

**Universidad para la Cooperación Internacional
UCI**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**“Supresión de la Pena de Prisión para los
Delitos Culposos y Patrimoniales sin
Violencia”**

**Tesina para optar al grado de Maestría en Criminología
con énfasis en Seguridad Humana**

Estudiante: Marco Porras Araya

Julio 2019

**UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL
(UCI)**

***Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la Universidad como
requisito parcial para optar al grado de Máster en Criminología***

Carlos Manavella

PROFESOR TUTOR

Marco Porras Araya

SUSTENTANTE

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Es mi deseo agradecer en primer término a Dios por haberme permitido concluir esta etapa de mis estudios y avanzar un paso más en el árduo e interminable camino de la formación profesional; pues cuanto más conocemos de algunos temas, entendemos lo basta y maravillosa que es la creación divina puesta a nuestra disposición; así como la necesidad de reconocer con humildad lo poco que sabemos.

Así mismo, quiero agradecer a mi familia y verdaderos amigos, quienes durante este andar, me han acompañado, soportado y comprendido; viéndose limitados en muchas ocasiones para que yo consiguiera este logro. Mis hijos, a quienes en alguna medida he sacrificado por obligaciones y largas jornadas de trabajo y estudio, quiero que sepan que es por ustedes que he tenido las fuerzas y el empuje de seguir adelante y demostrarles que en la vida todo es posible si realmente lo desean y se esfuerzan por ello. A mi amigo Ernesto, quien me ha inspirado con su ejemplo, guiado y aconsejado como lo hace quien realmente te aprecia. Y muy especialmente a mi esposa Karla, quien haciendo alarde de nuestra promesa nupcial ha vivido conmigo el crecimiento que nos brinda el saber; A ti Karla, que me apoyas, aceptas y amas con mis defectos y limitaciones; ayudándome a afrontar los retos de la vida, sin importar para quien sea el reconocimiento, pues al final, ahora somos uno solo...

Gracias a todos quienes de uno u otro modo han influido en mi y ahora forman parte de mi vida. Gracias!

Índice General

Contenido	Página
Introducción.....	1
Capítulo 1. Historia de la cárcel como sanción penal.....	7
1.1. Antecedentes de la sanción privativa de libertad.....	7
1.2. La pena privativa de libertad durante la Edad Media.....	9
1.3. La pena privativa de libertad en la segunda mitad del Siglo XVIII y el Siglo XIX.....	11
1.4. La pena privativa de libertad en el Siglo XXI.....	14
Capítulo 2. ¿Porqué la cárcel no es idónea como consecuencia del delito culposo?.....	16
2.1. Costo económico de la privación de libertad.....	16
2.2. Costo de un proceso penal infructuoso.....	18
2.3. Motivación inadecuada de la penalización.....	22
2.4.1. La excesiva respuesta estatal ante los delitos culposos.....	24
2.4.2. Existencia de otra vía menos gravosa.....	27
2.5. Exclusión de ciertas conductas punibles.....	29

Capítulo 3. Penas privativas de libertad en los delitos culposos y patrimoniales sin violencia versus Derechos Humanos.....	31
3.1. Estado Constitucional y represión.....	31
3.2. El populismo como impulsor de la penalidad de nimia lesividad.....	35
3.2.1. Concepto de populismo punitivo.....	36
3.2.2. El populismo punitivo y la política criminal.....	37
3.2.3. Populismo punitivo en Costa Rica.....	41
3.3.1. Seguridad Humana y políticas públicas.....	43
3.3.2. Seguridad Humana y Derechos Humanos.....	48
3.4. Pena privativa de libertad en delitos pecuniarios sin violencia.....	54
3.5. La prisión en los delitos culposos.....	58
3.5.1. Estructura del delito culposo.....	58
3.5.2. Principio de Culpabilidad.....	61
3.5.3. Resocialización por falta al deber de cuidado.....	68
Capítulo 4. Iniciativas en Costa Rica con el fin de suprimir las penas privativas de libertad de los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia.....	70
4.1. Costa Rica y el punitivismo.....	70
4.2. Iniciativas de despenalización en Costa Rica.....	72
4.3. Iniciativas de despenalización en otros países.....	72
4.3.1. Iniciativas de despenalización de los delitos culposos en otros países.....	72
4.3.2. Iniciativas de despenalización de los delitos contra la propiedad sin violencia en otros países.....	76

Capítulo 5. Medidas alternas a la cárcel como pena principal de los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin grave violencia.....	77
5.1. Pena privativa de libertad como última ratio.....	77
5.2. Sanciones diversas a la privación de libertad en los delitos culposos y delitos contra la propiedad sin violencia.....	79
Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones.....	81
Bibliografía.....	84

Resumen ejecutivo

La creación de figuras con penas privativas de libertad han respondido a interés estatales, de grupos económicos y de quienes ostentan el poder político, sin tomar realmente en cuenta la finalidad y la función de la pena.

En Costa Rica, los delitos patrimoniales cometidos sin violencia, tienen elevados rangos de penalidad. Delitos como el Hurto Simple, posee pena de prisión independientemente del monto de lo sustraído. Por otra parte, los delitos culposos poseen pena privativa de libertad, pese a que por su naturaleza podrían ser resueltos de una forma distinta a la sanción penal.

Resulta importante efectuar una revisión de los motivos que han sustentado hasta ahora la punición de estos delitos y analizar la pertinencia, conforme a los Derechos Humanos, de nuevas formas de sanción diversas a la privación de libertad.

Con base en lo expuesto, el objetivo general de este trabajo de graduación es determinar la viabilidad de un Derecho Penal sin la existencia de penas privativas de libertad, extrayendo dichas penas desde la formación misma de las leyes para los delitos culposos y patrimoniales sin violencia; o bien, extraer dichas conductas del ámbito de aplicación del derecho penal.

Como objetivos específicos se encuentran los siguientes:

Determinar los motivos históricos del surgimiento de la pena privativa de libertad.

Analizar si la cárcel es idónea como consecuencia del delito culposo o patrimonial sin mediación de violencia.

Analizar si las penas privativas de libertad en los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia se ajustan a la protección de los Derechos Humanos.

Determinar la existencia de iniciativas en Costa Rica con el fin de suprimir las penas privativas de libertad culposos y patrimoniales sin violencia.

Determinar la viabilidad de sanciones no privativas de libertad en los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia.

La metodología empleada consiste en la revisión de la bibliografía disponible, tanto nacional como internacional, así como trabajos, tesis, proyectos y ponencias relacionados. Adicional a ello, se ha efectuado trabajo de campo, basado en la revisión del archivo legislativo y el digesto judicial, con el fin de determinar la existencia de algún proyecto o gestión dirigido a despenalizar los delitos contra la propiedad en los que no ha mediado violencia y los delitos culposos. Dentro del trabajo de campo, se ha incluido la experiencia en el tema con personas imputadas en este tipo de delitos y la interacción con las víctimas en el proceso penal.

Luego de efectuar la investigación, ha sido posible concluir:

El génesis de la prisión no se fundó en torno a la resocialización del condenado sino con la intención de castigarlo, disciplinarlo y someterlo al control social.

El costo económico para la sociedad del internamiento carcelario es excesivo, lo cual representa una carga severa sobre la población y en muchas ocasiones, culmina siendo una erogación mayor que el monto perjudicado a las víctimas.

En los delitos de poca lesividad pecuniaria, la respuesta punitiva resulta excesiva en términos de días de encarcelamiento y hasta irrisoria, en aquellos casos donde el juicio se efectúa como un mero proceso para dictar sentencia condenatoria, sin una ejecución material de la pena. Esto conlleva a proponer un proceso que realmente fomente la reparación de la pérdida sufrida por la víctima y además represente una sanción más educativa y edificante para quien se encuentra en conflicto con la ley.

Recordemos que en este tipo de delitos El infractor culposo posee control sobre la acción, la cual se desvalora por la falta al deber de cuidado, ya sea por negligencia, imprudencia, impericia o desobediencia a reglamentos o leyes que estipulan la forma en que la que se debe actuar. No obstante, el disvalor del resultado que se encuentra incluido en la pena a aplicar, no se encuentra bajo el control del infractor sino que responde a aspectos azarosos. Por otro lado, Debido a que el autor no puede ejercer ningún control sobre el resultado ni la magnitud del daño – como sí sucede en los delitos dolosos - el reproche sobre el resultado con pena privativa de libertad deviene en excesivo y desproporcionado.

Las víctimas de los delitos culposos y los delitos contra la propiedad en los que no ha mediado violencia, pueden ser resarcidas mediante un proceso de reparación económica que no posea penas privativas de libertad.

Por lo que Se recomienda mediante reforma de ley, derogar del código penal toda tipificación penal sustantiva de los delitos culposos y los delitos contra la propiedad sin violencia.

Además que debe crearse un proceso especial cobratorio dentro de la vía civil para el conocimiento de las infracciones que hasta ahora se han denominado delitos culposos y delitos patrimoniales en los que no ha mediado violencia, la cual se divida en dos fases, siendo la primera de ellas la etapa de acreditación del daño por culpa, imprudencia o falta al deber de cuidado; o bien por detrimento del patrimonio de quien sufra el menoscabo; y una segunda etapa en la cual, se liquiden, cuantifiquen y ejecuten los daños, perjuicios y costas generados por el actuar del infractor. Dentro de este proceso debe hacerse recaer sobre los bienes del demandado una anotación preventiva o decreto de embargo, con el cual se satisfagan las pretensiones del sujeto que sufre el daño.

Por último se recomienda que la nueva sede propuesta debe instruirse por los principios de oralidad, inmediatez y contradicción que nutren el derecho penal y debe ser de conocimiento de un Tribunal Colegiado para evitar el desgaste de las múltiples instancias; lo cual le convertiría en una vía realmente expedita y efectiva.

Introducción

El Estado, como ente que ostenta el poder punitivo absoluto, ha extendido ese poder otorgado por la sociedad misma y ha creado una gama excesiva de tipos penales. La creación de figuras con penas privativas de libertad han respondido a interés estatales, de grupos económicos y de quienes ostentan el poder político, sin tomar realmente en cuenta la finalidad y la función de la pena.

Los antecedentes de punición de las diversas conductas reprimidas por la norma, en su mayoría responden a la presión social desencadenada por eventos aislados que han tenido resonancia mediática o que de alguna forma han impactado negativamente a la sociedad. La respuesta es emotiva y mayormente exagerada, a su vez, se ha visto reflejada en un aumento de los extremos penales a imponer.

En Costa Rica, los delitos patrimoniales cometidos sin violencia, tienen elevados rangos de penalidad. Delitos como el Hurto Simple, posee pena de prisión independientemente del monto de lo sustraído, de modo que el apoderamiento de un bien de escasa valía debe ser objeto de persecución penal. Para ejemplificar lo dicho, basta con comentar la existencia de un caso en el cual un individuo introdujo la mano dentro del paquete de golosinas que otro estaba consumiendo y le hurtó una de las golosinas, lo cual dio pie a un proceso penal por el delito de hurto y permitió la imposición de una pena.

Lo cual evidencia la extrema penalización de conductas cuya lesión al bien jurídico tutelado es nimia, sin ajustarse proporcionalmente la acción desplegada con la consecuencia penal.

Por otra parte, los delitos culposos poseen pena privativa de libertad, pese a que por su naturaleza podrían ser resueltos de una forma distinta a la sanción penal. Debido a que la finalidad del infractor es diversa al resultado obtenido y que la acción no posee un disvalor penal salvo que consiga un resultado protegido por

la norma, es importante analizar si la privación de libertad sea una consecuencia idónea y proporcional al ánimo del sujeto activo.

Resulta importante efectuar una revisión de los motivos que han sustentado hasta ahora la punición de estos delitos y analizar la pertinencia, conforme a los Derechos Humanos, de nuevas formas de sanción diversas a la privación de libertad.

Con base en lo expuesto, el objetivo general de este trabajo de graduación es determinar la viabilidad de un Derecho Penal sin la existencia de penas privativas de libertad, extrayendo dichas penas desde la formación misma de las leyes para los delitos culposos y patrimoniales sin grave violencia. O bien extraer dichas conductas del ámbito de aplicación del derecho penal.

Sus objetivos específicos son los siguientes:

Determinar los motivos históricos del surgimiento de la pena privativa de libertad.

Analizar si la cárcel es idónea como consecuencia del delito culposo o patrimonial sin mediación de violencia.

Analizar si las penas privativas de libertad en los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia se ajustan a la protección de los Derechos Humanos.

Determinar la viabilidad de sanciones no privativas de libertad en los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia.

Determinar la existencia de iniciativas en Costa Rica con el fin de suprimir las penas privativas de libertad culposos y patrimoniales sin grave violencia.

Como Marco Teórico general contamos con las tendencias de las propuestas político criminales de la criminología crítica: el abolicionismo y el derecho penal mínimo o garantismo penal. Ambas especialmente desarrolladas a la luz de la moderna acepción de los Derechos Humanos, la Seguridad Comunitaria y la Seguridad Humana. Vertientes ideológicas que son representadas por autores de renombre como el Doctor Raul Zafaroni, el Doctor

Iñiqui Rivera, el Doctor Luigi Ferrajoli entre otros; quienes se han dado a la tarea a través de sus obras de poner sobre la mesa no solo la fundamentación de las penas privativas de libertad, sino que además, han cuestionado la idoneidad, efectividad y pertinencia de las sanciones penales nutridas por regímenes permeados de intereses diversos al proceso penal mismo.

Dentro de este marco teórico, podemos tomar como principal punto de partida para desarrollar el tema de interés, lo expuesto por el profesor Paul H. Robinson, quien en su obra: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y MERECIMIENTO EMPÍRICO, indica lo siguiente: “ Los especialistas en derecho penal de todo el mundo hablan del “principio de proporcionalidad”, a pesar de que con él distintas personas a veces se refieren a diferentes cosas. Algunos lo utilizan para referirse a la idea de que la magnitud de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito, del daño o mal realizado. Otros lo utilizan para referirse a la idea de que la magnitud de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad general [overall blame worthiness] del delincuente. Esa culpabilidad general toma en cuenta la gravedad del delito, pero también considera una variedad de otras cosas, como el estado mental culpable del delincuente en la comisión del delito – ya sea que obró con propósito, a sabiendas, de manera imprudente o negligente–, su capacidad general para actuar racionalmente –por ejemplo si se tratara de un enfermo mental, un menor, o estuviera drogado– o cualquiera de las otras numerosas condiciones de excusa –por ejemplo si actuó bajo coacción, bajo un error de derecho razonable o bajo un error en cuanto a la justificación. Cuando me refiero al “principio de proporcionalidad”, quiero hacer referencia a esta última y más amplia idea –que la pena debe seguir la culpabilidad general del delincuente por un delito.” Así mismo resulta de interés lo siguiente: “ La responsabilidad penal sugiere un reproche moral [moral condemnation] de una manera que la responsabilidad civil no lo hace. Probablemente es por eso que todas las sociedades conocidas distinguen responsabilidad penal y civil, para delimitar lo que es verdaderamente reprochable de lo que es simplemente una violación de

una regla o regulación. Y advertimos esta diferencia en la terminología que utilizamos. En inglés hablamos de “delitos”, “condena” y “pena”; pero nos referimos a la responsabilidad civil en términos de “infracciones”, “responsabilidad” y “compensación”. La mayoría de las lenguas tienen alguna diferencia terminológica similar para distinguir lo penal y lo civil, con el fin de poner de relieve la función reprobatoria [condemnatory function] exclusiva del derecho penal. Si la proporcionalidad a la culpabilidad es tan fundamental para la naturaleza misma del derecho penal, ¿por qué un sistema se desviaría de tal proporcionalidad? De hecho, es común que las reglas y prácticas del derecho penal moderno se desvíen, incluso entren en conflicto, con la proporcionalidad a la culpabilidad.” (Robinson P. El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – No 22 – Año 2015. Pag 183).

