p. 524

Un típico ejemplo de la culpa consciente es el del conductor, que conduciendo dentro de los límites permitidos, a muy altas horas de la noche, habiendo poco tránsito y además es una carretera poco transitada, se represente la posibilidad de que si no se detiene en la señal de alto, puede provocar un accidente; pero confiado en todas las circunstancias que lo rodean, concluye que es imposible que pase algún otro vehículo y entonces actúa rechazando la posibilidad de la producción del choque.

Podemos decir que la culpa consciente se caracteriza porque el agente previó las consecuencias de su actuar negligente o imprudente, pero carece del deseo de ocasionar algún daño o perjuicio, pues tiene confianza de poder evitarlo.

Si bien es cierto, la culpa consciente y el dolo eventual son figuras similares, pues en ambas el autor se representa el resultado como posible; se pueden diferenciar en virtud de que en el dolo eventual se presenta el daño al agente ex ante como probable y pese a ello consiente en realizar la acción aceptando o consintiendo sus eventuales consecuencias, mientras que en los casos de culpa consciente, el agente conociendo la posibilidad de que se produzca el resultado, actúa contando o confiando en que el resultado no se producirá.

---

<sup>277</sup> Ver BACIGALUPO, Lineamientos..., p. 50

**b.- Culpa inconsciente**

Se le conoce también con el nombre de culpa sin representación o sin previsión, y se presenta cuando el agente, pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no piensa en ellos y, por ende, no se la representa, es decir, no tiene conciencia de la creación del peligro (que siempre es de un resultado).<sup>278</sup>

Según Velásquez ésta se realiza cuando *“el agente no se representó la posible concurrencia del resultado típico, habiendo podido hacerlo...”*<sup>279</sup>

Ahora bien, estaríamos ante culpa inconsciente o sin representación, cuando el agente no considera la posibilidad de producción del resultado, aún pudiendo y debiendo hacerlo.

Cobo del Rosal señala que la posibilidad de incriminación en esta clase de culpa se ha puesto en tela de juicio, en virtud de que en ella no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y el resultado. Sin embargo, esta ausencia de

---

<sup>278</sup> Ver ZAFFARONI, Derecho penal..., p. 524

<sup>279</sup> Así VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Op. cit., p. 438

conexión psíquica no impide contemplar el resultado como obra del autor si se establece que pudo y debió preverlo y evitarlo.<sup>280</sup>

Después de lo expuesto en relación con la culpa, podemos concluir que no se pueden concebir los delitos de peligro abstracto culposos, pues partiendo de que los delitos culposos, para que sean relevantes para el Derecho Penal, deben estar asociados o mejor dicho deben producir un resultado, no tendrían cabida en delitos de peligro abstracto, pues éstos, para su configuración, carecen de un resultado, que es la esencia del delito culposos.

---

<sup>280</sup> Ver COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Op.cit., p. 635

## CAPÍTULO II. Delitos de Peligro Abstracto

### **Sección I. Nociones generales**

#### **A.- Noción de delitos de peligro abstracto**

Antes de entrar al análisis de la conceptualización de delitos de peligro abstracto es necesario hacer mención del concepto “*abstracción*”, para poder tener una mejor perspectiva en relación con este tipo de delitos.

La doctrina ha conceptualizado la abstracción como un modo de pensar mediante el cual separamos conceptualmente algo de algo, más exactamente, se separa lo que se estima general, universal, necesario o esencial de lo individual, casual y contingente. Lo abstraído será siempre una disminución o alejamiento de la realidad.<sup>281</sup> Continúa este autor señalando que la abstracción es un proceso - acción y efecto de abstraer- que admite niveles de progresivo distanciamiento de lo real.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> RODRÍGUEZ RAMOS (Luis) Los riesgos de lo abstracto en el Derecho penal (el delito de contaminación ambiental como ejemplo), [http://www.arazandi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d300503/fr\\_com.html](http://www.arazandi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d300503/fr_com.html), 08-07-05, 2:25 pm

<sup>282</sup> Ibid



Cabanellas lo define como “...*la actividad del entendimiento que le permite elevarse de los individuos o de las singularidades hasta lo universal.*”<sup>283</sup>

Ahora bien, podemos decir entonces que lo abstracto equivale a un alejamiento de la realidad, y cuanto mayor sea el nivel de abstracción más distante será el alejamiento; y que además corresponde a lo general y universal.

En el entendido de que lo abstracto se ajusta a lo general, podemos decir entonces que se contrapone a lo individual y particular, que sería en este caso lo concreto. Teniendo ya una idea de lo que es abstracción, pasamos a exponer algunas concepciones de los delitos de peligro abstracto.

La doctrina aborda el concepto de delitos de peligro abstracto como “...*aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro.*”<sup>284</sup> De lo anterior se deduce que se está ante un delito de peligro abstracto cuando se atribuye una acción y la misma se castiga por el simple hecho de tener una idoneidad para crear peligros y causar daños.

---

<sup>283</sup> Ver CABANELLAS, *Diccionario...*, Tomo I, 1981

<sup>284</sup> ROXIN Citado por MÁRQUEZ PIÑERO (Rafael). *Delitos de peligro abstracto.*

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/997/12.pdf#search=delitos%20de%20peligro%20abstracto>, 10-06-05, 8 am

Por su parte, Moreno Rodríguez indica que el delito de peligro abstracto es el delito que se consuma con la realización del acto prohibido, sin que se halla puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma.<sup>285</sup>

Al respecto la Sala Tercera ha señalado que *“...se trata de conductas tipificadas que no precisan para su configuración de la comprobación de un daño efectivo al bien jurídico (como son los delitos de resultado material), ni de los que exigen que se constate la puesta en peligro de un bien definido en virtud de la acción perseguida (delitos de peligro concreto). Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque se estima que, la simple comisión de los componentes del tipo, ya de por sí afectan el bien jurídico; independientemente de que se constate o no una ulterior lesión actual o futura a ese bien.”*<sup>286</sup> Si bien es cierto, la Sala Tercera ha manifestado que se admite prueba en contrario<sup>287</sup> *-presunción iuris tantum-*, no se debe entender ésta en el sentido de que el imputado debe probar la no peligrosidad, sino más bien es el fiscal quien debe demostrar la probabilidad de peligro al que fue expuesto el bien jurídico; por lo tanto no se puede hablar de una inversión de la carga de la prueba, en virtud de que *“no se puede poner al imputado a probar que no existió peligrosidad alguna para el bien jurídico, no*

---

<sup>285</sup> Ver MORENO RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, snp

<sup>286</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1176 de 10 Horas 10 minutos del 22 de noviembre del 2002

<sup>287</sup> Ver Voto N° 683-F-91 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

*podría romperse las reglas; es decir, el imputado no tiene nada que probar; pues prevalece el principio de inocencia.”<sup>288</sup>*

Por lo tanto, si se tiene que para la configuración de estos delitos no es necesaria la verificación del peligro, entonces podemos decir que el peligro no pertenece a las características del tipo<sup>289</sup>, únicamente existe una presunción de que la situación es peligrosa por sí misma sin que ello sea preciso concretarlo en el caso específico; sino más bien vendría a ser la razón o el motivo de la tipificación. Lo que evidencia que la evitación del peligro y de lesiones concretas es el motivo del legislador, por lo que podemos decir que su concurrencia no es requisito del tipo.

Cabe acotar que el legislador se ha fundamentado en las necesidades que tiene el país de combatir el narcotráfico, la farmacodependencia y actividades conexas, para la utilización de los delitos de peligro abstracto; pues ha señalado que *“las actividades relacionadas directa o indirectamente con el tráfico y consumo ilícito de drogas varían día a día, haciéndose cada vez más complejas y sofisticadas, lo que demanda que la ley que las reprime sea también actualizada y*

---

<sup>288</sup> Entrevista con el Dr. Fernando Cruz, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 27 de noviembre del 2005

<sup>289</sup> En igual sentido TORÍO LÓPEZ, *Op. cit.*, pp. 825 y ss.

*mantenga su eficacia y operatividad ante los más variados mecanismos empleados por la narcomafia.”*<sup>290</sup>

Así mismo se basa en la protección a nuestra ciudadanía y, principalmente, a nuestra juventud, del consumo de las drogas que aniquilan sus más elementales capacidades y virtudes; por lo que dentro de sus propósitos está el fortalecer la lucha contra el narcotráfico.

Razón por la cual reclaman una abstracción por parte del legislador que incrimina las conductas no por su peligrosidad definida para el caso concreto sino por la valoración generalmente estadística que demuestra que en la mayoría de los casos en que esa conducta se ha producido ha resultado ser peligrosa; hay, pues, una simple presunción de peligro<sup>291</sup>; la cual se tiene como “...una presunción iuris et de iure, es decir, que no se admite la prueba del peligro, la prueba de que en esa situación nunca hubo peligro para bienes jurídicos.”<sup>292</sup> En mi opinión, no es la reiteración del comportamiento lo que genera el peligro, sino la aptitud o idoneidad que tiene determinada conducta para ocasionar la amenaza;

---

<sup>290</sup> Proyecto Reforma a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas Ley N<sup>a</sup> 7233 de 8 de mayo de 1991, Expediente N<sup>a</sup> 12539, pp. 3 y 4

<sup>291</sup> MORILLAS CUEVAS (Lorenzo). Tutela Jurídico-Penal de los Recursos Hidrológicos, [http://puhrs.campus2.br/fadir/viii\\_congreso/magistrales/morillas\\_cueva.html](http://puhrs.campus2.br/fadir/viii_congreso/magistrales/morillas_cueva.html), 08-07-05, 1:25 pm

<sup>292</sup> Ver MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 172

ya que esa valoración de aptitud lesiva general, viene a ser un parámetro para que el legislador determine cuáles conductas son aptas para provocar un peligro.

Ahora bien, tenemos entonces que este tipo de delitos son aquellos en los que se va a penalizar una acción que no produce una lesión al bien jurídico, ni siquiera una puesta en peligro inminente; ya que para su consumación basta el despliegue de la acción peligrosa para el bien jurídico tutelado, independientemente de que se produzca o no un resultado dañoso.