La metodología empleada consiste en la revisión de la bibliografía disponible, tanto nacional como internacional, con el fin de determinar la postura doctrinal respecto al tema en desarrollo. Aunado a la doctrina existente, se ha investigado en trabajos, tesis, proyectos y ponencias relacionados. Adicional a ello, se ha efectuado trabajo de campo, basado en la revisión del archivo legislativo y el digesto judicial, con el fin de determinar la existencia de algún proyecto o gestión dirigido a despenalizar los delitos contra la propiedad en los que no ha mediado violencia y los delitos culposos. Dentro del trabajo de campo, se ha incluido la experiencia en el tema con personas imputadas en este tipo de delitos y la interacción con las víctimas en el proceso penal. Con base en el marco teórico y fáctico obtenido, se ha desarrollado una propuesta fundamentada de sustituir la cárcel como pena principal de los delitos culposos y patrimoniales sin grave violencia en Costa Rica, para finalmente emitir conclusiones y recomendaciones encaminadas en la efectiva puesta en práctica de la propuesta como proyecto de ley.

El presente trabajo se articula en seis capítulos.

El capítulo primero está destinado a describir la historia de la cárcel como sanción penal; el cual incluye un primer punto denominado Antecedentes de la Sanción Privativa de Libertad. Un segundo punto intitulado La Pena Privativa de Libertad en la Edad Media; el tercer acápite se denomina La Pena Privativa de Libertad en la Segunda Mitad del Siglo XVIII y el Siglo XIX y; el cuarto punto llamado La Pena Privativa de Libertad en el Siglo XXI.

El Capítulo II tiene como título ¿Porqué la cárcel no es idónea como consecuencia del delito culposo? Este capítulo analiza la impertinencia del proceso penal para abordar la conducta culposa. El acápite primero se denomina El Costo Económico de la Privación de Libertad. El segundo punto se subtitula El Costo de un Proceso Penal Infructuoso. Como tercer punto se encuentra la Motivación Inadecuada de la Penalización. El cuarto acápite de este capítulo se refiere a la Excesiva respuesta Estatal ante los Delitos Culposos; y el quinto subtítulo de este capítulo se denomina Exclusión de algunas conductas.

El Capítulo III se intitula Penas Privativas de Libertad en delitos culposos y patrimoniales sin grave violencia versus Derechos Humanos. Se subdivide en cinco subsecciones denominadas: Primero: Estado Constitucional y Represión. Segundo: El populismo como impulsor de la penalidad de conductas de nimia lesividad. Tercero: Seguridad Humana y Políticas Públicas. Cuarto: Pena Privativa de libertad en delitos pecuniarios sin grave violencia; y la quinta sección denominada La Pena Privativa de Libertad en los Delitos Culposos.

El Capítulo IV Iniciativas en Costa Rica con el fin de suprimir las penas privativas de libertad culposos y patrimoniales sin violencia. Se divide en un primer acápite intitulado: Costa Rica y la Penalización. El segundo llamado: Iniciativas de Despenalización en Costa Rica; y un tercer versiculado que se denomina Iniciativas de Despenalización en otros países.

El Capítulo V tiene como título: Se ha titulado Medidas Alternas a la Cárcel como Pena Principal en los Delitos Culposos y Patrimoniales Sin Violencia. El cual contiene las propuestas de sanciones a imponer diversas a la prisión.

Finalmente, el Capítulo VI denominado: Conclusiones y Recomendaciones para mejorar las Políticas Criminales en Costa Rica respecto a los delitos culposos y patrimoniales sin grave violencia, contiene las conclusiones arrivadas al finalizar el trabajo de investigación y las recomendaciones propuestas.

CAPÍTULO 1

HISTORIA DE LA CÁRCEL COMO SANCIÓN PENAL

Capítulo 1:

Historia de la cárcel como sanción penal.

En el presente capítulo, pretendo abordar la verdadera historia de la sanción penal principal en Costa Rica, remontándonos a los orígenes de la institución de privación de libertad y su evolución, hasta llegar a lo que hoy día consideramos una “consecuencia natural” de la comisión de un delito.

1.1 Antecedentes de la sanción privativa de libertad

La prisión tiene sus orígenes desde la antigüedad, donde el rey disponía sobre el castigo que debía recibir el infractor, aunque la pena mayormente recaía sobre el cuerpo, ya fuese con mutilación de un miembro o con la muerte, también se disponía el encierro del individuo en un calabozo por un tiempo indeterminado, a la espera de la sentencia del rey, por lo que parecía funcionar más como una medida cautelar y no como una pena.

Fuentes históricas como la Biblia mencionan el encarcelamiento en Egipto por la sospecha de un delito de violación (Génesis 39:20) y en lo que parece igualmente la espera por la decisión del Faraón, siendo su fuente un libro que data de unos 950 a 500 años a.C. aproximadamente.

En fuentes relativas al Reino Medio del Antiguo Egipto, se desprende la existencia de calabozos destinados a esperar la sentencia del rey, conocidos como Jeneretu: *“El papiro Brooklyn 35.1446 recoge la existencia de condenas a trabajos forzados, que pudieron localizarse en los jeneretu. Tuvo diferentes variantes, entre las que se encontraba el envío a lugares fronterizos y periféricos, como la ciudad de Silé, situada en el extremo nororiental del delta, que estaba fortificada. En el decreto de Horemheb se habla de la amputación de la nariz y el envío a Silé como castigo a varios delitos. Un decreto del reinado de Seti I nos*

dice:

“Le será hecho un castigo a él cortándole su nariz y sus orejas y después poniéndole como campesino en la tierra de la hacienda del templo de Seti I...”

Castigo destinado a todo aquel que no respetase los límites de las propiedades que el templo de Osiris en Abidos poseía en Nubia. El castigo de deportación más frecuente era a la guarnición de Kush para servir como soldado en esa región, especialmente a finales de la XX dinastía como castigo por el robo de tumbas o templos. Otro destino podía ser Elefantina, donde trabajarían en la cantera de granito.

La documentación procedente de Deir el-Medina nos aporta datos sobre condenas a trabajos forzados menos duros y de duración limitada, es decir, penas leves como picar piedra o estar reclusos en el hetem, probablemente un almacén.

En las actas de los interrogatorios llevados a cabo tras el robo de tumbas de finales de la dinastía XX se sugiere que los criminales y testigos estarían retenidos cerca del lugar del interrogatorio, para estar disponibles cuando el tribunal requiriera su presencia. Estos calabozos provisionales podrían estar en el granero del ya mencionado templo de la diosa Maat o en los almacenes del templo de Medinet Habu, de Ramsés III. Es decir, no existía un edificio con mazmorras como tal, sino que se aprovechaban otros edificios con una estrecha vigilancia para darles un uso provisional como calabozos, hasta que el rey dictara sentencia.”
(<https://eltemplodeseshat.blogspot.com/2014/11/la-carcel-en-el-antiguo-egipto.html>).

En Roma existía la Cárcel Mamertina conocida en la antigüedad como Tullianum, era una prisión ubicada en el Comicio de la Antigua Roma destinada a la detención de quienes estaban condenados a trabajos forzados, la pena de prisión no existía como tal, pero quienes eran condenados a trabajo forzoso debían permanecer retenidos en campos. La Tullianum estaba destinada a la retención durante breves períodos de tiempo antes de la ejecución.
(https://es.wikipedia.org/wiki/Cárcel_Mamertina).

En la antigua Grecia, algunas penas estaban fijadas por la ley pero normalmente la acusación o εἰσαγγελία proponía una pena y otra alternativa al acusado. Las penas de cárcel no eran largas se preferían multas, muerte, destierro, embargo de propiedades o privación de derechos. (<https://sites.google.com/site/clasicasallende/griego-ii-1/justicia-en-grecia>).

1.2 La pena privativa de libertad durante la Edad Media

La pena privativa de libertad nace históricamente como una represión a las personas reticentes a someterse al sistema productivo que surge conjuntamente con las burguesías. En este sentido, Pavarini estableció lo siguiente: *“Sin embargo, la condición primera para que la organización política pueda desarrollarse en el sentido arriba indicado es que los excluidos de la propiedad acepten estas reglas de juego como naturales. De aquí el segundo aspecto del problema: educar este universo compuesto por ex campesinos y artesanos habituados a vivir bajo el sol y según el tiempo de las estaciones para devenir clase obrera, para aceptar por lo tanto la lógica del trabajo asalariado, para reconocer en la disciplina de la fábrica su propia condición natural.*

A la solución de este problema fundamental se había llegado a través de políticas diversas y contrapuestas. En un primer momento el violento proceso socioeconómico, que durante la caída del sistema feudal de producción había determinado a lo largo de un período de tiempo de por lo menos dos siglos las condiciones primarias del desarrollo capitalista (dicho de otra manera: acumulación de riquezas en las manos de la clase burguesa y creación de un ejército industrial de reserva, o sea, creación de amplias concentraciones de expropiados por los medios de producción ya no campesinos y todavía no clase obrera y por lo tanto un universo de marginados, potenciales atentadores contra la propiedad), estuvo tristemente caracterizado por una violenta reacción en lo que

respecta a estas masas de pobres y vagabundos. Una política criminal de tipo sanguinario, en la que a través de la horca, la marca a fuego y el exterminio se había buscado contener la amenaza creciente al orden constituido determinada por esta excedencia de marginales. Esta reacción era dictada por razones objetivas: cuando los niveles cuantitativos de la fuerza de trabajo expulsada del campo fueron superiores a las posibilidades efectivas de su empleo como mano de obra de la manufactura reciente, la única posibilidad de resolver la cuestión del orden público fue la eliminación física para muchos y la política del terror para los demás. La consideración política respecto de las clases marginales cambió a su vez gradualmente con el desarrollo, en los inicios del siglo xvii y más aún en el siglo xviii, de la manufactura, después de la fabrica y por lo tanto, con la siempre creciente posibilidad de transformar aquellas masas en proletariado. Y es precisamente, en presencia de este cambio en la situación del mercado de trabajo cuando comenzó a surgir una consideración distinta y una política diversa respecto de la marginalidad social. A la brutal legislación penal de los siglos xvi y xvii le sigue progresivamente un complejo de medidas dirigidas a disciplinar a la población fluctuante y excedente a través de una variada organización de la beneficencia pública por un lado y a través del internamiento institucional por otro. Surge una nueva política social que, sobre el único fundamento de la aptitud para el trabajo subordinado, discriminaba entre el pobre inocente (el anciano, el niño, la mujer, el inválido) y el pobre culpable (el joven y el hombre maduro desocupado): a las necesidades de supervivencia del primero se intenta hacer frente a través de la organización asistencial; para el segundo se usa la internación coactiva en el vasto archipiélago institucional que surgirá un poco por todas partes en la Europa protestante y también en la católica de los siglos xvii y xviii. ¿Qué es y en qué consiste esta internación coactiva? Quien lleva en Francia el nombre de Hospital General, de Rasphuis y Spinhuis en Flandes. de Bridewell y Workhouse en Inglaterra, de casa di lavoro y casa di correzione en Italia, etc., cumple una idéntica función: socializar a la disciplina y a la ética manufacturera a quien era,

por origen y educación, extraño. Así, en estos lugares, ociosos, vagabundos, pequeños transgresores de la ley, etc., serán obligados al trabajo, un trabajo ciertamente más duro y alienante que aquel que era posible encontrar en el mercado libre, para que el terror de acabar internados obligase a la fuerza de trabajo desocupada a aceptar las condiciones de empleo más intolerables. Con el tiempo, después, esta originaria institución sufrirá un proceso de especialización, y de esta forma de internación surgirá, a finales del siglo XVIII, también la penitenciaria para los transgresores de la ley penal.” (Pavarini M. 2002. Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. pp 31, 32, 33).

La prisionalización de la Edad Media se caracterizó por el ejercicio libre de la tortura, la concepción de privación de libertad sin suplicio no era admitida, sino que constituía una amalgama propia del castigo impuesto

1.3 La pena privativa de libertad en la segunda mitad del Siglo XVIII y el Siglo XIX

Durante la Edad Media se permitió el suplicio de los condenados; la tortura y el sufrimiento eran una parte inherente a la sanción. No obstante, desde mediados del siglo XVIII esta percepción empezó a variar, el principio de Humanidad cobró relevancia, lo cual permitió que el castigo físico se fuese erradicando de los sistemas penitenciarios.

La pena como castigo fue el mayor fundamento durante la segunda mitad del siglo XVIII, unido a una forma de disciplinar al delincuente.

Foucault señala que las instituciones como hospitales, cuarteles, escuelas, etc., sufren cambios importante con el fin de relacionar las nuevas formas de control de los individuos que aparecen en estos escenarios con el análisis de la economía del castigo.

A partir del siglo XVIII hay un descubrimiento de técnicas que permiten un

control minucioso del cuerpo y le imponen docilidad y que se recogen en reglamentos militares, escolares y hospitalarios.

Las disciplinas basan su éxito en la utilización de instrumentos tales como la vigilancia jerárquica, consistente en vigilar sin ser visto, los edificios son contruidos con un modelo de palacios – fortalezas, en los cuales las personas de afuera no pueden ver hacia adentro y del interior no puede verse hacia fuera, lo cual permite un mejor control interno.

Otro instrumento para disciplinar era el castigo, entendido como la inserción de mecanismos penales en todos los sistemas disciplinarios. Lo que la disciplina castiga realmente son las desviaciones.

Dado que el castigo disciplinario tiene por función reducir las desviaciones, debe ser fundamentalmente correctivo. Tanto las conductas como las cualidades se polarizan calificándolas entre el bien y el mal, de modo que ya no se califican las acciones sino los individuos mismos. De esta forma, el castigo del poder disciplinario no tiende a la expiación, sino a la normalización.

Otro instrumento utilizado para disciplinar, según Foucault, es el examen, no sólo se vigila, sino que se califica, se clasifica y se castiga la separación de la normalidad. De esta forma, el individuo se constituye en objeto descriptible, analizable, que se estudia en sus rasgos particulares y en su evolución individual, se logra así un medio de control y dominación.