Por lo tanto, debe aceptarse entonces, que los delitos de peligro abstracto representan *“...un adelantamiento de la intervención penal a una fase de desarrollo de la acción delictiva todavía muy alejada de la lesión o menoscabo efectivo del bien jurídico tutelado, e inclusive de la posibilidad real o potencial de que éste llegue a ser lesionado.”*<sup>293</sup> A partir de esto, es decir, de la falta de lesión al bien jurídico, se puede decir que la punibilidad de este tipo de delitos, se fundamenta en la peligrosidad general de un comportamiento determinado o de una determinada consecuencia.

Con base en que este tipo de delitos, para su configuración, no necesita de la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se manifiesta que esta

---

<sup>293</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1309 de 10 Horas 55 minutos del 12 de noviembre del 2004

categoría de delitos “...ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de toda pena estatal, la prueba de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas.”<sup>294</sup>; garantía constitucional que la tenemos inmersa en el artículo 28, párrafo segundo de nuestra Constitución Política, mejor denominada *Principio de lesividad*. Por lo que al carecer, este tipo de delitos, de esos dos presupuestos -lesión o puesta en peligro- podemos decir que se produce, en principio una transgresión a dicha garantía.

En igual sentido se ha manifestado Arroyo Gutiérrez, al indicar que los delitos de peligro abstracto vienen a violentar algunos principios constitucionales, especialmente el principio de lesividad, pues se penalizan conductas o se tratan de penalizar conductas sin que haya un daño efectivo, o sin que haya ocurrido ni siquiera una puesta en peligro.<sup>295</sup>

Sin embargo, al consultársele a Cruz Castro si los delitos de peligro abstracto violentan alguna garantía constitucional, señaló que la Sala Constitucional ha evadido el tema, agregó además que no es conveniente que La

---

<sup>294</sup> VITALE (Gustavo L.). Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal, En Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, Primera edición, 1998, p. 92

Sala se convierta en el árbitro, desde el punto de vista político criminal, de ese tema, pues se convertiría en el gran arbitrador de la Política Criminal. Añadió que en algunos casos son necesarios, por ejemplo el de asociación ilícita, que inclusive ha sido recomendado en convenciones internacionales. Por lo que no es recomendable, en primer lugar, afirmar que todos los delitos de peligro abstracto no conllevan una lesión o un perjuicio al bien jurídico, sino que se debe analizar cada caso particular; y en segundo lugar, la Sala no debe entrar en el tema de ser el gran arbitrador de qué tipo de criminalización se puede dar o no, eso es un asunto meramente político.<sup>296</sup>

Podemos concluir que los delitos de peligro abstracto vienen a violentar el principio constitucional de lesividad, tal y como está concebido éste en nuestra Carta Magna. No obstante, esto no quiere decir que podamos prescindir del todo de esta clase de delitos, pues partiendo de que vivimos en una sociedad de riesgos, que se caracteriza por la evolución tecnológica que además de brindar beneficios a la humanidad, también ha generado nuevos riesgos, lo que ha venido ha provocar inseguridad jurídica; se hace necesaria la utilización de delitos de peligro abstracto para brindar tutela a ciertos bienes jurídicos supraindividuales, que son de gran relevancia para la convivencia social; como por ejemplo la salud

---

<sup>295</sup> Entrevista con el Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 25 de octubre del 2005

<sup>296</sup> Entrevista con el Dr. Fernando Cruz Castro, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 27 de noviembre del 2005

pública, la tranquilidad social, etc. Así mismo debemos de tomar en cuenta que el principio de lesividad fue formulado en un contexto histórico muy diferente al que tenemos hoy día, pues data del año 1949; época en la que no se presentaban los riesgos que nos acechan en la actualidad.

Al respecto, la Sala Tercera ha señalado que *“En el contexto de un estado republicano de derecho, en algunos casos resulta necesaria la existencia de delitos de peligro abstracto, pero su sobre-utilización mediante creación legislativa, así como su aplicación e interpretación extensiva, pueden resultar francamente desproporcionadas en relación a los principios mencionados, de fragmentariedad, subsidiariedad, ultima-ratio, de primacía del ámbito de libertad y autodeterminación de las personas y de lesividad del derecho penal.”*<sup>297</sup>

Zúñiga Morales señala que no se puede prescindir de los delitos de peligro abstracto en este momento, en esta sociedad tan compleja. Además, en algunos casos es necesaria la utilización del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos supraindividuales, por ejemplo en el caso de las drogas es evidente la necesidad de emplear esta clase de delitos, porque se protege el bien jurídico salud pública.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1309 de las 10 Horas 55 minutos del 12 de noviembre del 2004

<sup>298</sup> Entrevista con el Lic. Ulises Zúñiga Morales, Juez del Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 27 de noviembre del 2005



En mi opinión, la utilización de este tipo de delitos debe darse de manera excepcional, respetando en todo momento el principio de ultima ratio del Derecho Penal, es decir, agotando todas las posibilidades de tutela que brinda el ordenamiento jurídico, y brindando tutela penal únicamente a bienes jurídicos emanados de nuestra Constitución Política; en virtud de que el ius puniendi contiene sanciones que restringen derechos fundamentales.

Como se ha venido mencionando, en los delitos de peligro abstracto sólo se necesita la realización de la conducta para la configuración del ilícito, por lo que podemos decir que en estos supuestos nos encontramos ante una tipicidad legal, en virtud de que no es necesario ni siquiera la verificación del peligro al que se expone el bien jurídico.

Ante tal situación, considero necesario que en cada caso concreto, aunque la conducta se ajuste al tipo penal, se realice un análisis ex –ante de la conducta juzgada, determinando las circunstancias en que ésta se desarrolló, para verificar si existió una efectiva peligrosidad, es decir, si se está ante una acción potencialmente lesiva para el bien jurídico, y de esta manera poder verificar el grado de probabilidad de lesión o perjuicio al bien jurídico; y no únicamente constatar que la conducta se ajusta al tipo (tipicidad legal). No se debe únicamente limitar a la valoración que ha realizado el legislador de la conducta,

para la creación de estos tipos penales; pues se corre el riesgo de sancionar todas las conductas, inclusive aquellas que sean insignificantes, solo por el simple hecho de que la conducta se ajusta al tipo penal, es decir, únicamente se estaría sancionando con base en una tipicidad legal.

## **B.- Bien jurídico**

### **1.- Concepto**

Cuando se habla del bien jurídico se hace referencia a “...*determinados valores sociales que, según la opinión del legislador, merecen especial protección, como sucede con la vida, el patrimonio económico, la integridad personal, el medio ambiente, el orden económico-social, etc.*”<sup>299</sup>

Según Binding el bien jurídico es todo aquello que a los ojos del legislador es de valor para el mantenimiento de la vida sana de la comunidad, y que se encuentra dentro de la norma jurídica. En contraste con esta opinión, von Listz postulaba que los bienes jurídicos eran intereses vitales para el individuo y la

---

<sup>299</sup> Así VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 43

comunidad surgidos de la vida<sup>300</sup>, y por lo tanto deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, Zaffaroni define el bien jurídico penalmente tutelado como *“...la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.”*<sup>301</sup>

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional al señalar que los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad.

Podemos decir entonces que aquellos valores; así como también la disponibilidad que ejerce el individuo sobre ellos, en el tanto que son relevantes para su bienestar y que dada su importancia para la convivencia humana, y que además son reconocidos por el derecho, deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico, convirtiéndose de esta manera en un bien jurídico tutelado; y en virtud de que el Estado debe garantizar la convivencia armónica entre los individuos, para lo cual utiliza al Derecho como instrumento para lograr dicho objetivo.

---

<sup>300</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 44

Para nuestro análisis interesa el bien jurídico penalmente tutelado, ya que no todos los bienes jurídicos son tutelados penalmente; pues la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación<sup>302</sup>. Por lo tanto *“una Política criminal restrictiva de la intervención penal exige subordinar ésta a valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan seleccionar con criterios propios, especialmente estrictos, los objetos que merecen amparo jurídico-penal y no sólo jurídico in genere.”*<sup>303</sup>, esto podemos entenderlo en razón de que al ser el Derecho Penal el que contiene las sanciones más severas, no se puede pretender que todos los valores o intereses del individuo se tutelén penalmente, sino sólo aquellos que tienen suficiente “importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal”.<sup>304</sup>

En relación con el primer aspecto, la importancia social, debemos entender ésta en el sentido de que tales bienes puedan considerarse fundamentales para la vida en sociedad. Con respecto a la segunda condición, sea la necesidad de protección por el Derecho Penal, es preciso que no sean suficientes para su tutela, otros medios menos lesivos, es decir, que deben agotarse otras alternativas para

---

<sup>301</sup> ZAFFARONI (Eugenio Raúl). Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ediar, Segunda edición, 1979, p. 323

<sup>302</sup> Así ZAFFARONI, Derecho penal..., p. 464

<sup>303</sup> MIR PUIG (Santiago). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, Primera edición, 1994, p. 160

<sup>304</sup> Ibid, p. 162

tutelar dichos bienes y sólo cuando ellas no son efectivas, se utilice el Derecho Penal, o sea hacer efectivo el principio de ultima ratio.

Ahora bien, el bien jurídico tutelado penalmente, podemos decir que cumple dos funciones: por un lado legitima la actuación del *ius puniendi*, pues sólo cuando un bien jurídico goce de la tutela penal, se pueden aplicar las sanciones establecidas por el Derecho Penal y por otro lado, se habla de la función garantizadora, en virtud de que el bien jurídico viene a fungir como un límite al legislador, en tanto que éste no puede pretender elevar a la categoría de bien jurídico penal una simple moral, por lo que el *“...bien jurídico tutelado está librado al capricho del legislador, debe estar (sic) originarse directamente de la protección constitucional: la Constitución Política como límite al Estado y como protección del ciudadano.”*<sup>305</sup>

También podemos entender que este concepto limitativo o garantizador, se aprecia en el tanto en que sólo algunos bienes jurídicos son merecedores de la tutela penal, pues esta extensión de tutela deberá responder al principio de ultima ratio.