Para Foucault, la disciplina, el castigo y el examen fueron materializados en el panóptico propuesto por Jeremy Bentham, su creación implicó un edificio perfecto para ejercer la vigilancia. El efecto más importante del panóptico es inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder, sin que ese poder se esté ejerciendo de manera efectiva en cada momento, puesto que el prisionero no puede saber cuándo se le vigila y cuándo no. El panóptico sirve también como laboratorio de técnicas para modificar la conducta o reeducar a los individuos, por lo que no sólo es un aparato de poder, sino también de saber.

El panóptico creado por Bentham permitió perfeccionar el ejercicio del poder, de este modo se redujo la cantidad de los que lo ejercen y permite aumentar el número de aquellos sobre los que se ejerce. La forma misma del edificio permite una vigilancia que facilita conocer a los detenidos en ese lugar y así incluso prevenir sus posibles faltas.

Durante la segunda mitad del siglo XVIII la prisión empieza a imponerse como castigo universal; posee con respecto a las penas impuestas hasta ese momento una característica que permitía su aplicación de igual manera para todos, las personas podían tener o no bienes, pero todos poseían libertad y esa libertad les podía ser quitada mediante una pena; así el quantum del castigo pudo convertirse a tiempo. La prisión se constituyó en un aparato para transformar a los individuos y dentro de ella, era posible reproducir todos los mecanismos disciplinarios sociales.

La privación de libertad se basó en principios tales como el aislamiento del condenado, para garantizar que el poder se ejercerá sobre él con mayor intensidad, sin que exista otra influencia distractora. La implementación del trabajo para lograr un efecto transformador sobre él y así adecuarlo a la sociedad industrial. La modulación de la pena, lo cual permite cuantificar y graduar las penas según las circunstancias y la necesaria transformación del recluso. (FAUCAULT, Michel, *“Vigilar y Castigar”*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1986, pág 218 a 309).

Davis refiere que *“El encarcelamiento no se utilizó como una de las formas más importantes de castigo, hasta el siglo xviii en Europa y el siglo xix en Estados Unidos y el sistema Europeo de prisiones fue instituido en Asia y África como una de las prácticas importantes del gobierno colonial. En India, por ejemplo, el sistema carcelario inglés se introdujo durante la segunda mitad del siglo xviii, cuando se establecieron cárceles en las regiones de Calcuta y Madras. En Europa, el movimiento penitenciario contra la pena capital y los castigos corporales fue el reflejo de nuevas tendencias intelectuales asociadas con la*

ilustración, de intervenciones activistas de reformistas protestantes y de transformaciones estructurales asociadas con el ascenso del capitalismo industrial. En el Milán de 1764, Cesare Beccaria publicó su De los delitos y de las penas, fuertemente influido por nociones como la de la igualdad, propuestas anteriormente por filósofos (especialmente Voltaire, Rousseau y Montesquieu). Beccaria argumentaba que el castigo nunca debería consistir en una cuestión privada, ni implicar una violencia arbitraria; mas bien, debería ser público, rápido y tan indulgente como fuera posible. Y ponía de relieve una contradicción de lo que entonces constituía un rasgo del encarcelamiento: el hecho de que generalmente era impuesto previamente a la decisión en torno a la culpabilidad o inocencia del acusado.” (Davis A. S.f. Democracia de la Abolición. p 57).

1.4. La pena privativa de libertad en el Siglo XXI

La cárcel ha sufrido diversos análisis y críticas en la actualidad. El nacimiento de la Criminología ha abierto el constante debate de la forma de abordaje de la criminalidad y la conveniencia o inconveniencia de la prisión como pena. Sobre este particular, podemos indicar que la criminología ha sufrido múltiples rupturas epistemológicas; partiendo de la criminología clásica con génesis en el iluminismo y especialmente en el nacimiento de la burguesía; siendo marcada indubitablemente por el pensamiento controversial del sociólogo Edwin Sutherland con su obra acerca del denominado White Collar Crime; para luego sufrir la desmitificación del paradigma causalista con la criminología crítica de los años 70, arribando a nuestra época con pensadores inconformes con los alcances de la disciplina, especialmente con la “necesaria relación entre la criminología y el derecho penal” y por último, el reconocido quiebre epistemológico de las propuestas político criminales de dos tendencias de la criminología crítica: el abolicionismo y el derecho penal mínimo o garantismo penal. Todo lo anterior ha

formulado una discusión abierta, vigente e inacabada; con propuestas innovadoras como la semiología y la teoría del Labeling Approach; pero que en definitiva no han logrado solucionar de modo definitivo el correcto abordaje de la Cuestión Criminal.

Hoy, el reconocimiento de que la realidad no es fragmentable propone una visión transdisciplinaria. En la realidad social los fenómenos no están aislados de otros múltiples condicionantes; así, la criminalidad no puede separarse de los fenómenos económicos, políticos, culturales. El contexto marca definitivamente al fenómeno, tanto en los procesos de definición de lo criminal como en las consecuencias concretas de su aplicación. Si la concepción de lo real tiene su origen en las relaciones intersubjetivas, debemos estudiar entonces las correlaciones de fuerza implícitas en ellas. En tal sentido; la realidad, en este caso, la criminal, es sumamente compleja e inabordable desde la óptica de una sola ciencia, por lo tanto se plantea una interdisciplinariedad en el sentido de la necesidad de moverse entre distintos marcos teóricos que sean útiles para comprender el objeto de estudio. (LEAL L. Y SÁNCHEZ G. Setiembre 2000. Consideraciones Epistemológicas al Interior de la Criminología. Luz Repositorio Académico. Volumen 28. p 53).

La evolución de la criminología ha dejado al descubierto el “sin sentido” que tiene la pena privativa de libertad, aplicada de modo exclusivo y generalizada, en la actualidad, pues para el infractor penal de hoy en día, ya el tiempo no es lo mas valioso que pueda ostentar y privarle de éste, por ende, no representa necesariamente el tipo de sanción que le compela a no delinquir o bien que le modifique su conducta y le prepare para la reinserción social.

CAPÍTULO 2:

**¿POR QUÉ LA CÁRCEL NO ES IDÓNEA
COMO CONSECUENCIA DEL DELITO
CULPOSO?**

Capítulo 2:

¿Por qué la cárcel no es idónea como consecuencia del delito culposo?

En este capítulo se pretende analizar la idoneidad o impertinencia de la privación de libertad como consecuencia del delito culposo, así como el costo económico que representa para el Estado Costarricense el mantener dentro de una vía punitivista, conflictos que pueden ser resueltos en otras líneas del derecho con consecuencias menos gravosas.

El delito culposo debe ser expuesto a la luz de los fundamentos que sustentan la pena de prisión, a fin de determinar si es posible considerar el fin y la función de la pena como adecuada para este tipo de conductas.

2.1 Costo económico de la privación de libertad.

Es difícil cuantificar el costo económico que representa la privación de libertad de una persona para un Estado y por ende, para sus contribuyentes. ¿Es realmente beneficioso para la ciudadanía soportar el gasto de la privación de libertad?

Para dar respuesta al cuestionamiento anterior, a las penas privativas de libertad de modo generalizado y con carácter de sentencia principal; resulta indispensable en el presente análisis, mencionar el costo económico que dichas políticas acarrearán para nuestro país, pues una parte significativa del producto interno bruto, debe ser destinada a la estructuración y mantenimiento del sistema penitenciario, estando comprobado ya, la total falta de eficacia y sentido, que tienen dichas sanciones para la delincuencia común.

Las estimaciones de los costos totales revelan que el delito les cuesta en promedio, a los países de ALC, un 3% del producto interno bruto (PIB), con un

límite inferior del 2,41% y un límite superior del 3,55%, y una amplia gama de variaciones que ilustran la heterogeneidad del delito en la región. En algunas naciones, los costos del crimen duplican el promedio regional (especialmente en Centroamérica) y en otras alcanzan a menos de la mitad. Esto representa, para toda la región, un costo de hasta US\$236.000 millones (según la paridad del poder adquisitivo, PPA) o US\$165.000 millones (a tasas de cambio de 2014) considerando los 17 países analizados, cifras que equivalen a unos US\$300 per cápita, como un promedio de los costos per cápita de cada país. Estos costos se descomponen de la siguiente forma un 42% corresponde al gasto público (sobre todo en servicios policiales), un 37% a gastos privados, y un 21% a los costos sociales de la delincuencia, principalmente debido a la victimización.

El posible efecto anti-delictual del encarcelamiento actúa por dos caminos concretos: puede disuadir el crimen haciéndolo menos atractivo por las sanciones más duras, y puede reducir el crimen a través del efecto “incapacitación” ya que (en teoría) durante la condena los criminales están en aislamiento y fuera del mercado laboral ilegal. El hecho de que en la región hayan aumentado tanto la tasa de homicidios como la tasa de encarcelamiento arroja serias dudas sobre el correcto funcionamiento de estos efectos anti-delictuales. Más aún: se observan ciertos factores que favorecen los efectos criminógenos de la cárcel: altas tasas de hacinamiento (la ocupación en promedio casi duplica la disponibilidad de plazas), carencias en los servicios de rehabilitación y reinserción de los privados de libertad, deficiencia en la infraestructura carcelaria para poder analizar el riesgo de los privados de libertad y darles espacios y tratamientos diferenciados, altas tasas de presos sin condena (que llegan a un 80% en algunos países), entre otros.

Dada la delicada situación en materia de seguridad en la región, es importante ver el beneficio y el costo marginal de diferentes alternativas para asignar mejor los recursos escasos. Del lado de los beneficios, ya se han mencionado los principales efectos anti-delictuales del encarcelamiento. Con

respecto al efecto disuasivo, los estudios que analizan cambios en la probabilidad marginal de ir a la cárcel o de dictar sentencias más duras en Estados Unidos revelan que el encarcelamiento tiene escasos efectos en la reducción del crimen. (JAITMAN L. 2017. Los costos del crimen y de la violencia. pp 6 y 42).

En síntesis, podemos arribar a la conclusión inequívoca de que el encarcelamiento como pena principal y exclusiva, no es en sí mismo una solución al problema de criminalidad ni nació con dicha finalidad. Motivo por el cual, es hora de superar esta práctica, e intentar otros mecanismos que resulten no solo más humanitarios, sino también mas efectivos en la socialización de las personas que han entrado en conflicto con la normativa penal positiva.

Aunado a lo anterior, es pertinente hacer hincapié en que el aumento en la privación de libertad, empobrece a los países al crearles un costo enorme tanto a nivel público como privado; y genera un circulo vicioso de “problemas” y “soluciones” sociales que en apariencia no tiene fin.

2.2 Costo de un proceso penal infructuoso.

La razón de existir del proceso penal se justifica en el acceso a la justicia, evitar las venganzas privadas, el ejercicio punitivo como potestad de imperio estatal y la resocialización de los individuos que han quebrantado la ley, e incluso, el derecho de los ciudadanos a que se les determine inocentes cuando socialmente se les ha inculcado de una acción delictiva que no cometieron. Desde esta perspectiva, debe considerarse que un proceso penal que no cumpla con las expectativas de su existencia resulta ineficaz y pone en la palestra de análisis la necesidad de su permanencia en el tiempo.

Actualmente, a diario se llevan a cabo juicios penales en todos los circuitos judiciales del país, en muchos de ellos, se condena al imputado tras un largo

proceso penal que ha inmersado tanto a víctimas como a acusados en gastos excesivos de tiempo y dinero, aunado al desgaste anímico y emocional de los involucrados, para finalmente concluir con la imposición de una pena inferior a los tres años de prisión – de conformidad con los extremos de la pena en cada tipo penal – en la cual se concede el beneficio de ejecución condicional de la pena, ya sea porque el acusado es primario en sentido material o lo es en sentido formal, ya sea porque realmente nunca ha cometido un delito o lo ha cometido pero de acuerdo al artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, ya ha pasado el plazo legal y debe ser estimado como de limpios antecedentes penales.

Ante lo anterior, ha surgido el fenómeno del delincuente que es constantemente condenado por delitos de poca monta, tales como el hurto, quien cada vez que es condenado debe ser estimado libre de antecedentes, aunque ostente veinte sentencias condenatorias previas, porque el inciso a) del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivo Judicial, determina que el juzgamiento se borraría inmediatamente después de cumplida la pena. Este particular fenómeno conlleva a que con bastante regularidad, un sujeto sea sometido a un juicio penal excesivamente caro, en el que el Estado debe cubrir los gastos del defensor público, el fiscal, los técnicos judiciales intervinientes, los custodios, el guarda de la sala de juicio, los investigadores del OIJ, el personal de aseo, los jueces tanto de la etapa intermedia como el juez del tribunal unipersonal, los servicios de agua y electricidad, así como la documentación involucrada, sin contar con los gastos en los que incurre la víctima y el imputado al presentarse varias veces al proceso, tales como viáticos y pérdida de jornadas laborales, las que si bien deben ser permitidas por los patronos, en algunas ocasiones los involucrados pierden días laborales.

La suma de todos estos rubros es superlativa y su resultado mayormente ineficaz. En muchos casos no se logra la resocialización, no se resarce a la persona ofendida y no se obtiene ningún fin positivo con la realización del proceso, por el contrario, se convierte en un mecanismo burocrático y empobrecedor del

Estado, cuyo mensaje a la ciudadanía es además confuso: para la víctima que el acceso a la justicia es ilusorio y para el imputado recurrente, que el proceso judicial es sólo un trámite.

El costo social de este tipo de procesos es muy elevado sin obtener ningún resultado efectivo.

Lo anterior tiene especial relevancia en los delitos de lesiones culposas, cuya penalidad tiene como límite superior un año de prisión y el monto mínimo se encuentra a discreción fundamentada del juez. La pena se ubica dentro de los dos a seis años cuando el delito haya sido cometido dentro de las circunstancias previstas en el delito de conducción temeraria, en este último supuesto, aunado a la pena de prisión debe aplicarse también la pena de inhabilitación para conducir.

“Lesiones culposas

Artículo 128.- Se impondrá prisión hasta de un (1) año, o hasta cien (100) días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis (6) meses a dos (2) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de uno (1) a dos (2) años.

Se impondrá pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, a quien por culpa y por medio de un vehículo, haya causado lesiones a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías

públicas terrestres, N.o 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre. En los casos previstos en este párrafo, al autor del delito se le impondrá una pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos por un período de dos (2) a diez (10) años.

Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de cinco (5) años y el máximo podrá ser hasta de quince (15) años. Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad, por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública, que podrá ser de doscientas (200) horas hasta de novecientas cincuenta (950) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, No 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas.”

En este caso nos referimos al delito de lesiones culposas simplemente, sin tomar en cuenta cuando incide la conducción temeraria, aspecto que contempla una pena mayor.