---

<sup>305</sup> DALL'ANESE RUIZ (Francisco), Bien Jurídico tutelado y democracia. En Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica, San José, N° 5, Depto. de Publicaciones e Impresos, Poder Judicial, 2001, p. 61

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Tercera al señalar que el bien jurídico cumple una función específica ante la tendencia, que se presenta en la Sociedad de riesgo -tema de relevancia en nuestra investigación-, de la creciente utilización de delitos de peligro abstracto; pues *“Frente a esta tendencia debe sostenerse el concepto de bien jurídico como un límite infranqueable a la potestad punitiva del Estado, en cuyo caso se constituye como requisito despenalizador, como un criterio para la menor criminalización posible de las conductas (en consonancia con el principio de ultima-ratio y de subsidiariedad) y para el mantenimiento y la mayor extensión posible de la libertad y la esfera de autonomía de las personas (en concordancia con el principio de fragmentariedad y con el principio pro-libertate). Como es bien sabido, esta función del concepto de bien jurídico opera en dos sentidos: 1. Como límite a la potestad del legislador para crear delitos (o proceso de criminalización primaria), imponiendo la obligación de que para cada tipo penal exista un bien jurídico tutelado relevante para la colectividad y para la vida en sociedad y, 2. Como límite a la función concreta de interpretación y aplicación de los tipos penales que desarrollan los jueces, en donde el bien jurídico, mediante el análisis de lesividad, impide imponer penas a aquellas conductas mediante las que no se ha lesionado o no se ha puesto al menos en peligro considerable, el bien jurídico concreto tutelado por el tipo penal”*<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1309 de las 10 Horas 55 minutos del 12 de noviembre del 2004

Ahora bien, podemos concluir entonces, que el bien jurídico, el interés, el valor o la relación social concreta, es de suma importancia en el tanto que implica, para el individuo, el derecho a disponer libremente del objeto protegido con la tutela penal, como por ejemplo la vida, libertad sexual, el patrimonio, etc., y por otra parte viene a constituirse en una garantía, en virtud de que el individuo y la sociedad como tal, conocen qué es lo que se protege y el porqué de esa protección. Por otro lado 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.”*<sup>307</sup>

Por lo tanto, la delimitación del bien jurídico es de suma importancia , en virtud de que le garantiza al ciudadano que el Estado no puede elevar a delito una simple moral; sino que por el contrario, le exige al gobierno que fundamente, de manera razonable, sus actuaciones; de tal manera que el bien jurídico al ser el para qué del tipo penal se convierte en una herramienta que posibilita el

---

<sup>307</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 6410 de las 15 Horas 12 minutos del 26 de noviembre de 1996

conocimiento de los fines de la norma, en virtud de que se conoce de antemano el objeto de protección de la misma, garantizando, de esta manera, que el Estado no puede elevar a delitos, de forma arbitraria, cualquier conducta.

## **2.- Bienes jurídicos supraindividuales**

Los bienes jurídicos supraindividuales, también llamados colectivos o difusos, son aquellos bienes cuya *“particularidad residiría en que acentúan el carácter masivo y universal...”*<sup>308</sup>

De tal manera que se dice que los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de un colectivo o del grupo social, *“...Los bienes colectivos implican necesariamente la realización de determinada actividad estatal respecto de la relación de los unos con los otros, para la satisfacción de sus necesidades en la resolución de sus conflictos de intereses.”*<sup>309</sup>

Ahora bien, podemos decir que estos bienes jurídicos supraindividuales están relacionados con la evolución tecnológica en la que estamos inmersos, por lo que diríamos que son propios de la Sociedad de riesgo. Estos bienes recogen

---

<sup>308</sup> Ver MORENO RODRÍGUEZ, Op. cit., snp.



intereses ligados al medio ambiente, a la salud, a la seguridad pública, la economía, a la paz, etc; por lo que vemos que efectivamente se refieren a un conglomerado y no específicamente al individuo como tal; por lo que conllevan a intereses de muchos.

De tal manera, estos intereses colectivos vienen a exceder el ámbito de lo individual y se proyectan a la comunidad, es decir, incide en la totalidad de la sociedad. Estos bienes jurídicos son los que el legislador trata de proteger con la utilización de la técnica de los delitos de peligro.

Al respecto, Armijo señala que dentro de estos bienes destacan el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la salud, el derecho a la paz, etc., y que estos derechos, en la mayoría de los ordenamientos, se encuentran deficientemente tutelados, y cuando lo están, responden a fórmulas abstractas e indeterminadas que dificultan su interpretación. Su tutela ha surgido para enfrentar el proceso acelerado de socialización que enfrenta el hombre actual, caracterizado por la mayor interacción entre los grupos sociales y las relaciones de dependencia que lo colocan en situación de desventaja, frente a los detentadores del poder, tanto sujetos de derecho privado como público.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Así BUSTOS RAMÍREZ Citado por RUSCONI, Op.cit., pp. 172-173, pie de p. 8

<sup>310</sup> Ver ARMIJO, Op. cit., pp. 17-18

No obstante, la protección de esta clase de bienes jurídicos es objetada porque se dice que se produce una ruptura de los principios básicos del Derecho Penal, en virtud de que supone castigar una conducta sin verificar la existencia de peligro, y que por el contrario sólo castiga la desobediencia a la norma.<sup>311</sup>

Corcoy Bidasolo otorga legitimidad a la protección de bienes jurídicos supraindividuales, siempre que tengan como referencia la protección de intereses fundamentales para la vida social de la persona.<sup>312</sup>

Particularmente considero que la tutela de este tipo de bienes jurídicos, hablando de la tutela penal, debe otorgarse a aquellos bienes que sean de relevancia para la convivencia de la sociedad y por supuesto que se deriven de una garantía constitucional. Dall'Anese ha enfatizado que *“cuando hablamos del bien jurídico tutelado debemos tener muy claro que debe derivarse directamente de la Constitución Política.”*<sup>313</sup>

No obstante, después de haber revisado algunos proyectos de ley, específicamente los relativos a las reformas de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, que sus tipos penales han sido catalogados, por parte de la jurisprudencia, como

---

<sup>311</sup> Así CORCOY BIDASOLO, *Op. cit.*, p. 183

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 184

delitos de peligro abstracto; nos encontramos que la Asamblea Legislativa no se ha cuestionado acerca de la legitimidad o fundamento de los llamados bienes jurídicos supraindividuales.

## **Sección II. La tentativa en los delitos de peligro abstracto**

### **A.- Generalidades**

Es necesario exponer algunas cuestiones generales, aunque sea de manera breve, para poder comprender mejor la figura jurídica denominada “*tentativa*”, por lo que en este aparte se realizará una exposición de la figura del *iter criminis*, para luego dar algunos de los conceptos de tentativa encontrados en la doctrina, así como también la manera en que nuestra legislación la concibe.

El *iter criminis* es concebido como una serie de fases o etapas que van, desde la simple ideación, hasta la consumación del hecho delictivo.<sup>314</sup> La doctrina distingue dos fases en el *iter criminis*: una fase interna y otra externa.

---

<sup>313</sup> Ver DALL'ANESE RUIZ, Bien jurídico..., p. 61

<sup>314</sup> Ver ZÚÑIGA MORALES, Op. cit., p. 4

En la fase interna, el delito sólo existe en la mente del sujeto; es la etapa de la gestación del crimen en la psiquis del delincuente. Esta fase se divide en tres subfases:

- *La ideación*: es el momento en que surge, en la mente del sujeto, el deseo o la intención de cometer el delito.
- *La deliberación*: se trata de un período de reflexión, en la que se presenta una lucha interna en la que se enfrentan las tendencias criminales a los frenos inhibitorios –sentimiento del deber y temor al castigo-.
- *La resolución*: es el momento decisivo en el que, como consecuencia de la deliberación, el agente decide ejecutar su plan criminal.<sup>315</sup>

Velásquez nos señala que esta etapa es el “*proceso interno mediante el cual el agente acaricia la idea delictiva, delibera, toma resoluciones, piensa los pro y los contra...*”<sup>316</sup>

Ahora bien, es necesario indicar que, mientras que el deseo de delinquir se mantenga en el plano ideológico, sea en la mente del agente, no existe motivo

---

<sup>315</sup> Ver ZÚÑIGA MORALES, *Op. cit.*, pp. 4-5

<sup>316</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 586

alguno para imponer una pena, en virtud de que “*los pensamientos no delinquen.*”<sup>317</sup>

En la fase externa<sup>318</sup> se ubica el momento en el cual el agente manifiesta o da a conocer el fin propuesto mediante palabras, escritos, gestos, etc, haciéndolo del conocimiento de los demás<sup>319</sup>, lo que viene a configurar las resoluciones manifiestas, como lo denomina Zúñiga Morales.

Otra situación que comprende esta etapa externa es la de los actos preparatorios, lo que Velásquez señala como el conjunto de todas aquellas actividades encaminadas a preparar el hecho punible, como disponer o prevenir medios, instrumentos y circunstancias para la ejecución del hecho<sup>320</sup>; los cuales no son punibles; en virtud de que tienen un contenido delictivo insuficiente, pues no se dirigen directamente a la comisión del hecho típico<sup>321</sup>. Podemos decir, entonces, que este es el momento en el cual el autor prepara todo lo necesario, ya sean cosas materiales como también la previsión de situaciones tales como estudiar el lugar donde va a llevar a cabo su objetivo, los movimientos de su víctima, etc, para ejecutar el plan propuesto.

---

<sup>317</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 586

<sup>318</sup> La cual está conformada por las relaciones manifestadas, actos preparatorios, actos ejecutivos y la consumación. Así ZÚÑIGA MORALES, *La tentativa...*, p. 6

<sup>319</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 586

Seguidamente se tiene un tercer momento que es el llamado actos de ejecución, que son “...*aquellos comportamientos dirigidos a poner en práctica los actos preparatorios directamente sobre la persona o bien que se busca destruir o conculcar y que suponen un comienzo de ejecución de la conducta típica correspondiente...*”<sup>322</sup>, el cual da origen a la figura de la tentativa<sup>323</sup>, y por lo tanto son punibles, en virtud de que la tentativa si contempla una sanción<sup>324</sup>.

Por último tenemos los llamados actos de consumación, que es el momento en que el sujeto activo realiza en forma íntegra todos los actos propios y característicos de la conducta tipificada por la ley<sup>325</sup>, con lo cual se perfecciona la idea criminal; es decir, el agente logra materializar la finalidad propuesta.

Entendemos, entonces, que el *iter criminis* es un proceso, por el cual atraviesa todo fenómeno criminal, que se inicia desde el momento en que el sujeto se plantea, en su mente, la realización de un hecho delictivo, hasta que se materializa en el mundo exterior, o sea se produce la consumación del delito.

---

<sup>320</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 586

<sup>321</sup> Ver ZÚÑIGA MORALES, *La tentativa...* p. 6

<sup>322</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, pp. 586-587

<sup>323</sup> Ver ZÚÑIGA MORALES, *La tentativa...* p. 7

<sup>324</sup> “...La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del juez...” *Código Penal*, art. 73

<sup>325</sup> Ver ZÚÑIGA MORALES, *La tentativa...* p. 7

En cuanto a la conceptualización de la tentativa, la doctrina ha señalado que es *“...un delito incompleto en orden a que aún no ha sido integrado totalmente, pero no por la ausencia de caracteres típicos estructurales, sino porque éstos aún no se han realizado en el tiempo.”*<sup>326</sup>

Para Bacigalupo habrá tentativa *“cuando se dé comienzo a la ejecución del delito pero no se lo consume por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.”*<sup>327</sup> Entonces la tentativa es la ejecución incompleta del hecho tipificado en la ley penal; es un acto o delito que se empieza a ejecutar y nunca llega a consumarse, un delito imperfecto.<sup>328</sup>

Nuestra legislación enuncia un concepto de tentativa<sup>329</sup>, del cual se deduce que para que exista esta figura jurídica es necesario que se presenten actos de ejecución.

No obstante, la doctrina ha diferido acerca de la distinción entre los actos preparatorios y los actos de ejecución. En la actualidad la tesis imperante, y la que ha adoptado nuestra Sala Tercera, es la teoría individual objetiva, según la cual lo

---

<sup>326</sup> Ver ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, p. 775

<sup>327</sup> Ver BACIGALUPO, *Lineamientos...*, p. 98

<sup>328</sup> Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 589

<sup>329</sup> “Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente...” Código Penal, art. 24

que “...debe tomarse en consideración es, en primer término, el plan del autor, así como también la proximidad del peligro corrido por el bien jurídico según la acción desplegada, y que tales actos sean típicos, aunque no necesariamente se inicie el desarrollo del núcleo o verbo del tipo penal.”<sup>330</sup>

Zaffaroni señala que “Esta teoría se mantiene en el plano de lo objetivo en cuanto parte de la consideración de la conducta típica particular (teoría formal-objetiva), introduciendo un elemento individualizador (subjetivo), como el plan del autor, pero que por su naturaleza es susceptible de ser valorado por un tercero en cuanto a la determinación de la “proximidad inmediata” a la realización típica”<sup>331</sup>.

Entonces habrá tentativa (el inicio de los actos de ejecución) cuando el autor esté desarrollando su plan para afectar el bien jurídico, de manera muy próxima y eficaz para lesionar ese bien, al extremo de producir una afectación de la disponibilidad que el titular debe disfrutar de ese bien jurídico.<sup>332</sup>

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que los parámetros dentro de los cuales podemos ubicar la tentativa serían, el inicio de los actos de ejecución hasta la consumación del delito; en virtud de que en el momento de la producción

---

<sup>330</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 048-F de las 14 Horas 45 minutos del 30 de enero de 1991

<sup>331</sup> ZAFFARONI Citado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 490 de las 15 Horas 45 minutos del 30 de mayo del 2002



del resultado dañoso ya no se podría hablar de tentativa sino del delito consumado. Entonces, para que exista tentativa se necesita que el agente haya dado inicio a los actos de ejecución, pero también es indispensable la voluntad del autor de cometer el delito; es decir, *“...la concurrencia de un elemento subjetivo, consistente en el propósito o intención de consumir ese determinado delito.”*<sup>333</sup>

Por lo tanto, podemos señalar que sólo puede existir tentativa en los delitos dolosos, en virtud de que en éstos existe voluntad o intención de querer la consumación del delito aunque éste no se lleve a cabo por causas ajenas al agente; como vemos no hay consumación del tipo penal, no porque el autor desistiera de la acción sino por causas ajenas a él, mientras que en los delitos culposos no podríamos hablar de la existencia de la tentativa, pues éstos se caracterizan por la producción de un resultado dañoso no querido, es decir, en los delitos culposos se carece del elemento volitivo, en virtud de que el agente no busca la realización del tipo penal. Por lo que podemos concluir que un factor determinante en la configuración de la tentativa es el elemento volitivo.

---

<sup>332</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 048-F de las 14 Horas 45 minutos del 30 de enero de 1991

<sup>333</sup> Así ZÚÑIGA MORALES, La tentativa..., p. 16

De igual manera Bacigalupo ha señalado que *“...es impensable la tentativa de un delito culposo, que -como es sabido- se caracteriza porque la voluntad del autor no se dirige (sic) a la consumación.”*<sup>334</sup>

Después de haber realizado un pequeño análisis del iter criminis y habiéndose establecido la ubicación de la tentativa en el mismo; es necesario señalar que no es posible la configuración de esta figura jurídica en los delitos de peligro abstracto, en virtud de que al ser éstos catalogados como una tutela anticipada al bien jurídico, pues como ya sabemos este tipo de delitos, para su producción, sólo es necesario la realización de la conducta típica, sin necesidad de verificar la existencia de un peligro para el bien jurídico y mucho menos la lesión del mismo; por lo que si se sancionara la tentativa estaríamos expandiendo aún más la barrera punitiva, es decir, habría que sancionar casi cualquier conducta previa a la realización de la conducta típica, lo que vendría a ser lo mismo que sancionar actos preparatorios, los cuales ya sabemos que no son punibles.

Podríamos decir que lo anterior viene a ajustarse a nuestro modelo de Estado, el cual es de corte garantista, en el que existen límites al poder punitivo estatal, tales como el principio de legalidad. Además al ser nuestro Derecho Penal un Derecho Penal de hechos, no se podría sancionar actos que no vayan dirigidos

---

<sup>334</sup> Ver BACIGALUPO, Lineamientos..., p. 98

a la efectiva comisión de un ilícito, o por lo menos a la puesta en peligro del bien jurídico; pues se podría llegar a castigar la exteriorización de voluntades, convirtiéndose en un Derecho Penal de voluntades, el cual no tiene cabida en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

### **B.- Análisis jurisprudencial de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro**

En este aparte se estudiará lo concerniente al tratamiento que otorga la jurisprudencia costarricense, particularmente la de la Sala III y el Tribunal de Casación Penal, en cuanto a la posibilidad de sancionar los delitos de peligro, principalmente los delitos de peligro abstracto, en grado de tentativa. Así como también lo que ha dicho nuestra Sala Constitucional al respecto.

En una resolución del año 1996, dictada por el Tribunal Superior de Heredia, donde se condenó a V. A. A. S. por el delito de transporte de cocaína base ("crack"); J. S. T. por el delito de complicidad en transporte de cocaína base ("crack") ; y a R. T. S. por el delito de tenencia de cocaína base "crack" para el tráfico, todos en perjuicio de la salud pública. La defensa de los dos primeros sentenciados presentó recurso de casación, alegando, en lo que nos interesa, que en este caso particular se estaba en presencia, no de un delito consumado, sino

de uno cometido en estado de tentativa; en virtud de que la acción delictiva no se consumó debido a la intervención de la policía judicial que logró trancar el transporte de droga.

La Sala reconoce que en el caso concreto se está ante un delito de peligro abstracto, en los cuales no se requiere de la demostración de una consecuencia lesiva al bien jurídico. Por lo tanto rechaza el recurso argumentando que en el caso concreto se consumó el delito de transporte de cocaína, por lo que no cabe la calificación del mismo en grado de tentativa. No obstante admite la posibilidad de la tentativa en los delitos de peligro; al señalar:

"La descripción de los hechos probados de la sentencia da cuenta que el encartado Arce Sibaja efectivamente transportó drogas en el vehículo Datsun rojo, placas CL-42822, con lo cual su conducta se tipifica en el artículo 18 antes citado, pues aquella indica lo siguiente: "... sale el vehículo tipo pick up con Vladimir y Johan, a quienes se les da seguimiento ... se procede a interceptar dicho vehículo, ordenando la juez de instrucción que se procediera al registro del mismo. Fue así como cerca del freno de mano había una bolsa plástica en la que se encontraron trece cajetas de cocaína con un peso de cien gramos cada una ..." (folio 241 frente, líneas 15 a 26). Como bien lo afirma la representante del Ministerio Público al contestar la audiencia respectiva, en la especie nos encontramos ante un delito de peligro, es decir, que la ilicitud de la acción se consuma aún en el caso de que no se haya producido un perjuicio material y efectivo al bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública,

pues esta última se ve afectada con el solo transporte de las cajetas de cocaína base que realizaron los encartados, sin importar que hayan sido detenidos por las autoridades antes de llegar al destino que se proponían. En ese sentido ha dicho esta Sala: "... En efecto, es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros -como ocurre en el caso de autos- sólo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de peligro abstracto, sólo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario ..." Voto N 683-F, de las nueve horas con cinco minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Por otra parte es conveniente agregar que esta Sala no descarta la posibilidad de que en los delitos de peligro exista tentativa, pues a tal propósito lo que interesa es que la acción sea fragmentable, y permita deducir de manera inequívoca que el sujeto activo se dirigía hacia la consumación cuando su conducta fue interrumpida por una causa ajena a su voluntad, conforme lo establece el artículo 24 del Código Penal. Sin embargo, en un caso como el presente la sola posesión de drogas con fines de tráfico constituye ya un delito consumado, independientemente de que el sujeto activo haya logrado transportar y entregar la droga a su destinatario, como ocurrió en el presente caso. Es por esta razón que en este asunto no existe tentativa y no porque se trate de un delito de peligro como parece creerlo el recurrente." <sup>335</sup> (el subrayado no es del original).

---

<sup>335</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 821-F de las 11 Horas 50 minutos del 23

Como podemos apreciar la Sala argumenta que sí es posible la existencia de la tentativa en los delitos de peligro, y al no especificar si se refiere a los delitos de peligro concreto o de peligro abstracto, debemos asumir que se refiere a los delitos de peligro en general, por lo que estaríamos ante la aceptación de que los delitos de peligro abstracto sí se puede configurar en grado de tentativa.