En la práctica, salvo muy escasas situaciones en las que el imputado tiene juzgamientos activos, el costoso proceso penal no tiene mayor finalidad que ser la vía para llevar la Acción Civil Resarcitoria. Las víctimas prefieren esta vía del derecho porque en Costa Rica suele ser más rápido el proceso penal que el civil, de este modo, debido a que cuando el delito no se ha cometido dentro de los supuestos de la conducción temeraria la pena no supera el año de prisión, en casi todos los casos se aplica la ejecución condicional de la pena en lo penal, pero se aplica la sanción civil como consecuencia económica, según lo establecido en el artículo 1045 del Código Civil. Sobre este particular se abordará en un acápite posterior, no obstante, debe indicarse que si el interés superior de los

denunciantes es la reparación pecuniaria del daño causado con el delito culposos, carece completamente de sentido mantener la posibilidad penal y debe ser en la vía civil en la que se resuelva el conflicto.

Cuando el encausado no ha tenido contacto previo con el derecho penal – puede afirmar quien tenga experiencia como abogado – realmente este se ve inmerso en un elevado grado de angustia por temor a verse expuesto a una pena privativa de libertad. Debe tenerse en cuenta que es una persona que no deseaba cometer un delito y ante una acción imprudente o incluso un error, se ve envuelta en un proceso penal. La mayoría de estas personas son individuos respetuosos de la ley y temen profundamente dos resultados del proceso penal: la pena de prisión y el estigma social de ser un condenado.

Ante este supuesto, no hay sólo un gasto estatal en un proceso que no tendrá en todo caso una ejecución penal efectiva, sino que conlleva un gasto económico y emocional de las partes, a pesar de ser un conflicto que pudo tener una solución pacífica desde el inicio.

Por otra parte, existe ese pequeño número de acusados que poseen juzgamientos anteriores y que igualmente, ante una acción culposa, tendría que descontar en prisión la pena de un año de prisión o menos, lo cual, en todo caso resulta excesivo a la “reprochabilidad” con la que actúa una persona en un delito culposos.

2.3 Motivación inadecuada de la penalización

Otro aspecto que debe ser considerado en este capítulo es nuestra propia concepción de alteridad, la cárcel debe dejar de ser concebida como una sanción aplicable a otros, una solución para otro sector social ajeno, sino que debe replantearse la sociedad de forma integral, como un todo, a fin de obtener mecanismos de saneamiento de la sociedad con una concepción del criminal no como el otro, sino como un individuo que es parte de mi misma sociedad y que, la

sanción que estimo adecuada para él entonces debo estimarla adecuada para mí, en caso de que incumpliera la ley.

El ser humano al fraternizar con otros que estima iguales ha llegado a segregar a quienes considera diferentes. Cada día el concepto de normalidad es más pequeño y limitado, cediendo ante la creciente tentación de categorizar más conductas como delincuenciales o trastornos mentales e imponiéndoles pena carcelaria en los primeros y medicamentos en los segundos, que los hagan comportarse dentro de la “normalidad”. Sin embargo, normalidad no necesariamente es lo mejor porque responde tan sólo al parecer de la mayoría, lo que se ajuste al comportamiento de la mayor cantidad de personas dentro de una sociedad. Eso tendría que llevarnos a aceptar que en una sociedad caníbal un vegetariano requiere de tratamiento mental por negarse a devorar a otro ser humano. Se nos enseña que la diversidad es negativa y en la medida que se aleje de nuestra conducta lo convierte en enemigo. Esa concepción binaria, en la que sólo hay bueno y malo conlleva a una inevitable ruptura en perjuicio de quienes resulten ser menos poderosos en la estructura social.

El discurso es bipolar, binario, se habla de víctima/victimario, bueno/malo, sano/enfermo, normal/anormal; es necesario pasar de las dicotomías, por que sustentan la política penal del enemigo. Es indispensable separarse de esta concepción y respetar la diferencia, encontrar que en la bipolaridad pueden existir puntos medios y no sólo extremos. Es momento de valorar desde el punto de vista de la subjetividad y no desde los flujos capitalistas, los cuales centran su atención en el consumo y desvalorizan los afectos, los sentimientos y las emociones.

La sociedad actual se decanta por dos posiciones, por un lado la política securitaria, derecho penal del enemigo, un síntoma de violencia o malestar es un índice de potencial violencia que se enfrenta con exceso de punitivismo. Por otro lado, la inmunización, el control es sobre la mente, para así someterlos con la

participación de su voluntad. Se usa el panóptico en todos los centros de reclusión, tanto cárceles como escuelas, hospitales, instituciones públicas, para poder controlar lo que sucede con la finalidad de combatir, es el biopoder o control de los cuerpos con la política.

El discurso debe cambiar, en especial ante delitos de poca lesividad pecuniaria, cuya respuesta punitiva resulta excesiva en términos de días de encarcelamiento y risible en los casos que se efectúa el juicio como un mero proceso para dictar sentencia condenatoria sin una ejecución material de la pena. Por lo que sería más adecuado un proceso que realmente fomente la reparación de la pérdida sufrida por la víctima y represente una sanción más educativa y edificante para quien se encuentra en conflicto con la ley.

2.4.1 La excesiva respuesta estatal ante los delitos culposos

La naturaleza sustantiva de estos delitos, exige la imposición de una pena a quien actúa con culpa, término que sido delimitado por la doctrina como una infracción al deber de cuidado, ya sea por negligencia, impericia, descuido o incumplimiento de la ley. Las corrientes modernas incluyen la imputación objetiva, consistente en la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo permitido.

Medular característica de la culpa es su elemento subjetivo, la culpa consciente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación, en ambas confluye que aunque debe existir cierto grado de previsibilidad, el actor no deseaba el resultado lesivo.

La ausencia de una voluntad dirigida a causar un daño es punto esencial para estimar que la imposición de una pena de cárcel siempre va a resultar excesiva para este tipo de conductas. Se sanciona con privación de libertad la

negligencia, la impericia, y porqué no decirlo, la torpeza. Más aún, se castiga el cansancio, la larga jornada laboral, el exceso de funciones, el estrés, la preocupación, el desgaste emocional, los problemas económicos, familiares y laborales; castigo que no es relativo ni inocuo sino que encuentra como consecuencia la imposición de penas privativas de libertad.

La culpa como concepto jurídica no tiene como finalidad la comisión del daño causado, como sí ocurre en los delitos dolosos, en los que el sujeto activo deseaba el resultado y en algunas ocasiones, planea con anterioridad su ejecución. Los tipos culposos, por el contrario, responden a una actuación imprudente que conlleva a un resultado lesivo.

Por otra parte, la pena privativa de libertad tiene como finalidad la resocialización del individuo, de modo que interiorice las normas sociales y aprenda a vivir en sociedad sin afectar los bienes jurídicos ajenos.

Al confrontar la culpa con la finalidad de la pena, esta última resulta gravemente desproporcional e inadecuada a las causas de la primera. ¿Realmente es necesario que una persona que se ajusta a las normas sociales convencionales sea internada en un centro penal meses o años para que aprenda a ser más cuidadosa? ¿Para que nunca más olvide cerciorarse bien de la señalización vial? ¿Para que después de 20 horas de labor en un hospital, se asegure de estar bien despierta cuando satura una herida? Porque no es compatible con el fin de la pena que se sancione el resultado no querido en sí. Si no era querido ¿Cómo podríamos hablar de resocialización?

La única justificación posible de la sanción penal sería el reproche realizado sobre la falta al deber de cuidado, ya sea en la *lex artis*, en la legislación de tránsito, en el manejo de maquinaria, en los deportes de contacto. Quien omite detenerse en una señal de alto y con ello colisiona a otro vehículo en el que circulaban cinco personas, falta al deber de cuidado que tuvo como resultado la

muerte de los cinco ocupantes. Este infractor no deseaba la muerte ni de una persona ni de cinco, su irrespeto a la legislación de tránsito tuvo determinado número de víctimas porque en el otro vehículo transitaba una cantidad de personas que no era controlable por el imputado, no existe forma lógica alguna de imputar al actuante culposo la cantidad de personas que viajaban en el otro automotor y no obstante, día a día, se aumenta el reproche penal en las fundamentaciones de pena judiciales con base en la cantidad de personas afectadas por la acción del imputado. Se castiga una circunstancia del evento que responde al azar y no al dominio del sujeto sobre la magnitud del daño. Es decir, en los delitos culposos la única acción sobre la que tiene control el infractor es en cuanto a su actuación respetuosa de la ley, el cuidado o la *lex artis*, dicha acción se encuentra directamente conectada a un curso causal – desencadenado por dicha acción – que provoca un resultado dañoso, pero la gravedad de ese resultado no se encuentra bajo el control del infractor, por el contrario esta sujeto a una casualidad o al azar, de lo contrario, estaríamos hablando al menos de dolo eventual y no de culpa. Quien por descuido deja un alijo de veneno para ratas al alcance de un menor de edad, no puede controlar que sólo su hijo ingiera el producto o que también lo consuman dos amiguitos más que lo acompañaron ese día. El resultado de sólo una muerte o tres muertes se encuentra fuera del dominio sobre el resultado. De tal manera, que el aumento de la pena conforme a la magnitud del resultado en los delitos culposos supera la consecuencia penal, que en este caso sólo debería sancionar el disvalor de la acción y no la magnitud de un resultado que escapa al infractor. Desde este punto de vista, la pena es incluso más que un castigo, es una vendetta para aliviar el disvalor del resultado.

La penalización de las conductas culposas excede el planteamiento punitivo. Una persona a quien se le impone una pena de 8 años de prisión por homicidio culposo, se verá inserta en un ambiente penitenciario conflictivo, hacinado, involucrado con personas que han cometido delitos graves como crimen organizado, privación de su libertad ambulatoria, estigma social, dificultad para

reinsertarse a la sociedad una vez cumplida la pena, entre otros, por una conducta “descuidada”.

El “descuido” entendido como el disvalor de la acción culposa tiene una respuesta estatal punitiva injustificada y desmedida, supera cualquier fundamento de la pena y expone al infractor a un ambiente degradante que sí podría desfigurar su formación primaria, con la consecuencia fatal, que la persona una vez que salga de prisión haya adquirido conductas negativas que no poseía de previo a su ingreso.

El discurso resocializador, los “re”: reeducar, resocializar, reformar, reinsertar, readaptar, etc, mediante el internamiento carcelario, pierde sentido ante la acción culposa, de modo que la privación de libertad no es consecuente con este discurso, sino que la conducta negligente, imprudente o descuidada puede ser evitada con mecanismos más sencillos y menos gravosos, tales como jornadas laborales más cortas, charlas motivacionales, retiro temporal del permiso para conducir o la licencia para ejercer la profesión u oficio, cursos de concientización de los posibles resultados en las víctimas de una conducta imprudente, terapias para el manejo de la ira y otras emociones, entre otros; aunado a una reparación económica integral del daño en todos los casos.

2.4.2 Existencia de otra vía menos gravosa.

La sanción penal en delitos culposos no se justifica por una simple razón legal: Existe ya una solución para el conflicto, creado en la vía civil, la cual debería ser aplicada en primer término y respetar el carácter de la materia penal como ultima ratio.

El artículo 1045 del Código Civil establece una sanción pecuniaria para quien por culpa, causa un daño a otro.

Artículo 1045. Código Civil:

“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”

De modo tal, que ya está previsto en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad civil para quien lesiona a otro, obligándolo a repararlo junto con los perjuicios causados. Una sanción pecuniaria es bastante más proporcional a la culpabilidad con la actúa una persona en los delitos culposos, aunque su resultado sea lamentable, pues una consecuencia no querida no debe ser resarcida más que con una sanción económica.

Como se indicó supra, en la práctica jurídica, los ofendidos de este tipo de delitos suelen escoger la vía penal porque es más ágil que la vía civil y con ello, esperan que la acción civil resarcitoria de carácter accesorio en lo penal, les sea resuelta en un tiempo inferior a la que se llevaría en un proceso civil ordinario. Esto podría encontrar una mejor solución con la creación de un proceso civil expedito en esta materia, el cual surtiría los mismos efectos que en la práctica, actualmente tiene el ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, máxime si consideramos la reciente reforma en materia procesal civil, en la cual se incluyó la oralidad como mecanismo de agilidad del proceso, lo cual viene a encajar perfectamente con la práctica resarcitoria por delitos culposos.

Las resultas civiles logran con mayor efectividad que las penales la satisfacción de la víctima, al menos recibirá un importe material que puede ayudarlo a superar el daño sufrido e incluso acceder a bienes y planes que no poseía.

Debe destacarse, que independientemente de la lesión causada, ni la pena de cárcel ni la sanción económica podrán eliminar lo sufrido, pero la última al menos constituye un resarcimiento real. La sanción penal, independientemente del

quantum de la pena, nunca resarcirá el daño pues sólo actúa sobre el imputado, por el contrario, la sanción pecuniaria logra resarcir en alguna medida la afectación que sufrió la víctima, con lo cual, representa una figura más cercana al resarcimiento de la lesión.

Por otra parte, las consecuencias civiles no son inocuas para el demandado, le representan la pérdida definitiva de su casa, su carro, sus ahorros, su empresa, su salario líquido, etc; las cuales para un ciudadano que no pretendía lesionar a otro, resultan proporcionales a su falta al deber de cuidado.

2.5 Exclusión de ciertas conductas punibles

Es relevante y oportuno cuestionarse la innecesaria sanción carcelaria en los delitos culposos, en los que la previsibilidad realmente es tan elevada que roza fuertemente con el dolo eventual.

El caso específico corresponde al tipo penal de Conducción Temeraria, en el que se sanciona la conducción de vehículos a elevadas velocidades, la realización de competencias de velocidad en las calles, conocidas como “piques” y la conducción de automotores bajo los efectos del alcohol, drogas o cualquier sustancia alucinógena o enervante. En estos casos, el sujeto activo se coloca en una condición que aumenta el riesgo de cometer una lesión contra la integridad física o la vida de un tercero, es previsible y altamente probable, pese a ello, acepta el resultado como posible y ejecuta una acción que pone en riesgo a una cantidad indeterminada de personas.

La diferencia con los delitos culposos que llamaré “simples”, es que en la actuación culposa simple, el sujeto activo, pese a actuar con negligencia, imprudencia o impericia, no decide voluntariamente colocarse en una condición que aumenta gravemente el riesgo y la posibilidad de dañar bienes jurídicos

ajenos; por el contrario, en los delitos culposos consecuentes de una conducción temeraria, el sujeto activo se colocó voluntariamente en una condición que aumenta gravemente el riesgo de afectar bienes jurídicos ajenos, pues si conduce a 120 kilómetros por hora o bajo los efectos de una droga, sabe que crea una situación riesgosa con un alto grado de probabilidad de tener consecuencias lesivas para otras personas y decide asumir ese riesgo.

Es decir, en los primeros se crea un riesgo y hay igualmente probabilidad de causar lesión a un bien jurídico, como parte de la previsibilidad exigida, pero ese riesgo y esa previsibilidad es menor plausiblemente a la creada cuando se actúa con dolo eventual o en acciones limítrofes con este, como lo es la conducción temeraria.