Cinco años después, la Sala Tercera señala la imposibilidad de que exista tentativa en los delitos de peligro abstracto, argumentando que de darse tal aceptación se lesionaría el principio de legalidad, pues cualquier actividad previa a la realización del tipo penal debería sancionarse; debido a que el artículo 24 del Código Penal tiende a brindar una tutela anticipada del bien jurídico, por lo que la tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico. Como ya se ha mencionado, los delitos de peligro abstracto vienen a ser una protección previa a la lesión y si se asume la tentativa en ellos, estaríamos sancionando un peligro del peligro, pues como ya sabemos, para la configuración de este tipo de delitos no es necesaria la verificación del peligro concreto al que se expuso el bien jurídico, y hablar de tentativa en ellos sería legitimar al Derecho Penal a actuar en zonas muy lejanas a la posibilidad de lesión del bien jurídico.

“...la tentativa está dirigida a castigar hechos producidos en una etapa previa inmediata a la consumación, cuando se da inicio a los actos ejecutivos que están directamente encaminados a consumir un tipo penal. El artículo 24 del Código Penal tiende entonces a brindar una tutela anticipada del bien jurídico, pues basta para la tentativa que la actividad criminal se oriente a causar la lesión al bien jurídico. La tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico, en un área donde actos directamente encaminados a la realización de un hecho punible, por su univocidad, puede predicarse que van dirigidos a cumplir el núcleo de la descripción. Si se tradujera esto al área de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de aceptar la tentativa en este tipo de delitos, tendría que aceptarse la conclusión abiertamente lesiva del principio de legalidad constitucional del artículo 39 de la Carta Magna de que toda actividad previa al inicio de un delito de peligro abstracto es punible, ya que implica la orientación a la puesta en peligro contingente de un bien jurídico, ya que “cualquier actividad” implicaría entonces un peligro de la ocurrencia de un peligro para la Salud Pública, lo que evidentemente lleva el castigo penal a zonas o áreas donde no resulta proporcionado tal castigo, ni tampoco racional frente a una tutela de bienes jurídicos como la que pretende un derecho penal democrático. Por lo tanto, los delitos de peligro abstracto sólo admiten consumación. Así lo ha sostenido ya la jurisprudencia de esta Sala (...) Los actos de ejecución de un delito de peligro se constituyen de esa manera en una antesala contingente a la efectiva lesión, pero que por sí mismos casi no pueden distinguirse de la mera esfera de la ideación. Considerar por ello la tentativa en los delitos de peligro llevaría a utilizar este dispositivo amplificador del tipo a zonas de la actividad criminal donde todavía no puede hablarse de conductas encaminadas a la

realización del hecho punible, como lo establece el artículo 24 del Código Penal.”<sup>336</sup>

Esta posición ha sido ratificada por la Sala Tercera en votos<sup>337</sup> posteriores; uno de los cuales, se refiere al recurso de casación interpuesto por la defensa de B. R. A. G., quien fue declarada autora responsable del delito de introducción de marihuana a centro penitenciario cometido en perjuicio de la salud pública. La defensa estima que el hecho atribuido a su representada debió haber sido calificado como cometido en grado de Tentativa, pues por razones ajenas a su voluntad no pudo introducir la droga en el centro penitenciario; por lo que considera que el bien jurídico salud pública no se vio afectado ni siquiera se puso en peligro. Al respecto la Sala señaló:

“...debe indicarse que la mayoría de los delitos contemplados en la Ley 7786 –entre ellos los previstos en sus artículos 61 y 71- son de peligro abstracto, es decir, no requieren de una afectación real y efectiva al bien jurídico tutelado para que se tengan por configurados. En dichos supuestos, basta la realización de alguno de los verbos utilizados por el legislador al describir las conductas típicas para que el ilícito surja a la vida jurídica. En ese sentido, es impensable que en hechos punibles de este tipo sea posible su configuración en grado de Tentativa, porque al ser ésta una tutela anticipada del bien jurídico, entonces habría que aceptar que en los delitos de peligro abstracto cabría responsabilidad penal por toda actividad previa encaminada a la realización de los mismos. Esto

---

<sup>336</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 534 de las 14 Horas 15 minutos del 6 de junio del 2001

<sup>337</sup> En igual sentido ver los Votos N° 127-02; N° 321-02



último equivaldría a sancionar prácticamente cualquier conducta por el peligro de que con ella se cause un peligro a la Salud Pública, lo cual contraviene el artículo 39 de la Constitución Política que contempla el principio de legalidad penal. Así las cosas, no es posible aplicar la figura de la Tentativa a los así llamados delitos de peligro abstracto; en estos casos se comete el ilícito en su forma simple o en su modalidad agravada, o bien no hay delito. Sobre el tema... ya se indicó que no es aplicable la Tentativa al delito de Introducción de Droga a un Centro Penitenciario por ser éste de peligro abstracto, de modo que basta la realización del verbo típico para tener por configurado el ilícito.”<sup>338</sup> (el subrayado se adiciona).

Por su parte el Tribunal de Casación Penal, en un recurso de casación interpuesto por A. Z. A., quien fue declarada, por el Tribunal de Juicio de Alajuela, autora responsable del delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos cometidos en perjuicio de la salud pública, recalificó, de oficio, los hechos como ocurridos en grado de Tentativa.

“Acerca de la calificación legal: Aún cuando la parte no lo alegó, de oficio se entra a examinar la calificación legal de los hechos, en virtud de la incidencia que tiene en el debido proceso. A la imputada se le atribuye el tratar de introducir marihuana al centro penitenciario La Reforma, siendo descubierta en el acto y decomisada la droga. El artículo 71 de la Ley Sobre Sustancias Sicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas (No.7786 de 15 de mayo de 1998) establece una pena de ocho a

---

<sup>338</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 098 de las 10 Horas 20 minutos del 8 de febrero del 2002

veinte años de prisión, cuando: “ b) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en centros docentes, culturales, deportivos, recreativos, establecimientos penitenciarios y lugares donde se realicen espectáculos públicos”. La agravante al tipo penal principal es el introducir las sustancias a los lugares indicados, y siendo que la imputada cuando es descubierta con la droga iba a entrar al lugar, el hecho atribuido se encuentra en grado de tentativa conforme indica el artículo 24 del Código Penal. Efectivamente, de acuerdo a los hechos demostrados (f.64-65) la imputada es descubierta cuando estaba siendo sometida a la revisión ordinaria para el ingreso al centro penal, o sea, no había superado los requisitos necesarios para obtener la autorización de ingreso al lugar por parte de la administración, por lo que nos encontramos en plena fase de ejecución, la cual se interrumpe, por razones ajenas al agente, sin llegar a completar el fin propuesto, cual era introducir la droga; en consecuencia, el hecho queda en grado de tentativa y procede recalificar en esa forma la figura penal aplicada. Al haberse dictado sentencia e impuesto la pena con base en un hecho consumado, cuando en realidad es una tentativa, lo propio es anular la fijación de la pena hecha por el Juez de Juicio, y ordenar el reenvío, para un nuevo pronunciamiento sobre la pena, en el cual deberá tomarse en cuenta la recalificación apuntada.”<sup>339</sup>

Esta resolución demuestra claramente que el Tribunal de Casación Penal, admitía la tentativa<sup>340</sup> en los delitos de peligro abstracto y por ende su punibilidad..

---

<sup>339</sup> Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 574 del 10 de diciembre de 1999

Cuatro años después, en un recurso de casación interpuesto por M. L. G. B., quien fue declarada autora responsable del delito tentado de introducción de drogas a un centro penal, resolución dictada por el Tribunal de Juicio de la Zona Sur, con sede en Pérez Zeledón; el Tribunal de Casación Penal argumentó que los delitos de peligro, como la introducción de drogas a un penal, no admiten tentativa. Se procedió a recalificar los hechos tenidos por acreditados por el Tribunal de mérito; indicando que los mismos resultan constitutivos del delito de posesión y transporte de drogas con fines de suministro, previsto y sancionado por el artículo 61 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas.<sup>341</sup> Es necesario señalar que en la resolución de este recurso de casación existe un voto salvado.

De los dos votos anteriormente expuestos se deduce la posición contradictoria del Tribunal de Casación Penal, pues en el primero de los ellos, calificó los hechos en grado de tentativa y cuatro años después, en un caso similar donde el Tribunal de mérito calificó los hechos en grado de tentativa, casa la resolución indicando que los delitos de peligro, como el caso concreto – introducción de drogas a un centro penal- no admiten tentativa. Particularmente considero que en el Voto N° 574-99 el Tribunal de Casación Penal toma una posición errónea, pues a mi criterio, en este caso concreto, existe un delito

---

<sup>340</sup> En igual sentido los Votos N° 368 del doce de mayo y el N° 730 del 22 de setiembre, del Tribunal de Casación Penal, ambos del año 2000

consumado que sería el delito de “*Posesión para suministro*”; criterio que asumió el Tribunal de Casación Penal en el segundo de los votos citados, pues desestimó la tentativa y calificó los hechos como constitutivos del delito de posesión y transporte de drogas con fines de suministro.

---

<sup>341</sup> Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 887 de las 11 Horas 25 minutos del 4 de setiembre del 2003

### **Sección III. Los delitos de peligro en la nueva sociedad del riesgo**

#### **A.- Creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso**

Una de las características que se le atribuye al Derecho Penal actual es la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales o también llamados universales o colectivos. Ante lo cual se presentan cuestiones problemáticas relacionadas a la evolución del Derecho Penal actual, en cuanto al bien jurídico se refiere; pues se critica que el nuevo Derecho Penal tiende a una *“...disolución del concepto de bien jurídico, que evolucionaría desde los contornos más claros de los bienes jurídicos individuales a los más vagos e imprecisos de los nuevos bienes jurídicos supraindividuales.”*<sup>342</sup> En igual sentido la Sala Tercera ha manifestado que *“El desarrollo del derecho penal “moderno” o de “riesgos” (en contraposición con el derecho penal liberal) se enfila entonces hacia la destrucción del concepto de bien jurídico.”*<sup>343</sup>

Esta desmaterialización del bien jurídico tiene consecuencias, tanto a nivel dogmático como político-criminal, pues se presentan dificultades para delimitar con claridad el bien jurídico tutelado en cada caso, para determinar si es lesionado

---

<sup>342</sup> Así MENDOZA BUERGO, El Derecho penal..., p. 68

o sólo puesto en peligro por la conducta típica; así como también sería difícil establecer la relación de causalidad entre la conducta y estos posibles efectos; por otra parte se haría difícil concretar si el bien jurídico va referido, en última instancia, a intereses individuales o no; además pueden surgir posibles tensiones con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor.<sup>344</sup>

Ahora bien, con la utilización de los delitos de peligro abstracto, para brindarle tutela a estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales, se agravaría la situación, en virtud de que -como se ha venido diciendo a lo largo de esta investigación- con aquellos, se da un adelantamiento en la protección, además de que, podemos decir, el objeto de protección en este tipo de delitos, es un tanto indeterminado, así como también su titular no está bien precisado, e inclusive en ocasiones no existe una víctima definida; aunado a ello se presenta la no exigencia de la lesión del bien jurídico o la puesta en peligro del mismo, pues lo único que se exige es que se realice la conducta típica.

Bien lo ha señalado Hassemer al argumentar que este efecto se produce con los delitos de peligro abstracto, en virtud de que en ellos: No hay una víctima visible; esta clase de delitos no requiere de un daño visible; no existe, ni se

---

<sup>343</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1309 de 10 Horas 55 minutos del 12 de noviembre de 2004

requiere una relación de causalidad entre acción y resultado; la punibilidad se reduce exclusivamente a la comprobación de la acción considerada peligrosa.<sup>345</sup>

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que *“La desmaterialización o el debilitamiento del concepto de bien jurídico y del principio de lesividad se manifiesta abundantemente en los campos de los delitos económicos, ambientales, de procesamiento de datos y en los delitos de drogas. Uno de los instrumentos a los que más se recurre en esa dirección, es el de la sobreutilización de los delitos de peligro abstracto. El empleo excesivo de esta clase de delitos resulta totalmente coherente con la tendencia mencionada, pues con ellos se empobrecen notablemente las exigencias probatorias de la conducta ilícita, así como los presupuestos de punibilidad, es decir, los requisitos para que una conducta pueda sancionarse.”*<sup>346</sup>

Sin embargo, después de haber revisado algunos proyectos de ley, específicamente los relativos a las reformas de la ley de estupefacientes, podemos decir que nuestro legislador no ha considerado o mejor dicho, no ha realizado un análisis profundo con respecto a cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar con algunos de estos tipos penales (de peligro abstracto), como por ejemplo los

---

<sup>344</sup> Ver MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal...*, pp. 69-70

<sup>345</sup> HASSEMER (Winfried), Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico. En *Revista Doctrina Penal*, N° 46-47, año 12, abril-setiembre, Ediciones Depalma, 1989, pp. 279-280

“*Delitos de lavado*”, pues según el Informe Jurídico rendido por el Departamento de Servicios Técnicos, señala que este delito es “*un delito pluriofensivo dado que no afecta uno, sino varios bienes jurídicos de gran relevancia*”<sup>347</sup>, no obstante, omite la indicación de cuáles son estos bienes jurídicos.

Continúa el Informe indicando que por esa característica, ese delito no puede ser contemplado con facilidad en un tipo penal, dado que éstos deben ajustarse al Principio de Legalidad, que establece que los tipos penales deben ser descritos en forma clara, precisa y delimitada. Particularidad que no se cumple en la creación de estos tipos penales, pues “*...no hay acuerdo sobre cual es el bien jurídico que se pretende tutelar, de lo que resulta el que no se pueda hablar entonces de tipicidad.*”<sup>348</sup>

Ello resulta preocupante cuando la tutela de bienes supraindividuales no tiene como referente claro a los bienes individuales tales como vida, salud, integridad de la persona, sino de bienes de nuevo cuño sin referentes tan claros, como los del Derecho Penal socioeconómico o el ambiental.<sup>349</sup>

---

<sup>346</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1309 de 10 Horas 55 minutos del 12 de noviembre de 2004

<sup>347</sup> Proyecto de Ley: Reforma a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, Ley N° 7233, del 8 de mayo de 1991. Informe Jurídico, Expediente N° 12539, p. 273

<sup>348</sup> Ibid, p. 274

<sup>349</sup> Ver MENDOZA BUERGO, El Derecho penal..., p.70



Por su parte, Silva Sánchez señala que la creación de estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales obedece a dos situaciones: por un lado la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían –o al menos no con la misma incidencia- , y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas, por ejemplo las instituciones económicas del crédito o de la inversión; y por otro lado debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en la actualidad empiezan a manifestarse como bienes escasos, por lo que se les atribuye un valor que anteriormente no se les asignaba, en este caso se habla del medio ambiente.<sup>350</sup>

#### **B.- Utilización creciente de delitos de peligro abstracto ante las recientes necesidades de protección y seguridad**

Uno de los factores más problemáticos que ha generado una mayor reflexión por parte de la doctrina, en la evolución del Derecho Penal, es el empleo de los delitos de peligro, especialmente los denominados delitos de peligro abstracto ; ya que *“...resulta manifiesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto...”*<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> SILVA SÁNCHEZ (Jesús María). La expansión del Derecho Penal, Madrid, Editorial Civitas, Segunda edición, 2001, p. 25

En igual sentido se pronuncia Hassemer al indicar que una de las caracterizaciones que se le atribuyen al Derecho Penal moderno es *“...el creciente empleo de los delitos de peligro abstracto que prescinden de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa...”*<sup>352</sup>

Es por ello que a esta técnica legislativa -utilización creciente de delitos de peligro abstracto- se le atribuye la característica de *“...anudar la punibilidad a la mera realización de la conducta descrita en el tipo, sin que normalmente se discuta en el momento de la aplicación de la norma, para afirmar la tipicidad del hecho concreto, si tal conducta es realmente peligrosa, sino que ello pretende ser únicamente elemento de la valoración realizada por el legislador en el momento de la creación.”*<sup>353</sup>

Considero que efectivamente se ha producido una utilización considerable de este tipo de delitos, tal y como lo podemos ver en nuestra legislación, especialmente la creación de los tipos penales de la ley de estupefacientes, que han sido catalogados como delitos de peligro abstracto. Ante tal situación, debemos de buscar un límite, pues si nos ajustamos a una tipicidad legal, se deberían sancionar todas las conductas que se ajustan al tipo penal, es decir, que

---

<sup>351</sup> Ver MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal...*, p. 78

<sup>352</sup> Ver HASSEMER, *Persona...*, p. 30

sean típicas sin necesidad de que la misma lesione o ponga en peligro al bien jurídico; por lo que, en mi opinión, es necesario que, en cada caso concreto, se realice una valoración para determinar si el comportamiento desplegado es realmente peligroso.

En similar criterio se dice que *“toda conflictividad típica que no requiera directamente la lesión de un bien jurídico básico –siempre que, por supuesto, sea constitucional- representa una anticipación punitiva que obliga a precisar la proximidad del peligro, con atención tanto de la circunstancia concreta de la acción como de la finalidad del agente.”*<sup>354</sup> (el subrayado se adiciona).

Mendoza Buergo señala que uno de los críticos más firmes de esta tendencia es, precisamente Hassemer, quien alude a las razones por las que se acude al uso de esta categoría de delitos; pues según él *“...resulta fácil para el legislador y asimismo la tarea del juez resulta muy aligerada de acuerdo con la interpretación usual que en la aplicación de los delitos de peligro abstracto entiende que sólo se requeriría la subsunción, Así, al no exigirse la lesión ni la puesta en peligro del bien jurídico no se plantea siquiera su prueba, ni la de su nexo causal con el comportamiento típico; pero además, y siguiendo la interpretación usual de estos delitos, tampoco habría de constatarse la*

---

<sup>353</sup> Ver MENDOZA BUERGO, *Exigencias de ...*, p. 299, pie de p. 49

<sup>354</sup> Ver ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, p. 775

*peligrosidad de la conducta concreta, en la medida en que el peligro no constituye elemento del tipo.”<sup>355</sup>*

El recurso a la creación de delitos de peligro abstracto, puede decirse que constituye una necesidad político-criminal que surge a raíz de las amenazas propias de la sociedad de riesgo; ante lo cual el Estado debe procurar soluciones o cuando menos tratar de minimizar los daños efectivos a los bienes jurídicos, por lo que con la utilización de delitos de peligro abstracto ofrece una tutela adelantada a ciertos bienes jurídicos. Al respecto nuestra jurisprudencia ha señalado que *“...en los de peligro abstracto existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico, la cual se explica por razones de una “política criminal del riesgo” que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra, caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes a la convivencia...”<sup>356</sup>*

En la legislación contra el tráfico de estupefacientes, el legislador costarricense, ha seguido las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aún en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la

---

<sup>355</sup> Así MENDOZA BUERGO, El Derecho penal ..., pp. 78-79, pie de p. 166

realización de alguno de los verbos descritos en los tipos penales, para que se tenga por configurada la conducta típica.<sup>357</sup>

Por tal motivo, la creación y utilización de estos tipos penales ha encontrado algunas críticas y oposiciones, en virtud de que en un Estado de derecho no pueden concebirse tipos penales que no expresen ninguna conflictividad lesiva, sea la lesión como tal o la puesta en peligro del bien jurídico; por lo que *“...tales tipos de meras infracciones de peligro abstracto legitimadas mediante la creación artificiosa de bienes jurídicos, lejos de producir una sensación de seguridad en el valor del derecho, evidencian la crisis a que lleva el ejercicio irracional del poder punitivo, y amenazan los espacios de libertad social indispensables para la convivencia democrática.”*<sup>358</sup>

Los delitos de peligro abstracto, al no requerir para su configuración, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, devienen en meras desobediencias administrativas<sup>359</sup>. Cruz Castro señala que este tipo de delitos se catalogan como *“...una mera inobservancia de la norma, porque solo es suficiente que se realice la acción típica para que se configure el tipo, sin necesidad de que se produzca la*

---

<sup>356</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 534 de las 14 Horas 15 minutos del 06 de junio del 2001

<sup>357</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 534 de las 14 Horas 15 minutos del 06 de junio del 2001

<sup>358</sup> Ver ZAFFARONI, Derecho penal..., p. 777

<sup>359</sup> Ver ZAFFARONI, Derecho penal..., pp. 774 y ss

*lesión al bien jurídico. La mera inobservancia es una mera constatación, y con eso es suficiente. El peligro abstracto supone eso.”<sup>360</sup>*

Considero que si recurrimos únicamente, a la tipicidad legal, sí son meras desobediencias a la autoridad, por lo que, en mi criterio, se debe realizar un análisis de lesividad, en cada caso concreto, respecto de la tipicidad conglobante, para determinar si existe una tipicidad penal.