CAPÍTULO 3

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS DELITOS CULPOSOS Y PATRIMONIALES SIN VIOLENCIA VERSUS DERECHOS HUMANOS

Capítulo 3

Penas privativas de libertad en los delitos culposos y patrimoniales sin violencia versus Derechos Humanos

Resulta relevante analizar en este capítulo, si las penas privativas de libertad en delitos patrimoniales sin grave violencia y en delitos culposos se encuentran justificados a la luz de la visión moderna y amplia de derechos humanos, la cual ha sido desarrollada tanto por la doctrina como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debe incluirse la necesaria valoración de la existencia de la potestad represiva del estado en beneficio de la sociedad misma y si una represión excesiva estatal opera en perjuicio de los ciudadanos para los cuales fue establecida.

El análisis de una concepción más amplia de la seguridad humana y los derechos humanos debe ser parte en la consideración de penas privativas de libertad en delitos de poca lesividad pecuniaria y en figuras penales como los delitos culposos, cuya composición objetiva y subjetiva no incluye el conocimiento y la voluntad de un resultado lesivo a los bienes jurídicos afectados.

3.1 Estado Constitucional y represión

Históricamente encontramos que existen corrientes ideológicas como lo son el derecho natural y el positivismo las cuales han sido superadas; por lo que hoy día vivimos en estados constitucionales democráticos con matices, algunos de ellos, de estados neo constitucionales. Estos estados neo constitucionales han surgido dentro del marco de la globalización y han provocado una confrontación entre la moral y el derecho; llevando dicha problemática a la ejemplificación de los

derechos humanos y su correcta explicación, acorde con las teorías actuales; se han desarrollado los principios rectores de los Derechos Humanos, a fin de que los mismos sean compatibles con el sistema de estado constitucional imperante.

Esto es de extrema relevancia social, política y jurídica, porque no sólo explica la razón de la disociación existente entre los fenómenos sociales y el derecho que pretende regular los mismos; sino que además, hila más delgado haciendo el análisis ético-político de la necesidad de incorporación de la moral en el contenido y aplicación práctica del derecho; pues hemos visto como los “estados de derecho” pretenden una aplicación abstracta de la normativa, olvidando que la esencia y materia prima del derecho mismo, son las personas y la sociedad en conjunto. Se ha pretendido gobernar mediante la aplicación de leyes, que resultan ser una aparato estructurado de normativa, que no necesariamente se apega a la realidad de quien resulta objeto de estas; y por ello, lejos de resultar un marco idóneo para el desarrollo de la sociedad, se convierten en mecanismos de poder, mediante los cuales se manipula y direcciona al individuo, en vez de buscar la emancipación y realización socioeconómica de este.

Resulta atinado, citar a Pavarinni en el sentido anteriormente dicho, cuando nos indica: *“Respecto de la ley y de la sociedad, este modelo destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley es así vista no como instrumento neutral para la solución de los conflictos sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás. La ley representa sólo los intereses de quienes tienen el poder de producirla, sin ninguna consideración para quien no tiene ese poder y para los intereses generales. El interés mayor de quienes tienen el poder es el de mantenerlo y de acrecentarlo también a través de la ley; la ley no sirve así sólo a los intereses de quien nada sino que sirve también al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Y el poder se conserva y se defienden los intereses de quien lo posee defendiendo como criminales o*

desviados aquellos comportamientos que entran en conflicto con estos intereses.” (PAVARINI M. (2002) “ Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.” p 138).

En este sentido, Ferrajoli desarrolla paralelamente una exposición acerca de lo que el denomina las cuatro dimensiones en que se desarrolla la actual democracia, anclado dicho modelo a lo que el define como los cuatro tipos de derechos fundamentales, a saber: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. Clasificando a su vez, los primeros dos tipos de los derechos fundamentales dichos en la categoría de derechos secundarios; y dándole un papel preponderante y por ende la categoría de derechos fundamentales primarios a los derechos de libertad y derechos sociales; ya que son estos los que otorgan la legitimidad a las actuaciones del estado en la democracia.

“En estas cuatro dimensiones, todas necesarias, y en su conjunto suficientes, se basa el modelo garantista de la actual democracia constitucional, en virtud del cual ningún poder, sea público o privado, puede derogar los derechos fundamentales y demás principios constitucionalmente establecidos.” (FERRAJOLI L. (sf) La democracia constitucional. p.50-55).

Los planteamientos antes dichos, resultan de una ilación de ideas filosóficas, jurídicas, morales y políticas; en cuanto al “deber ser” de las actuaciones estatales y la violencia intrínseca al ius poniendi. Igualmente son el resultado de la crítica realizada a los sistemas previos y las teorías que fundamentaban los mismos.

“ Bien pudiéramos conceptuar al “estado de derecho” como el sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir o, al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. A

su vez, la democracia pudiera ser definida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos.

En un estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente ilegales, más graves y vejatorias o, lo que es lo mismo, que la violencia de las penas (jurídicamente hablando) sólo quedará legitimada en tanto prevenga la mayor violencia que producirían los delitos que en su ausencia se cometieran.” (FERRAJOLI L. (sf) “La legalidad violenta.” p.175).

Nuestros estados constitucionales de derecho deben valorar, sopesar, interpretar, anteponer y relegar unos derechos ante otros; y ello debe necesariamente darse en el marco de la moral y la ética humana. No pueden los estados que se precien de ser democracias, olvidar que el poder deviene del pueblo; que las normas deben originarse pensando en el beneficio de quienes delegaron el poder representativo, que más allá de tesis y teorías tradicionales y/o críticas, en materia de ciencias sociales no existen las verdades absolutas y que cada realidad tiene al menos dos caras. Todo ello por cuanto la aplicación del derecho en el mundo globalizado, podría caer o bien cae, en lo que Foucault denomina: *“racismo de estado, entendiendo este término como el fenómeno mediante el cual el poder se hizo cargo de la vida. Es decir una especie de estatalización de lo biológico o por lo menos de una tendencia que conduce a lo que se podría llamar estatalización de lo biológico.”* (FOUCAULT M. (1976). “Poder de soberanía al poder sobre la vida”. p 247).

Es decir, el crítico momento en el que el estado, el poder, o bien cualquier otro interés público o privado, toma mayor relevancia que el hombre y por ende antepone sus intereses a los de aquel.

El estado no debe ejercer más poder ni violencia que el estrictamente necesario para evitar la violencia que se daría en su ausencia; las normas deben

ser creadas pensando en la sociedad y las personas, sin intereses ulteriores. El modelo de estado ideal es un estado constitucional democrático que interprete siempre la norma con objetivismo moral, e incluso que haga extensiva dicha interpretación a la aplicación práctica de cómo política de estado para efectos de los terceros no ciudadanos; todo ello en busca de mejorar el derecho, el estado y la sociedad.

La búsqueda de teorías que justifiquen un derecho más humano, que involucre principios morales en pos del mejoramiento de la sociedad, es indispensable para conseguir la paz como ideal de convivencia. La argumentativa que se plantea como necesaria para la divulgación de ideologías debe necesariamente hacerse acompañar de una ruptura de los controles sociales tradicionales ejercidos por el estado e intereses privados corporativos propios de la globalización; rescatando de cada ideología y teoría lo bueno, lo constructivo, lo positivo. Hasta conseguir la armonía entre lo doctrinal y lo práctico, que permita al estado cumplir con sus verdaderos objetivos.

3.2 El populismo como impulsor de la penalidad de conductas de nimia lesividad

La persecución penal, como figura activa y dinámica, se encuentra en poder del Ministerio Público, quien define las políticas de persecución penal, sin embargo, debe accionar el aparato de acusación estatal contra las conductas tipificadas por el Poder Legislativo. Este último como representación popular estatal, en muchas ocasiones responde a la presión mediática, la cual muchas veces va más allá de la misma presión popular.

De este modo, surge una presión social desmedida sobre el ente creador de las leyes, con la finalidad de erradicar la presión existente, pero sin hacer uso de la viabilidad, oportunidad, coherencia y funcionalidad de la represión creada.

Los medios de comunicación informan a la población noticias alarmantes, impregnadas de amarillismo y distorsión de la realidad; luego toman el mismo descontento alarmista creado e inician una pugna sofocante sobre la Asamblea Legislativa para calmar a la ciudadanía indignada.

Este mecanismo ha tomado mayor fuerza en tiempos modernos, en los cuales la generalidad de la población tiene acceso a instrumentos tecnológicos informativos.

3.2.1 Concepto de populismo punitivo.

El concepto de **populismo** deriva de pueblo y literalmente denomina a la estrategia de las corrientes políticas que buscan el apoyo de las clases populares. Se trata de un concepto difícil de definir con exactitud, con el que se designan realidades diferentes. El uso del calificativo «populista» se hace habitualmente en contextos políticos y de manera peyorativa, sin que del término se desprenda por sí mismo una evidente identificación ideológica, sino estratégica —dentro del espectro izquierda-derecha—. También se ha aplicado en contextos religiosos para calificar a la teología de la liberación y a la teología del pueblo, así como para referirse a la acción política de los grupos económicos concentrados, con la expresión “populismo del capital”.

Populismo es un vocablo de suma ambigüedad, ampliamente empleado, y definido por la Real Academia Española como “Tendencia política que pretende atraerse a las clases populares”. Posiblemente el primer movimiento político con esa denominación fue el *narodnik* (como adjetivo, *narodnichestvo* como sustantivo) ruso del siglo XIX.

El término populismo punitivo fue acuñado por A. Bottoms en su obra *The Philosophy and politics of punishment and sentencing* (1995), para conceptualizar el uso del derecho penal que realizan los gobernantes con el fin de tener ganancias electorales, asumiendo política y acriticamente que el agravamiento e

incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad. En esta misma línea encontramos a otros autores como Roberts et al (2003) o Newburn y Jones (2005). (Wikipedia. La enciclopedia libre. 2018)

3.2.2. El populismo punitivo y la política criminal.

El populismo punitivo ha tomado particular fuerza con la creciente criminalidad de las últimas décadas, se ha tomado el Derecho Penal como instrumento político para obtener ventaja electoral, de este modo, la búsqueda de apoyo por parte de las víctimas de delitos y de las personas que rodean a esas víctimas, ha llevado a la clase gobernante a aumentar las penalidades contra diversos delitos para atraer a la población.

Los criterios de política criminal debe responder a análisis serios y no influenciados, basados en estudios criminológicos, sociológicos, ontológicos y penológicos, que permitan la delimitación de conductas delictivas y sus respectivas penas, de manera que se restrinja la libertad individual por parte del aparato estatal, en la menor medida posible y que sólo aquellas conductas que realmente lesionan bienes jurídicos relevantes, deban ser penalizadas.

El populismo punitivo, no obstante, concede especial atención al deseo de las masas, quienes al verse afectadas directamente por la criminalidad, desean la imposición de un castigo severo en demasía, pues es el reflejo de su propia condición de víctimas. Esto conlleva, que la creación de figuras delictivas y la imposición de penas, sea determinado de forma parcializada y en atención a intereses personales y no a verdaderas políticas de criminalidad.

Los lineamientos penales no deben responder a decisiones emotivas sino a un análisis profundo de las causas de la delincuencia en determinado territorio y a las estrategias necesarias para disminuir la incidencia de conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

“La Asociación de Juristas/Jueces para la Democracia en el 2006 definieron el Populismo Punitivo como la utilización política transversal del Derecho Penal para dar respuesta inmediata a determinadas problemáticas social de repercusión mediática. Los decisores políticos se hacen eco de las demandas de endurecimiento de las penas por parte de las víctimas. Al producirse una situación de alarma social/pánico moral, ante unos singulares sucesos criminalísticos, focalizados y magnificados por los medios de comunicación de masas y de gran incidencia social, determinados decisores políticos utilizan demagógicamente el Derecho Penal buscando réditos electorales y eludiendo el análisis de factores estructurales y sistémicos que subyacen en todo acto criminal individual. Todo ello en detrimento de los límites normativos de los regímenes políticos liberales, de los ideales resocializadores, como apuntábamos, de los Estados de Bienestar y contradiciendo los objetivos democráticos avanzados de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho de abolición gradual de los privilegios y profundización de la democracia.” (MELLÓN, Joan Antón. “Populismo Punitivo en España (1995-2015) Presión mediática y reformas legislativas”. Pág. 4 y 5).

“El modelo conflictivo percibe la sociedad como algo en permanente cambio; ve como este cambio se da por conflictos que se desarrollan en su interior: cómo todo elemento de la sociedad contribuye al cambio; en fin, como ella se funda sobre las coerciones de algunos de sus miembros sobre los otros.

Respecto de la ley y de la sociedad, este modelo destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley es así vista no como instrumento neutral para la solución de los conflictos sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás. La ley representa sólo los intereses de quienes tienen el poder de producirla, sin ninguna consideración para quien no tiene ese poder y para los intereses generales. El interés mayor de quienes tienen el poder es el de mantenerlo y de acrecentarlo también a través de la ley; la ley no sirve así sólo a

los intereses de quien nada sino que sirve también al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Y el poder se conserva y se defienden los intereses de quien lo posee defendiendo como criminales o desviados aquellos comportamientos que entran en conflicto con estos intereses.” (PAVARINI M. 2002. “Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico”. pp 138).

Lo reprobable no es escuchar al pueblo ni atender a las necesidades de las masas, lo realmente reprobable es la manipulación de éstas y el acogimiento de sus opiniones de manera sesgada para obtener un control político. La deformación del Derecho Penal para abocarlo a la persecución de cierto tipo de delincuencia y cubrir con un velo otras acciones delictivas, mucho más dañosas, como los delitos de cuello blanco, todo en aras de movilizar el sistema de justicia y la población hacia un manejo conveniente del estado y ciertos grupos con poderío económico.

Joan Antón Mellón compara incluso las ideas de la nueva derecha española con las ideologías fascistas de Mussolini. Encuentra óbices importantes entre ambas ideologías. En efecto, al visualizar sus presupuestos parten de acciones afines: la manipulación de las masas en beneficio de los intereses políticos, el descontento de la población a raíz de un momento histórico crítico y decadente, el alejamiento de las ideas democráticas liberales en busca de un nuevo modelo gubernamental.

“...lo que caracteriza específicamente al Fascismo Clásico, según nuestra síntesis ecléctica de los autores estudiados, es un conjunto articulado de factores ideológicos y objetivos y métodos políticos en el que predominan y determinan, en las ideas, las actitudes y los comportamientos, los siguientes factores: un ultranacionalismo palingenésico de óptica, criterios y métodos no democráticos cohesionado por una ideología sacralizada, el unitarismo como sistema político y , a la vez, mito movilizador y redentor, nacional y social; y en tercer lugar, la

violencia como método político ejercida sin freno ante definidos oponentes y obstáculos internos y definidos enemigos externos que impiden ese soñado renacimiento y su culminación imperial.” (MELLÓN, Joan Antón, “LA SANGRE VALE MÁS QUE EL ORO”. ¿Son fascistas las ideas-fuerza de la nueva derecha europea (ND)?).