---

<sup>360</sup> Ejemplifica su posición con el artículo 71, inc) b de la Ley sobre estupefacientes... “porque solo el hecho de que se ingrese con la droga al centro penitenciario, es ya suficiente por sí mismo para configurar el tipo.” Entrevista con el Dr. Fernando Cruz ...

## **CONCLUSIONES**

- La sociedad de la cual formamos parte es catalogada como sociedad de riesgo, en donde los avances tecnológicos, además de proporcionar muchos beneficios a la humanidad, trae consigo nuevos riesgos, denominados “artificiales” pues son creados por el mismo hombre, y que en muchos casos son de una magnitud alarmante; los cuales producen una sensación de inseguridad subjetiva.
- Dentro de este modelo societario operan muchas organizaciones e instituciones, es decir, personas jurídicas, que por su compleja estructuración hacen muy difícil establecer responsabilidad penal por las actuaciones, pues dentro de ellas se produce una interacción de funciones para lograr sus objetivos, que dificultan determinar una relación de causalidad y culpa con los criterios de imputación existentes.
- El Derecho Penal moderno tiende a ser un Derecho Penal preventivo, en virtud de que brinda tutela al bien jurídico en un momento previo a la lesión del mismo, pues con la creación de los delitos de peligro, sanciona la puesta en peligro (delitos de peligro concreto) y la probabilidad de peligro (delitos de peligro abstracto) al bien jurídico.

- Para combatir estos riesgos, propios de la sociedad de riesgo, se utiliza el Derecho Penal, en primera instancia, como un instrumento para hacer frente a estos modernos problemas - como si fuera la panacea de todos los males sociales -, dejando de lado su subsidiariedad, pues no se agotan otras posibilidades con las que cuenta el ordenamiento jurídico para la solución de sus problemas, sino que el ius puniendi interviene en forma automática e inmediata para solventar los conflictos sociales, con lo que el Derecho Penal ha dejado de ser la ultima ratio para convertirse en prima ratio.
- La Política Criminal forma parte de la política general del Estado, por lo que es parte del conjunto de decisiones políticas de un país, y le corresponde determinar cuáles conductas son consideradas delictivas y la pena con que deben ser sancionadas.
- En nuestro país no existe una política criminal claramente definida, pues el proceso de tipificación penal, de las conductas que son consideradas como delictivas y la determinación de las penas que les deben ser impuestas, muchas veces, obedecen a las presiones sociales y a los medios de comunicación masiva y no a técnica legislativa preestablecida.



- En un Estado Constitucional de Derecho, como el nuestro, existen límites de rango constitucional, al poder estatal; dentro de los cuales se encuentra el principio de legalidad, que le ofrece garantías sustanciales, al establecer que no se pueden sancionar conductas que no estén tipificadas como delito en una ley previa a la comisión del comportamiento; y garantías procesales al ciudadano, pues nadie puede ser declarado culpable si no se le ha realizado un debido proceso, donde se le respeten sus derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa.
- El principio de lesividad también se cataloga como otro límite importante al poder punitivo del Estado, al establecer que solo pueden sancionarse aquellas conductas que dañen o pongan en peligro a un bien jurídico tutelado.
- Los delitos de peligro concreto son aquellos en los que se exige, para su consumación, la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, es decir, la constatación de un peligro para el bien jurídico, lo que demuestra que el peligro es un elemento configurativo del tipo.
- Los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que no es necesaria la verificación del peligro para la configuración del tipo; sino que es suficiente

con la realización de la conducta tipificada, pues a criterio del legislador ese comportamiento es típicamente peligroso como tal; es decir, se sanciona en virtud de su idoneidad para provocar una probabilidad de peligro para el bien jurídico.

- El dolo de peligro no es una clase de dolo, sino que es el dolo que se atribuye específicamente a una cierta clase de delitos, los delitos de peligro. El dolo de peligro se refiere entonces, al conocimiento de los elementos del tipo y al querer la puesta en peligro del bien jurídico, y se diferencia de los tres anteriores en que no exige la lesión del bien jurídico.
- Los delitos de peligro abstracto, al carecer de los presupuestos de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se constituyen en principio, en una violación al principio de lesividad, pues con estos tipos penales se sancionan conductas sin necesidad de lesión o daño efectivo y ni siquiera se exige una puesta en peligro del bien jurídico.
- La importancia del bien jurídico la podemos determinar en las funciones que cumple, por un lado se constituye como una función legitimadora en virtud de que sólo cuando un bien jurídico es tutelado penalmente, se admite la

intervención del ius puniendi, es decir, se pueden aplicar las sanciones establecidas por el Derecho Penal; por otra parte cumple una función garantizadora o limitadora, pues funge como un límite al legislador al impedirle sancionar cualquier conducta como delictiva, pues exige que para cada tipo penal debe existir un bien jurídico tutelado relevante para el individuo y la sociedad.

- Los bienes jurídicos supraindividuales son aquellos referidos a un conglomerado y no específicamente al individuo como tal, encierran intereses de muchos, es decir, exceden el ámbito de lo individual y se proyectan a la comunidad.
- La tentativa viene a ser una protección adelantada del bien jurídico, al sancionar una conducta que aún no ha lesionado el bien jurídico, sino que lo que se ha realizado es propiamente un peligro para el bien jurídico; por lo tanto, y partiendo de que los delitos de peligro, vienen a ser una tutela previa a la lesión del bien jurídico, no podríamos hablar de tentativa en esta clase de delitos, pues se estaría hablando de sancionar un peligro del peligro, es decir, ampliar más la frontera de intervención del ius puniendi.

- Actualmente se ha presentado una utilización creciente de los tipos penales denominados delitos de peligro abstracto, en los que se anuda la punibilidad con la mera realización de la conducta tipificada, sin que sea necesario la determinación de la peligrosidad de la acción, lo que viene a corroborar que los delitos de peligro abstracto, vistos desde esta perspectiva, son delitos de mera desobediencia a la norma.
- Por último, a modo de recomendación, proponemos que no se deben utilizar tipos de peligro abstracto culposos, en virtud de que el tipo culposo es relevante para el DP siempre y cuando produzca un resultado lesivo, y como los delitos de peligro abstracto carecen de resultado, no podemos hablar de estos tipos penales en su aspecto culposo, y por lo tanto no se podría sancionar una conducta culposa sin la producción de un resultado, pues sería extender aún más el campo de actuación del Derecho Penal

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

ARMIJO (Gilbert) La Tutela Constitucional del Interés Difuso, San José, Editorial UNICEF, primera edición, 1998

BACIGALUPO (Enrique). Lineamientos de la teoría del delito, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1985

BACIGALUPO (Enrique). Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, SNE, 1999

BACIGALUPO (Silvina). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires, SNE, Editorial Hammurabi, 2001

BECK (Ulrich). La sociedad del riesgo global, Madrid, Editorial Siglo XXI, SNE, 2002

BECK (Ulrich). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Primera edición, Editorial Paidós, 1998

BORJA JIMÉNEZ (Emiliano) Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal, San José, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2001

CARBONELL MATEU (Juan Carlos) Derecho Penal: concepto y principios constitucionales, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Tercera edición, 1999

CHIRINO SÁNCHEZ (Alfredo). A propósito del principio de oportunidad y del criterio de "insignificancia del hecho". En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Colegio de Abogados, Asociación de Ciencias Penales, 1997

CHIRINO SÁNCHEZ (Alfredo) La política criminal populista y las políticas de persecución del Ministerio Público en Costa Rica. En Una oportunidad para reflexionar : XXV aniversario del Ministerio Público, San José, Poder Judicial, Depto. de Publicaciones e Impresos, 2000

COBO DEL ROSAL (Manuel) y VIVES ANTÓN (Tomás S.) Derecho Penal. Parte General, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999

CORCOY BIDASOLO (Mirentxu). Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, SNE, 1999

DALL'ANESE RUIZ (Francisco), Bien Jurídico tutelado y democracia. En Cuadernos de estudio del Ministerio Público de Costa Rica, San José, N° 5, Depto. de Publicaciones e Impresos, Poder Judicial, 2001.

DALL'ANESE RUIZ (Francisco). El Dolo, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1° Edición, 1991

DE LA CUESTA AGUADO (Paz M.). Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. Valencia. SNE, Editorial Tirant Lo Blanch, 1994

ELBERT (Carlos Alberto) La criminología del Siglo XXI en América Latina, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, SNE, 1999

FARRÉ TREPAT (Elena). La tentativa de delito, Barcelona, Editorial Bosch, Primera edición, 1986

FERRAJOLI (Luigi) Derecho y Razón, Madrid, Editorial Trotta, 1995

HASSEMER (Winfried). Crítica al Derecho Penal de hoy, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2003

HASSEMER (Winfried) Persona, mundo y responsabilidad, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, SNE, 1999

ISSA EL KHOURY (Henry). Política criminal y penas alternativas. En Cuatro temas sobre Política Criminal, San José, CONAMAJ, 1998

JOACHIM HIRSCH (Hans). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, SNE, Editado por Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Volumen 46, Nº Fascículo 3, Septiembre-Diciembre, 1993

MÉNDEZ RODRÍGUEZ (Cristina). Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos. En Nuevo Foro Penal, Bogotá, Editorial Temis, Año X, Nº 44, Abril-Mayo-Junio, 1989

MENDOZA BUERGO (Blanca) El Derecho Penal en la sociedad del riesgo, Madrid, Editorial Civitas, Primera edición, 2001

MENDOZA BUERGO (Blanca). Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Editorial Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, SNE, Tomo 52, 2002



MIR PUIG (Santiago). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, Primera edición, 1994

MUÑOZ CONDE (Francisco). Teoría General del delito. Bogotá, Editorial Temis, SNE, 1984

MUÑOZ (Hugo Alfonso). La Asamblea Legislativa en Costa Rica, San José, Editorial Costa Rica, SNE, 1977

PAREDES CASTAÑÓN (José Manuel). El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid, SNE, Ministerio de Justicia e interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1995

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Seguridad ciudadana y justicia penal: Perspectiva de la sociedad civil. San José, Laura Chinchilla M. Editora, Primera edición, 1999.

QUINTERO OLIVARES (Gonzalo). Manual de Derecho Penal. Parte General, Navarra, Editorial Arazandi, tercera edición, 2002.

RODRÍGUEZ MONTAÑES (Teresa). Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Judiciales, SNE, 1994.