Cuando una nación se encuentra inmersa en una crisis profunda, la propuesta de una palingénesis caerá de inmediato en agrado popular, la idea de un renacimiento hacia una situación mejor, siempre será bien recibida. Cuando determinada criminalidad afecta al país, la promoción de penas más severas o la penalización de conductas “molestas” resultan a la vista no analítica como la solución a los problemas y la respuesta a sus quejas. La opresión de ciertas clases sociales “*problemática*” resulta un endulzante al paladar de otra clase mayoritaria numéricamente y en definitiva, la obtención de beneficios para la clase minoritaria gobernante, la cual obtiene el apoyo de esa clase mayoritaria.

Si bien la doctrina señala como responsables del populismo punitivo a las clases políticas gobernantes, deja de lado a un actor sumamente poderoso en esta manipulación masiva: los medios de comunicación. Las grandes empresas informativas encuentran en las noticias alarmantes una fuerte atracción de las masas. La ausencia de noticias no atrae, no vende, no genera dinero. Cuando no surgen eventos llamativos, los medios de comunicación tornan la mirada hacia temas que puedan despertar la atención de la población y le adjudican notas rocambolescas para asustar a los receptores y aumentar la audiencia, lo cual solo será traducible a ganancias económicas.

Las noticias alarmantes venden, de modo que las empresas propietarias de los medios de comunicación ejercen una influencia magnánima sobre la población al infundirles temor, luego recaban las manifestaciones de algunos ciudadanos afectados por la misma información e inician una presión asfixiante sobre el

aparato legislativo. Esto también es noticia y logra alimentar los noticieros por un tiempo importante.

3.2.3 Populismo Punitivo en Costa Rica.

La presión mediática ejerce una fuerza irresistible sobre el aparato legislativo. Al efectuar un ejercicio comparativo con la situación costarricense, el populismo punitivo ha logrado imponerse dentro del derecho penal más allá de cualquier otro ámbito del derecho. Las reformas al Código Penal como una respuesta tranquilizante para la población y como mecanismo liberador del acoso proveniente de los medios de comunicación se han convertido en una práctica constante, con lo cual el código sustantivo se ha llenado de remiendos absurdos e innecesarios. Un ejemplo claro de ello, fue la modificación del artículo 208 del Código Penal, penalizando cualquier apoderamiento ilegítimo de un bien mueble independientemente del valor del objeto. Con ello, se procedió a imponer penas privativas de libertad a personas por el hurto de un desodorante o un atún. Acción que con anterioridad sólo constituía una contravención. Igual suerte sufrió el delito de Daños, en el que cualquier daño causado, independientemente del costo, actualmente es delito. Tales reformas legislativas fueron el resultado de una fuerte campaña mediática en contra de los delitos de poca monta.

Otro logro desmedido del populismo punitivo fue persuadir al Ministerio Público de eliminar la concesión de los Criterios de Oportunidad Reglados por bagatela; de tal suerte, que el ente acusatorio estatal persigue delitos que carecen de antijuridicidad material o son de escaso valor. Pese a la nimiedad de la lesión, el estado se ve obligado a movilizar todo el aparato de justicia para la imposición de una pena en acciones que nunca debieron ser siquiera investigadas, con el consecuente gasto económico que esto conlleva.

La comisión de este tipo de delincuencias de poca monta, propició la creación de los Tribunales de Flagrancia, pese a que en realidad, bajo un análisis administrativo minucioso, podría ser más adecuado ubicar a los jueces y otros funcionarios del Poder Judicial a la atención de casos más graves y lesivos y proceder a la despenalización de las conductas de baja lesividad. Lo peor de esta dinámica, es que termina en un vaivén de opiniones que finalmente lleva al absurdo jurídico: pues por un lado se imponen penas por conductas que deberían estar fuera de la esfera penal y por otro, se aplican políticas y beneficios que hacen nugatorio la ejecución de la pena. En definitiva, ¿Que sentido tiene condenar, para no ejecutar una sanción? Cuando lo ciertamente adecuado es evitar los procesos atinentes a bagatela mediante la despenalización de esas conductas, no obstante, por presión populista se alimenta la persecución de este tipo de delitos.

El problema lo plantea Jesús Silva Herzog: *“La palabra populismo es una nube de asociaciones detestables. Es demagogia, irresponsabilidad, rechazo a la negociación institucional, desprecio de las sumas y las restas, adoración de un caudillo. No hay ejercicio sobre el contenido de la palabra que no parta de la dificultad de encontrarle un marco. Es un concepto impreciso – si es que llega ser concepto. Con la palabra se ha designado una vasta variedad de experiencias políticas: un movimiento intelectual de apreciación del campesino ruso, una organización de granjeros racistas en Estados Unidos, muchos gobiernos latinoamericanos a lo largo del siglo XX y diversos movimientos de la derecha radical en Europa. Populismo de Derecha y de izquierda.”* (SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús. La razón populista de Ernesto Laclau, pág. 1).

Ciertamente la presión populista vendrá tanto de la derecha como de la izquierda pero la adecuación política por intereses particulares es irresponsable, deviene el ascenso político a causa de la condena de un grupo determinado de

personas que suelen cometer este tipo de delincuencias. Convierte a conveniencia la persecución de un determinado grupo social para agradar a otro grupo.

Las políticas criminales y el derecho penal no deben responder irrestrictamente a los deseos de las masas, tampoco debe desoírseles, porque son el pueblo al cual se debe gobernar. Lo correcto, es que tales decisiones respondan a un análisis medular y concienzudo de aquellas conductas realmente lesivas de bienes jurídicos que deben ser perseguidas por el derecho penal; en igual sentido, las penas deben ser revisadas para responder no a una venganza individual de algunos miembros de la colectividad ni a interes económicos de los más poderosos, sino a la prevención y control de la delincuencia mediante un correcto tratamiento de las incidencias delictivas y la reinserción de las personas en conflicto legal, a la sociedad.

3.3.1 Seguridad Humana y Políticas Públicas

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es una de las dos entidades del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos en las Américas. tiene su sede en Washington, D.C. el otro órgano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica. la CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que actúa en representación de todos los países miembros de la oea.

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica:

*Todos los seres humanos **nacen libres e iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* (Énfasis agregado).

Ese concepto está presente en los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, particularmente en los dos Pactos de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Al referirse al tema de la pobreza, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha optado por referirse a violaciones a la “dignidad humana” y no a los “derechos humanos”. La Asamblea General, en su resolución 55/106, de 4 de diciembre de 2000, y en otras resoluciones posteriores sobre la cuestión, reafirmó que *“la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana y que, en consecuencia, se requiere la adopción de medidas urgentes en los planos nacional e internacional para eliminarlas.”*

Los Estados, la comunidad internacional, las organizaciones intergubernamentales, las empresas nacionales y transnacionales y las organizaciones no gubernamentales, entre otros, deben tener en cuenta y respetar plenamente los derechos humanos, en particular los principios enunciados en el presente texto. La violación de esos derechos, sea como resultado de una negligencia o de una decisión deliberada, se considerará una violación de los derechos humanos, y sus autores deberán responder de esa violación, con las consecuencias jurídicas que se deriven.

Pérez de Armiñon considera que el concepto de seguridad humana debe ser entendido desde dos enfoques: “El enfoque restringido y el enfoque amplio. El restringido se centra en la *“libertad frente al temor”*, esto es, en la protección ante la violencia física en contextos de conflicto. Y el amplio se centra en la *“libertad frente a la necesidad”*, es decir, en la satisfacción del desarrollo humano y de un mínimo bienestar (seguridad alimentaria, sanitaria, medioambiental, etc.)” (2006: 60).

Por su parte, Baratta entiende la seguridad como una lucha contra la

criminalidad y la exclusión social, como una necesidad humana y una función general del sistema jurídico. *“Es la búsqueda de una sociedad basada sobre la realización de las necesidades reales, es decir, de las potencialidades de desarrollo de los individuos y de los pueblos”*. (Baratta, 2001:4). De este modo el autor considera que las políticas de seguridad tradicionales son insuficientes para atender las problemáticas que aquejan a los individuos y muestra la posibilidad de otra política de seguridad, no desde la seguridad como derecho, sino como la seguridad de los derechos, lo que llevaría también al fortalecimiento de la democracia a través de la participación ciudadana.

Sin embargo la Seguridad Humana, puede tener el riesgo de ser interpretada hacia un enfoque militarista. Así, Pérez de Armiñon indica que el concepto *“responsabilidad de proteger”*, puede ser usado como recurso para las *“intervenciones humanitarias”* cuando un Estado no puede o no quiere proveer a los ciudadanos las condiciones básicas de seguridad, quebrantando así la no injerencia internacional en asuntos nacionales y direccionando tales intervenciones hacia la visión restringida de la seguridad humana (2006: 61).

En el tratado *“Algunos postulados de políticas públicas como potenciadores de la seguridad humana”* se indica en lo conducente:

“Paradigmas alrededor del tema de las políticas públicas: Un recorrido por diversos paradigmas que han sustentado el análisis de políticas públicas, permite identificar una pugna generada entre éstos, la cual, además de algunas diferencias ontológicas, epistemológicas y metodológicas, denota una forma de llegar a un modelo teórico con construcción más participativa (Roth, 2007b), y por tanto se podría afirmar que más humana, entendiendo por humana, a la indagación por las necesidades del ser humano como tal, más allá de las instituciones.

El paradigma positivo desarrollado principalmente por Auguste Comte

“considera demandas sociales son las que revelan los problemas de una sociedad, la capacidad de respuesta de los sistemas políticos se evidencia a través de la atención a estos requerimientos mediante el proceso de elaboración de políticas públicas, éstas son entendidas como “el conjunto de sucesivas respuestas del gobierno frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas.” (Salazar Vargas, 1995: 30).

Por su parte, el empoderamiento se refiere a las estrategias que habilitan a las personas para sobreponerse a las situaciones difíciles. Implica establecer medidas de “abajo hacia arriba” o ascendentes, con el fin de desarrollar las capacidades en las personas y en las comunidades para que sean artífices de su propio destino. *“El empoderamiento no sólo habilita a las personas para lograr el desarrollo de sus potencialidades, sino que también les permite participar en el diseño y ejecución de las soluciones necesarias para su seguridad humana y la de otras personas” (PNUD, 2011: 25).*

Es a través de la potencialización del individuo y de la participación en el diseño de soluciones para su seguridad humana, que este concepto comparte categorías importantes con el concepto de políticas públicas.

Las políticas públicas se sustentan en tres paradigmas:

- a) Positivista: la realidad existe, es objetiva y puede ser conocida. Utiliza como metodología la comprobación empírica de hipótesis mediante datos objetivos. Métodos cuantitativos.
- b) Pos – positivista: la realidad existe pero no puede ser conocida en su totalidad, debido a la multiplicidad de causas. En esta, se acude con mayor frecuencia a métodos cualitativos.

c) Teoría crítica: la realidad existe, pero no puede ser explicada completamente. En esta, se privilegia los métodos cualitativos para realizar transformaciones en la realidad.

Resulta entonces vital cuestionarse: **¿Para quién es la seguridad?** La seguridad debe ser la protección del núcleo vital de todas las vidas humanas de forma que se mejoren las libertades humanas y la realización de las personas; la seguridad humana significa proteger las libertades fundamentales, aquellas libertades que son la esencia de la vida.

Por otra parte resulta de gran interés la acepción conceptual de lo público; pues ya no se entiende únicamente como lo relacionado al estado; sino que deberá entenderse como lo colectivo, incorporando elementos de participación y gestión de los propios actores. Esto brinda un papel fundamental a la participación como elemento de las políticas públicas de seguridad, pues sólo mediante la participación las comunidades afectadas por un problema o necesidad determinada, se contribuirá a garantizar una mejor solución al problema.

Tanto el concepto de empoderamiento como el de participación, son relativos por su orden a los de seguridad humana y políticas públicas; y que ambos van encaminados a la ampliación de concepciones como la seguridad, llevándola a los individuos y la participación en políticas llevándola a distintos actores. En ambos casos se plantea el protagonismo del ser humano y la potencialización de sus capacidades. Todo lo cual pretende que el individuo pueda contar con herramientas suficientes para entender los problemas y poder postular las posibles soluciones, es decir participar en políticas públicas con el fin de que la seguridad sea más efectiva, y así construir soluciones a sus necesidades y problemas, creando lo más cercano a una seguridad integral.

3.3.2. Seguridad Humana y Derechos Humanos

Resulta vital determinar los conceptos de seguridad, derechos humanos y la relación entre ambos.

i) concepto de seguridad: la definición de seguridad que nos brinda el diccionario de la Real Academia Española es el siguiente: **seguridad** (del latín *securitas*) cotidianamente se puede referir a la ausencia de riesgo o a la confianza en algo o en alguien. sin embargo, el término puede tomar diversos sentidos según el área o campo a la que haga referencia en la seguridad. En términos generales, la seguridad se define como "el estado de bienestar que percibe y disfruta el ser humano".

Una definición dentro de las ciencias de la seguridad es "ciencia interdisciplinaria que está encargada de evaluar, estudiar y gestionar los riesgos que se encuentra sometido una persona, un bien o el ambiente". Se debe diferenciar la seguridad sobre las personas (seguridad física), la seguridad sobre el ambiente (seguridad ambiental), la seguridad en ambiente laboral (seguridad e higiene), etc.

La seguridad consiste en hacer que el riesgo se reduzca a niveles aceptables, debido a que el riesgo es inherente a cualquier actividad y nunca puede ser eliminado. La seguridad debe ser vista como una necesidad básica. Según la Pirámide de Maslow, la seguridad en el ser humano ocupa el segundo nivel dentro de las *necesidades de déficit*. según la teoría de las necesidades de Bronisław Malinowski, la seguridad es una de las siete necesidades básicas a satisfacer por el ser humano.

La seguridad también se encuentra enmarcada dentro de las ciencias sociales dado que "implica el desarrollo de conductas sociales vinculadas con la protección de las personas, sus bienes, sus derechos", desde esta perspectiva también se entiende una ciencia transversal a distintas disciplinas dado que comprende conocimientos tanto de derecho como de criminalística, criminología,

investigación científica del delito (entre otras áreas de conocimiento) enfocado hacia la protección.

El enfoque que busca la seguridad es el de la gestión de riesgos (principalmente enfocado hacia la prevención), distinto, por ejemplo, al derecho, el cual es el orden normativo de la conducta humana en sociedad. Esta comparativa no es menor, dado que es frecuente la confusión donde profesionales del derecho (abogados, jueces, fiscales) toman atribuciones que son propias de las ciencias de la seguridad generando la diagramación de políticas públicas sin tener en cuenta cuestiones como el análisis de riesgo o el conocimiento empírico de los profesionales en seguridad. Esto, sin embargo, es algo considerado por distinta normativas donde en determinados países se exige un título habilitante para cumplir tareas de seguridad.

En la tradición realista de las relaciones internacionales, seguridad es un estado estrechamente relacionado con la guerra y su amenaza, en concreto la amenaza a la supervivencia del estado como actor principal a nivel internacional. Arnold Wolfers (1962), académico realista, definió dos lados del concepto de seguridad: «seguridad en el sentido objetivo mide la ausencia de amenazas a los valores adquiridos; en el sentido subjetivo, la ausencia de miedo a que dichos valores pudieran destruirse». estar *seguro* sería, pues, encontrarse libre de miedos y, a la vez, libre de necesidades.

Así, la seguridad es, a priori, un concepto con connotaciones positivas, pero, ¿quién define las necesidades? ¿quién define los miedos? tradicionalmente, los académicos clásicos entendían que la seguridad, para perpetuar su existencia, era el objetivo al que los estados aspiraban, aquello que motivaba su comportamiento y estrategias en las relaciones internacionales. Los estados eran vistos como los únicos actores que intervenían en la escena internacional y, por lo tanto, eran sus intereses los que determinaban las acciones internacionales. Este enfoque alude a la seguridad nacional como principal seguridad. **Un** enfoque

transnacional, también se centrará en los estados como principales actores, pero, a su vez, intentará promover la seguridad internacional como el objetivo deseable de la comunidad internacional. Es por ello, también, que los conceptos «seguridad» y «paz» se encuentran a menudo unidos en la jerga de las Naciones Unidas. En pro de la seguridad internacional, el máximo órgano decisor de la ONU se llama Consejo de Seguridad, ya que tiene como misión principal velar por la paz y la seguridad.

Cómo se conceptualiza seguridad o qué adjetivo acompaña la «seguridad» (nacional, internacional, humana, alimentaria, medioambiental, etc.) influye en las políticas de seguridad y defensa, pero también, y de forma notoria, en las políticas de privacidad y en las leyes de regulación ciudadana internas de los estados o leyes de seguridad pública. Actualmente, con la globalización de la violencia organizada, la seguridad humana se pierde en favor de un renovado énfasis en la homeland security. Ahora nuestra seguridad no se encuentra amenazada desde allende las fronteras sino en el vecino de al lado, en el paseante que se nos cruza, en el ordenador de nuestra casa.

Sin embargo, probablemente la acepción más satisfactoria del concepto posmoderno de seguridad es la brindada por el señor Francisco Rojas Aravena, quien indica sintetizadamente que seguridad es: **el derecho a tener derechos.** y agrega que: el miedo nos quita la libertad. Sin libertad se pierde la dignidad y la justicia. Con ellos se pierden los derechos...

Por su parte de la Comisión de la Seguridad Humana de la ONU ha definido el término seguridad humana de la siguiente forma: “seguridad humana consiste en proteger la esencia vital de todas las vidas humanas de una forma que realce las libertades humanas y la plena realización del ser humano. Significa proteger las libertades fundamentales: libertades que constituyen la esencia de la vida. Significa proteger al ser humano contra las situaciones y amenazas críticas (graves) y omnipresentes (generalizadas). Significa utilizar procesos que se basan

en la fortaleza y las aspiraciones del ser humano.” El secretario general de la ONU resume esta visión en un “mundo libre de temor y libre de necesidad”.

ii) concepto de derechos humanos: acorde con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUDH) los derechos humanos son: derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos los seres humanos tienen los mismo derechos, sin discriminación alguna.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Estos derechos son interrelacionados, independientes e indivisibles.

El principio de universalidad de los derechos humanos se desprende de la Declaración Universal de Derechos Humanos y dispone que todos los estados tienen el deber de proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales.

Son también inalienables porque no deben suprimirse, salvo determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales, como es el caso de la privación de libertad consecuente con una sentencia penal dentro de un sistema garantista de derechos.

Los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, porque ya sean estos derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida y la libertad de expresión; derechos económicos, sociales y culturales, como es el derecho al

trabajo y a la educación; o los derechos colectivos, como el derecho al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás y la privación de un derecho afecta a los demás.

Los derechos humanos son iguales y no debe existir ningún tipo de discriminación, el principio se aplica a todas las personas en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, color, etc.

Los estados contraen la obligación de abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos, implica que deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

iii) relación entre conceptos de Seguridad Humana y Derechos Humanos.

Hay una complementariedad análoga entre los conceptos de derechos humanos y de seguridad humana. Pocos conceptos se ven invocados con tanta frecuencia en los debates políticos contemporáneos como el de los derechos humanos. Hay algo profundamente atractivo en la idea de que todas las personas, dondequiera que estén en el mundo, independientemente de su ciudadanía o de su situación, poseen algunos derechos fundamentales que los demás deben respetar. El interés moral de los derechos humanos se ha venido utilizando para fines diversos, desde la resistencia contra la tortura y el encarcelamiento arbitrario hasta la exigencia de que se ponga fin al hambre y a la desigualdad del trato dado a la mujer. (Amartya Sen, "Development, rights and human security". En, Human Security Commission. P 11).

No cabe duda que la instauración ideal de un modelo de seguridad humana reafirma y potencia la aplicación sistemática de los derechos humanos. A manera de ejemplo, la perspectiva de seguridad humana consignada en el informe de la Comisión de Seguridad Humana, la concibe como un complemento necesario para priorizar los derechos humanos conforme a las inseguridades que un individuo puede sentir y así, desde el punto de vista de la observancia de estos derechos, garantizar que los estados concurren con políticas, normas o decisiones para superar dicha "inseguridad".

El autor Víctor Valle (2003) sintetiza esta conexión: *“podría afirmarse que la seguridad humana es la condensación de todos los derechos humanos, los cuales, conceptual e históricamente, han experimentado una evolución, desde los derechos individuales hasta los derechos de los estados y de las naciones. (...) seguridad humana (...) es la concreción de los derechos humanos de las tres generaciones: los seres humanos necesitan vivir sin miedo y sin necesidades básicas (insatisfechas) – la esencia de la seguridad humana –”* (p. 66)

El concepto de seguridad humana; y mas aun, la idea de seguridad humana como derecho humano; resulta una nueva concepción multidimensional de los derechos humanos. Sea que se puede colegir que la seguridad humana es la plataforma sobre la cual deberían concebirse los derechos inherentes a toda persona, a la luz de la ética, la empatía social y en términos generales la bondad. Todo ello apesar de la difícil atmosfera generada por las condiciones que determina la globalizacion. Con la puesta en práctica de lo anterior en el ámbito del derecho penal, resultará sumamente interesante el cambio de paradigma que representa esta nueva concepcion de "seguridad humana" en la fundamentación de la pena e incluso en la fijación de la misma, pues si consideramos la realidad innegable de las penas privativas de libertad, llegaremos a una contradicción ideológica que necesariamente debería producir un cambio.

3.4 Pena Privativa de libertad en delitos pecuniarios sin violencia

En la obra de Dulitzky, se pretende realizar un somero análisis al incipiente reconocimiento de la correlación entre la pobreza y los derechos humanos. Realizando dicho análisis en varias posibles ópticas;

A) La pobreza como violación per se de los derechos humanos. En este sentido, realiza 5 postulados con los cuales los países (especialmente los de bajos ingresos) pueden combatir la pobreza como violación per se de los derechos humanos; a saber: 1) Procurar el crecimiento económico en beneficio de los pobres. 2) Reestructurar los presupuestos. 3) Garantizar la participación. 4) Proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres. 5) Eliminar la discriminación.

B) La pobreza como causa de violación de derechos humanos. Desde esta perspectiva pareciera que la pobreza, en tanto y en cuanto, puede conducir a situaciones de marginación, estigmatización y violencia que produzca violaciones a los derechos humanos debe ser superada dentro las obligaciones de garantía y particularmente del deber de prevención en cabeza de los Estados.

C) La pobreza como violación de derechos particulares. En tres derechos particulares el sistema ha avanzado en esta conexión entre pobreza y violación de derechos en particular: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva y derecho a la vida.

D) La pobreza como consecuencia o agravante de la violación de derechos humanos. Desde esta perspectiva, los deberes del Estado se analizan no ya tan sólo desde el deber de garantía y prevención, sino también desde la obligación de reparación y como uno de los elementos a tener en cuenta en la determinación del daño y extensión de la reparación.

En términos generales establece Dulitsky: *“A nuestro criterio el trabajo en*

materia de pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos exige que la Comisión en el escenario regional actual juegue un papel más importante en la asesoría/cooperación técnica en los procesos de planeación, implementación y evaluación de políticas públicas utilizando las oportunidades que ofrecen gobiernos elegidos democráticamente y donde importantes sectores gubernamentales están genuinamente interesados en mejorar la situación y superar los problemas de derechos humanos. En particular, es necesario consolidar áreas de trabajo de la CIDH que le permitan analizar la pobreza en toda su complejidad y en todos sus aspectos multifacéticos. Ello implica fortalecer aéreas tales como las visitas in locu como mecanismo para acercar a la Comisión a las realidades locales, a los actores nacionales y principalmente a los pobres.”

La pobreza es en parte resultado de la insuficiente dedicación y organización del Estado para proteger y promover los derechos económicos, sociales y culturales. Como se señaló antes, cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas. La capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, conjuntamente con derechos económicos, sociales y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos económicos y sociales, los derechos civiles y políticos logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, meta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad.

Siendo los delitos patrimoniales sin violencia el resultado de una condición económica de necesidad y tal como se ha expuesto, corresponden a un conflicto que debe ser abordado como sociedad, la respuesta estatal es inadecuada y podría ser resuelta de una forma diversa al internamiento en prisión, el cual no

sólo no solucionara la problemática económica sino que la agravará al no poder ser laboralmente activo durante su prisionalización.

La verdadera reinserción social saludable debe estar regida por una nueva educación del individuo, la cual incluya una forma lícita de ganarse la vida y la valorización del trabajo como fuente idónea de sustento. Si el delito de carácter pecuniario no ha incluido violencia, resulta oportuno que la forma de solucionar el conflicto creado entre las partes esté dirigido a una reparación del monto perjudicado o con acciones sociales que satisfagan a los involucrados.

Al respecto de la relación entre represión penal y fenómenos sociales, cabe citar a Pavarini, quien indica lo siguiente: *“el modelo conflictivo percibe la sociedad como algo en permanente cambio; ve como este cambio se da por conflictos que se desarrollan en su interior: cómo todo elemento de la sociedad contribuye al cambio; en fin, como ella se funda sobre las coerciones de algunos de sus miembros sobre los otros. Respecto de la ley y de la sociedad, este modelo destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley es así vista no como instrumento neutral para la solución de los conflictos sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás. La ley representa sólo los intereses de quienes tienen el poder de producirla, sin ninguna consideración para quien no tiene ese poder y para los intereses generales. el interés mayor de quienes tienen el poder es el de mantenerlo y de acrecentarlo también a través de la ley; la ley no sirve así sólo a los intereses de quien nada sino que sirve también al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Y el poder se conserva y se defienden los intereses de quien lo posee defendiendo como criminales o desviados aquellos comportamientos que entran en conflicto con estos intereses.”* (PAVARINI M. (2002) control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. p 138).

En Costa Rica, al igual que el resto de los países latinoamericanos, se ha evadido abordar el origen de la delincuencia, por razones evidentemente convenientes para quien ostenta el poder, a saber: **la brutal desigualdad en la repartición de la riqueza**, la cual produce a todo nivel, un descontento y una explotación de unos contra otros, que sin duda, motiva a la comisión de los “imaginarios penales”.

Si realizamos el análisis correcto de la situación, la pregunta base de la política criminal, debería ser ¿Por qué delinque el individuo? Ante tal interrogante, claramente al menos en el ámbito de los delitos patrimoniales, la respuesta es dada por la situación socioeconómica y la dinámica que se desarrolla en la sociedad, en donde la concentración de la riqueza es tal, que hay sectores que mueren de hambre y otros que ni siquiera saben que estos sectores existen.

Esto significa que la política criminal debería en todo momento, en vez de atacar la consecuencia de los delitos y la “inseguridad” generada por estos, enfocarse en atacar las causas de los mismos. Resulta necesario procurar una mejor distribución de la riqueza, evitando la explotación y la esclavitud económica, liberando del pago de impuestos a los que menos tienen y gravando a los más beneficiados en esta dinámica. Debe darse a los sectores propensos a delinquir (por su situación económica), **algo que perder**. Pues no podemos evitar hacer frente a la realidad de que los peores delitos, los más atroces, suceden cuando el imputado no tenía nada que perder; un buen ejemplo de lo dicho es cuando en asuntos de delincuencia organizada y delitos relacionados con drogas (generalmente en los que se palpa la violencia en su sentido mas gráfico), las bandas criminales están conformadas por personas de estratos sociales tan bajos que el riesgo de involucrarse en estas actividades les resulta muy bajo e incluso conveniente, si lo comparamos con su historia de vida y con las expectativas de mejorar sus condiciones.

Si bien no todos los delitos serán solucionados mejorando las condiciones económicas de quienes los cometen, pues los ricos también delinquen; no

obstante, acorde con las tasas e índices delincuenciales, se resolvería en gran medida la conflictiva penal, al colocar a los agentes de la sociedad en un plano más justo y en el cual, todos deban cuidar sus condiciones actuales, pues en ese entonces, realmente la ley sería igual para todos los hombres.

Otra de las prioridades para mejorar la política criminal costarricense, es sin duda armonizar los objetivos y los planes de trabajo de los supremos poderes, pues en la actualidad no existe una efectiva coordinación en cuanto a los objetivos y estrategias a desarrollar contra el fenómeno delincencial; con lo cual, si se lograra concretar un “plan país” que incluya de modo complementario los aportes que el Estado como un todo debe propiciar, conseguiríamos no sólo una visión integral de los delitos, sino además, un plan de acción en su contra que trate dichos acontecimientos como lo que en efecto son: fenómenos sociales que tienen causas determinables y atendibles a la luz de la seguridad humana, en lugar de pretender resolver la criminalidad con penas privativas de libertad.

3.5 La prisión en los delitos culposos

La imposición de una pena privativa de libertad debe involucrar un análisis detallado de la reprochabilidad al individuo conforme a la culpabilidad con la que actuó en la comisión delictiva y el quantum de dicha imposición debe responder al plazo razonable y proporcional para la resocialización del sujeto activo, por ello, es indispensable valorar si la acción culposa merece un reproche que incluya la pérdida de la libertad y si es posible resocializar a un individuo que faltó al deber de cuidado mediante la pena de internamiento en un centro penal.

3.5.1 Estructura del delito culposo

Elementos objetivos y subjetivos:

El delito culposo posee elementos objetivos y subjetivos diversos al delito

doloso y por ello, resulta de importancia destacar cuáles son sus elementos, a fin de valorar posteriormente la coherencia de estos con la consecuencia penal.

En el delito culposo, el agente no desea el resultado dañoso, sino que su intención es permitida por el ordenamiento jurídico, sin embargo, la elección de medios inidóneos o contrarios a los debidos para perpetrar su intención, ponen en marcha un nexo de causalidad que le es imputable a su actuar y que genera un resultado lesivo. Hay un disvalor de la acción y un disvalor del resultado.