RUSCONI (Maximiliano A.). Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico. Delitos no convencionales, Buenos Aires, Editores del Puerto, SNE, 1994.

SALAZAR MURILLO (Ronald). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica. En Ensayos de Derecho Penal Accesorio, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2002.

SÁNCHEZ ROMERO (Cecilia). Ministerio Público y Derechos Humanos. Una oportunidad para reflexionar: XXV aniversario del Ministerio Público, San José, Poder Judicial, Depto. de Publicaciones e Impresos, 2000.

SILVA SÁNCHEZ (Jesús María). La expansión del Derecho Penal, Madrid, Editorial Civitas, Segunda edición, 2001.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Carlos). Manual de Derecho Penal, Madrid, Editorial Civitas, SNE, Tomo I, 2002.

TORÍO LÓPEZ (Ángel). Los delitos del peligro hipotético. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXV (Volumen 35), Fascículo 1, Enero-Abril 1981.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (Fernando). Derecho Penal: Parte General, Bogotá, Editorial Temis, Tercera edición, 1997.

VITALE (Gustavo L.). Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal, En Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, Primera edición, 1998.

ZAFFARONI (Eugenio R.) Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Editorial Ediar, SNE, 2000.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl). Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ediar, Segunda edición, 1979.

ZÚÑIGA MORALES (Ulises). La tentativa: su configuración en los delitos de peligro. San José, ILANUD, Escuela Judicial, 1990.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Laura). Política Criminal, Madrid, Editorial Colex, SNE, 2001.

## **REVISTAS**

FERRAJOLI (Luigi) Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales, Revista de Ciencias Penales, N° 5, marzo de 1992, ABC Ediciones, San José.

HASSEMER (Winfried), Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico. En Revista Doctrina Penal, N° 46-47, año 12, abril-setiembre, Ediciones Depalma, 1989.

ISSA EL KHOURY (Henry), El concepto de “ley anterior” del artículo 39 de la Constitución: la exigencia de la tipicidad, Revista de Ciencias Penales, San José, Año 13, N° 19, Agosto 2001.

SANZ MULAS (Nieves). La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. Revista de Ciencias Penales, San José, N° 22, Año 16, setiembre 2004.

## **TRATADOS**

NÚÑEZ (Ricardo C.). Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Lerner, Volumen I, 1976.

## **TESIS**

FEOLI VILLALOBOS (Marco F.). “El principio de insignificancia en materia penal”, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

RUIZ IMBERT (Juan Pablo) y UREÑA CHACÓN (Carlos José) La Vigencia del Principio Societas Delinquere Noa Potest (Inimputabilidad de las Personas Jurídicas) desde la Perspectiva del Derecho Penal Económico Moderno, San José, Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

SALAZAR CARVAJAL (Juan Carlos) Sistema Penal en la Sociedad Democrática, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1998.

## **DICCIONARIOS**

CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Decimosexta edición, Tomo I , 1981

CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Decimosexta edición, Tomo III, 1981.

GOLDSTEIN (Raúl). Diccionario de derecho penal y criminología, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición, reimpresión, 1983.

MORENO RODRÍGUEZ (Rogelio) Diccionario de Ciencias Penales, Buenos Aires, Editorial Ad – Hoc, 2001.

## **ENCICLOPEDIAS**

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Driskill, Tomo IV, 1979.

LUZÓN PEÑA (Diego Manuel). Enciclopedia Penal Básica, Granada, Editorial Comares, SNE, 2002.

## **CONSTITUCIONES**

Constitución Política, de 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, Decimocuarta edición, 2001.

## **CÓDIGOS**

Código Penal, Ley N° 4573 de 8 de noviembre de 1971.

Código Procesal Penal, SNL, de 10 de abril de 1996.

## **LEYES**

Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, N° 7786 de 15 de mayo de 1998.

## **RESOLUCIONES JUDICIALES**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto RH N° 500 de 17 Horas del 15 de mayo de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1876 de 16 Horas del 19 de diciembre de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1877 de 16 Horas 02 minutos del 19 de diciembre de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 461 de las 15 Horas  
14 minutos del 27 de febrero de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto CJ N° 525 de 14 Horas  
24 minutos del 3 de febrero de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 031 de las 16 Horas  
30 minutos del 3 de enero de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto AI N° 4850 de 15 Horas  
21 minutos del 17 de setiembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° CJ 6410 de 15 Horas  
12 minutos del 26 de noviembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 4385 de las 15  
Horas 12 minutos del 29 de julio de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto CJ N° 08124, de las 15  
Horas 39 minutos del 17 de noviembre de 1998.



Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1792 de las 18 Horas 54 minutos del 9 de marzo de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1575 de las 10 Horas 9 minutos del 18 de febrero del 2000.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 048-F de las 14 Horas 45 minutos del 30 de enero de 1991.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 683-F de las 9 Horas 05 minutos del 13 de diciembre de 1991.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 821-F de las 11 Horas 50 minutos del 23 de diciembre de 1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1164 de las 8 Horas 45 minutos del 31 de octubre de 1997.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 733 de 9 Horas 50 Minutos del 30 de junio del 2000.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 534 de las 14 Horas 15 minutos del 6 de junio del 2001.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 885 de las 8 Horas 45 minutos del 14 de setiembre del 2001.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 098 de las 10 Horas 20 minutos del 8 de febrero del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 127 de las 10 Horas 25 minutos del 18 de febrero del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 265 de 15 Horas 30 minutos del 21 de marzo del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 321 de 11 Horas 25 minutos del 05 de abril del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 490 de las 15 Horas 45 minutos del 30 de mayo del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 767 de 9 Horas 50 minutos del 9 de agosto del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1176 de 10 Horas 10 minutos del 22 de noviembre del 2002.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 565 de las 11 Horas 16 minutos del 21 de mayo del 2004.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 1309 de las 10 Horas 55 minutos del 12 de noviembre del 2004.

Tribunal de Casación Penal, Voto N° 694 de las 14 Horas del 23 de octubre de 1998.

Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 574, SH, del 10 de diciembre de 1999.

Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 368, SH, del 12 de mayo del 2000.

Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 730, SH, del 22 de setiembre del 2000.

Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 887 de las 11 Horas 25 minutos del 4 de setiembre del 2003.

### **ANTECEDENTES EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA**

CHIRINO SÁNCHEZ (Alfredo). Acta de la sesión N° 14 de las 10 horas del 12 de diciembre de 1995. Expediente N° 12354, Asamblea Legislativa, San José.

Expediente de un proyecto de Ley de la Asamblea Legislativa, N° 11871, 11 de junio de 2002, Texto sustitutivo, Comisión permanente de Asuntos Jurídicos.

Proyecto de Ley: Reforma a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, Ley N° 7233, del 8 de mayo de 1991. Expediente N° 12539.

### **ENTREVISTAS**

Entrevista con el Dr. Fernando Cruz, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 27 de noviembre del 2005.

Entrevista con el Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 25 de octubre del 2005.

Entrevista con el Lic. Ulises Zúñiga Morales, Juez del Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 27 de noviembre del 2005.

### **DIRECCIONES ELECTRÓNICAS**

AGUILAR TORRES (Ramiro), Las nuevas tendencias del Derecho Penal contemporáneo. <http://www.aguilartorres.com/archivos/art2.doc>, 10-06-05, 10:35 am

ALCÁCER GUIRAO (Rafael). La protección del futuro y los daños cumulativos. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf), 22-08-05, 8:15 am.

CABEZAS CHAMORRO (Sebastián), SFERRAZZA TAIBI (Pietro) Derecho penal de riesgos, [www.carlosparma.com.ar/archivos/art2.doc](http://www.carlosparma.com.ar/archivos/art2.doc), 10-06-05, 9:40 am

ESPINOZA V. (Manuel) Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo, Círculo de Estudios Iusfilosóficos Cajamarca, Revista Jurídica Cajamarca. [www.galeon.com/ceif/Revista9/penal.htm](http://www.galeon.com/ceif/Revista9/penal.htm), 10-06-05, 2:19 pm.

HEFENDEHL (Roland). Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?.  
Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc>  
25-02-05, 10:15 am.

LASCANO (Carlos Julio). La insostenible "modernización del derecho penal" basada en la "tolerancia cero" desde la perspectiva de los países "emergentes",  
[www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf](http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf), 25-02-2005, 10:12 am.

MÁRQUEZ PIÑERO (Rafael). Delitos de peligro abstracto.  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/997/12.pdf#search=delitos%20de%20peligro%20abstracto>, 10-06-05, 8 am.

MORILLAS CUEVAS (Lorenzo). Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro.  
<http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=230>, 10-06-05, 10:15  
am.

MORILLAS CUEVAS (Lorenzo). Tutela Jurídico-Penal de los Recursos Hidrológicos,  
[http://pucrs.campus2.br/fadir/viii\\_congreso/magistrales/morillas\\_cueva.html](http://pucrs.campus2.br/fadir/viii_congreso/magistrales/morillas_cueva.html), 08-07-  
05, 1:25 pm

PÉREZ DAZA (Abraham). El Derecho Penal ante la Globalización ( Primera Parte). [www.tepantlato.com.mx/biblioteca/tepantlato\\_19/el\\_derecho.htm](http://www.tepantlato.com.mx/biblioteca/tepantlato_19/el_derecho.htm), 25-02-05, 9:35 am.

RODRÍGUEZ RAMOS (Luis) Los riesgos de lo abstracto en el Derecho penal (el delito de contaminación ambiental como ejemplo), [http://www.arazandi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d300503/fr\\_com.html](http://www.arazandi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d300503/fr_com.html) 08-07-05, 2:25 pm.

SESSANO GOENAGA (Javier Camilo). La protección penal del medio ambiente. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [http://www.criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-11.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf). 22-05-05, 2:35 pm.

SOTO P. (Miguel). Derecho y Política en el Estado Constitucional de Derecho: el caso del Derecho Penal. [Islandia.law.yale.edu/sela/ssoto.pdf](http://Islandia.law.yale.edu/sela/ssoto.pdf)., 10-06-05, 10:48 am

VASCO MOGORRÓN, (María del Carmen). Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, N° 12 Enero-Abril 2002  
[http://www.comadrid.es/pres\\_serv\\_juridicos/revista\\_juridica/numero12/estudio\\_3.htm](http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero12/estudio_3.htm), 08-07-05, 11 am.