Los elementos objetivos del delito culposo se encuentran descritos en los tipos penales de lesiones culposas y homicidio culposo y consisten en dos: la infracción a un deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva del resultado. Deben coincidir entonces estos dos supuestos para la configuración del delito: que el sujeto activo haya infringido su obligación de actuar con el cuidado debido, esto, es actuando con la prudencia adecuada en términos generales y; que debido a su conducta imprudente, negligente o desobediente de la normativa que debía seguir, se produzca un resultado de lesión a la integridad física o a la vida de otra persona.

El elemento subjetivo se llena con la actuación negligente, imprudente, imperita o inobservante de reglamentos o leyes bajo los cuales debía actuar en ese momento.

También es un elemento subjetivo la previsibilidad. El autor debe haber previsto el resultado como posible pero haber creído que no iba a suceder o que contaba con las destrezas suficientes para evadirlo. Por lo que el resultado además de previsible debe ser evitable.

Esta previsibilidad crea una división relevante, si el resultado era previsible el autor actúa con culpa con representación, esto es, se representó mentalmente el resultado pero confió en que no iba a suceder o iba a evitarlo. Si el autor no

previó el resultado, actúa con culpa sin representación, lo cual implica que el infractor no se representó siquiera el posible resultado. En todo caso, la previsibilidad es una apreciación objetiva, se analiza si una persona promedio con la diligencia debida hubiese previsto el resultado.

Delito de resultado

El delito culposo se encuentra determinado por la creación o no de un resultado. Como es un delito de resultado, el elemento subjetivo carece de importancia si con él no se genera ningún resultado lesivo, pero si al actuar de forma negligente, imprudente, imperita o inobservando la ley, provoca un resultado de lesiones físicas (superiores a 5 días) o la muerte de otra persona, ese resultado le es reprochable a título de culpa. El disvalor de la acción es dado por la utilización de medios diversos a los debidos para obtener el resultado querido, lo cual le lleva a un resultado no deseado.

Tanto la acción desplegada por el infractor como el resultado producto de tal acto, deben estar unidos entre sí por un nexo de causalidad, la acción es la causa y el resultado dañoso es el efecto. Ante la ruptura del nexo de causalidad por otro nexo de causalidad ajeno al autor, el resultado no le sería imputable.

Con respecto al nexo causal, existen varias teorías, entre ellas la denominada: Sine qua non, modificada posteriormente por la teoría de la causalidad adecuada. Hasta este momento el nexo causal se definía por aspectos causales. En la actualidad, ha tomado fuerza la teoría de la imputación objetiva, la que incluye aspectos normativos para limitar la causalidad. En ella se indica que el resultado le será imputable al autor si objetivamente creó un riesgo no permitido que provocó el resultado o, si pese a tratarse de un riesgo ya permitido, aumentó con su conducta ese riesgo y con ello, causó el daño. Aunado a ello, el resultado debe estar cubierto por el fin de protección de la norma.

Esta teoría posee varios correctivos, tales como la existencia de otro flujo causal y el principio de confianza, la prohibición de regreso y la responsabilidad de la víctima.

Sobre este tipo de imputación ha indicado Zaffaroni: *“La principal contradicción de estas teorías finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, legitiman el poder punitivo y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Basta pensar en la inmensa proyección de fórmulas básicas tales como el rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo. Por otra parte, si se compara el ámbito prohibitivo que parece significar el no mataras con el que surgiría del respetaras el rol de buen ciudadano o no aumentarás el riesgo de muerte, parece al menos extraño que pretenda delimitarse una formulación legal mediante conceptos que tienen un significado semántico prohibitivo a todas luces mucho más amplio.”* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. “Derecho Penal parte general”, pag. 445)

Tal como se ha indicado, la estructura del delito culposo se caracteriza por una acción disvalorada, un nexo causal y un resultado lesivo. Sin la producción de una consecuencia dañosa no se configura el delito, debido a que la acción por sí mismo no es delito ni el autor poseía una finalidad laedendi, por el contrario, su intención estaba encaminada a un resultado permitido por el ordenamiento jurídico.

3.5.2 Principio de Culpabilidad

El Principio de Culpabilidad o como lo establece su acepción en latín: *“Nulla poena sine culpa”*, establece que: “no hay pena sin culpa”, es decir, es necesario establecer previamente la culpabilidad de la persona imputada en la acción u omisión que se le endilga para poder fijar una pena.

Este principio constituye un límite a la acción punitiva del Estado, el cual detenta la potestad de imperio de imponer sanciones. Y se encuentra contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política costarricense, el cual literalmente reza:

ARTICULO 39.- A nadie se 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.

También se incluyó en el artículo 30 del Código Penal, el cual indica:

ARTÍCULO 30.- Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Esta máxima al exigir la demostración de la culpabilidad para imponer una pena, posee implícito la otra acepción en la que se concibe la culpabilidad, sea dentro de la Teoría del Delito, determinándose de previo que el sujeto actuó con culpa, dolo o preterintención. Dentro del ordenamiento jurídico costarricense implica que se establezca la capacidad de culpabilidad de la persona imputada, esto es, que tenga capacidad para comprender la ilicitud de sus acciones u omisiones y capacidad para determinarse conforme a esa comprensión. Implica también, que la persona estaba obligada a motivarse en el respeto de la norma y que podía efectivamente hacerlo.

Resulta relevante para la acreditación previa de culpabilidad, que sean superados tres elementos:

- 1.- La capacidad de culpabilidad o imputabilidad.
- 2.- El conocimiento actual o potencial de injusto.
- 3.- La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

Si no concurren cada uno de estos requisitos no existe culpabilidad, y por lo tanto, el autor de un injusto (acción típica y antijurídica) no puede ser responsable penalmente.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, citando a su vez a la Sala Constitucional ha indicado con respecto a la máxima en análisis: “[...] *La fundamentación de la pena, efectivamente debe estar conformada por el análisis de las condiciones subjetivas y objetivas de los hechos, la intensidad y la magnitud de sus implicaciones, así como por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con estos últimos, ya ha sido criterio de esta Sala su importancia, en particular al momento de determinar en sentencia el monto de la pena por imponer, en este sentido, en el fallo 0314-2010, de las 08:55 horas, del 30 de abril de 2010, dictado por esta Cámara, se reiteró el criterio jurisprudencial, según el cual “La fijación de la sanción penal no sólo requiere detenerse en el análisis de los aspectos contenidos en el artículo 71 referido sino también, recurrir a parámetros de proporcionalidad y razonabilidad a fin de dotar de un contenido válido la imposición de la pena, porque ese momento resulta ser precisamente el punto álgido dentro del quehacer jurisdiccional en nuestro sistema penal, el momento en el que se individualiza y se concreta el ejercicio del ius puniendi. Es un derecho constitucionalmente tutelado que el imputado conozca claramente los motivos por los que el Estado decide aplicarle una pena privativa de libertad, así como también, las razones por las que el quantum fijado para la aplicación de dicha sanción es razonable y proporcional con el grado de reproche ”.* (Resolución 0710-2005, de las 09:50 horas, del 24 de junio del 2005). La culpabilidad no sólo es un elemento más de la teoría del delito, sino que funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada. Culpabilidad, siguiendo la teoría normativa, que es la que más se ajusta a una visión racionalizadora del derecho penal, significa reprochabilidad, es decir, que la acción que es típica y antijurídica pueda serle atribuida al sujeto como una conducta libre y voluntaria y por ello, pueda serle

reprochada mediante la imposición de la pena prevista para el delito de que se trate. Se parte, para emitir el juicio de culpabilidad, del reconocimiento de una base de libertad en el sujeto para decidir, identificable al menos, como señala C., con su capacidad para recibir los mensajes normativos y adaptar su conducta a los mismos. “[...] La afirmación de que un sujeto que pudo y debió motivarse por la norma no lo hizo, siendo así que cometió una conducta delictiva, equivale a decir que el sujeto pudo y debió llevar a cabo una conducta distinta de la que efectivamente actuó; es decir que el sujeto era libre de decidir si llevaba a cabo o no esa conducta, la adecuada a la norma. Pues bien, la denominada concepción normativa de la culpabilidad hace descansar en esa libertad del sujeto para decidir actuar de un modo u otro; siendo así que actuó en contra del Derecho puede resumirse la pretensión de la concepción normativa de la culpabilidad en que el sujeto pudo y debió actuar conforme a Derecho. No parece adecuado a un Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se motivó aunque no pudiera haberlo hecho; esto es, a quien no tuvo la capacidad de optar entre llevar a cabo la conducta adecuada a la norma, motivándose por ella, o a la contraria, no motivándose. En cualquier caso estamos frente a un sujeto que pudo y debió actuar de manera distinta. Que pudo, esto es que tuvo la posibilidad física. Y que debió, esto es que el ordenamiento le exigía haber llevado a cabo esa otra conducta. Las expresiones ‘pudo’ y ‘debió’ nos conducen a la existencia de la infracción a un deber, del deber de obligación al que nos hemos referido con anterioridad [...]” (**CARBONELL MATÉU** , Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996 p.212). Surgen varios presupuestos que hacen de la culpabilidad una exigencia ineludible en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales: **i)** se es culpable si se tiene la capacidad de comprender – en general- el carácter ilícito o no de las conductas; **ii)** se es culpable además si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente el comportamiento que se adecue o que no lesione la

norma; iii) si se escoge libremente la conducta transgresora, la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona a sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer. En esta operación cobran relevancia los fines de la sanción definidos por el legislador, que deben ser considerados para el desarrollo de la individualización de la pena que también es una garantía que parte, indeclinablemente, del respeto al principio de legalidad, de modo tal, que al fijarla no puede obviarse aquélla que el legislador ha definido para la conducta de que se trate, porque en el estado actual de nuestro sistema el juez no puede desvincularse del dato legislativo, ni puede seleccionar o variar la sanción según su mejor criterio, de manera que la dimensión del juicio de reproche, anticipado por el legislador en los extremos mínimo y máximo de la pena establecida, debe realizarse dentro de esos márgenes y ateniéndose a los lineamientos del numeral 71 del Código Penal. La culpabilidad normativa, obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento del hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanto mayor reprochabilidad, mayor pena. La individualización de la pena -adecuar la sanción al nivel de reproche que corresponda hacer al individuo responsable- implica realizar un esfuerzo de concreción y de análisis de las características de esa persona, que ayudan a imponer la pena justa y proporcionada a su culpabilidad.”

Sala Constitucional, 1438-92, de las 15:00, del 2 de junio de 1992.” (Sala Tercera, Resolución 264-2011).

Resulta diáfano que la culpabilidad como tercer componente de la teoría del delito, tiene dentro de sus elementos la exigencia de valorar que el individuo posea capacidad de culpabilidad, el conocimiento actual o potencial del injusto y que ostente la libertad de elegir actuar conforme a derecho y con base en estos criterios sopesar la reprochabilidad correspondiente a dicha culpabilidad.

Por otra parte, cuando se valoran las circunstancias reales de la comisión de un delito culposo, usualmente no existe un planeamiento sino que la falta al deber de cuidado se origina en las circunstancias mismas e incluso, en ocasiones corresponde a una decisión de décimas de segundos. Las decisiones que se toman en medio de una cirugía médica o en la conducción de vehículos, verbigracia, responden a una deliberación rápida lejano a una etapa preparatoria como lo describe el *iter criminis*, no existe una ideación ni un verdadero planeamiento, sino que la ejecución responde a una valoración veloz.

En el caso del médico que comete una mal praxis, sus intenciones son incluso benignas, de lo contrario no estaríamos en presencia de un delito culposo sino de delito doloso, en cuyo caso debe dársele un trato diverso a los hechos. Esto es, cuando se efectúa una intervención médica inadecuada en la que se cometió una lesión por falta al deber objetivo de cuidado, la intención del galeno no era lesionar a su paciente sino efectuar una cirugía que le sanara de su aflicción, pues si efectúa el procedimiento con la intención de cometer una lesión en el paciente, entonces no sería un delito culposo, sino que su *animus laedendi* debe ser asumido como doloso, como mínimo a título eventual. Este hecho entonces debe valorarse desde la comisión de un delito de lesiones, ya sean leves, graves o gravísimas. No obstante, lo que nos ocupa son los hechos cometidos con culpa, en cuyo caso, conforme al Principio de Culpabilidad y la

Seguridad Jurídica resulta excesivo hablar de una reprochabilidad que merezca una pena privativa de libertad.

La culpabilidad con la que actúa una persona en un delito culposo es muy baja y no existe proporcionalidad entre su intencionalidad y la respuesta estatal a su ánimo. Pese a que el resultado le es reprochable al autor debido a que pese a ser previsible y evitable, el autor escoge un medio de acción que falta al deber objetivo de cuidado, ya sea por negligencia, impericia o imprudencia; es determinante resaltar que el resultado no era querido por el autor y que además, el autor pudo creer que aunque posible el resultado no iba a materializarse.

Sancionar penalmente a un ser humano por la elección errónea de un medio de acción es realmente contradictorio con la seguridad humana, por el contrario, genera una incertidumbre sobre la responsabilidad en la que puede incurrir una persona si yerra. Se castiga el error, el cansancio, las largas jornadas laborales, los conflictos personales, la depresión, la angustia, la duda, el olvido, la confusión; y se exige del ser humano un funcionamiento robótico perfecto, sin espacio para la equivocación, porque la política estatal castiga con cárcel la humanidad misma. Desde una perspectiva objetiva, ningún individuo está exento de cometer un error con resultados lesivos y por tanto, podría estar sujeto a un peligroso azar de circunstancias que lo coloquen ante una sanción penal.

El mismo estado que establece jornadas laborales excesivas a los médicos y a los conductores de autobuses y les somete a un cansancio extremo, les sanciona con pena privativa de libertad si en el ejercicio de su labor causan una lesión física o la muerte a un tercero. Es ciertamente un absurdo.

Aunado a ello se sanciona conforme al número de víctimas, por lo que se castiga el resultado y no la acción. Si lo que se penaliza es el resultado, ya sea en la magnitud de la lesión física o el número o de víctimas, se castiga realmente un aspecto azaroso. De una acción imprudente como un accidente automovilístico,

puede que no resulten lesionados, puede que sólo hayan lesiones, es posible que resulte una persona fallecido y también cabe la posibilidad que resulten varias personas muertas. ¿Cómo puede un ser humano poseer el control del resultado? En los delitos culposos, el resultado es siempre producto de la ventura y ese aspecto que escapa de sus manos posee una pena de cárcel, lo cual es evidentemente desproporcionado.

3.5.3 Resocialización por falta al deber de cuidado

La pregunta menesterosa es: ¿Es necesario el internamiento en una prisión para lograr que una persona sea más cuidadosa?

El ordenamiento penal debe sancionar conductas subsumibles dentro de la norma descrita en el tipo penal, cuando esa acción en sentido jurídico es culposa, la finalidad de la pena no puede ser una resocialización destinada a apartar al individuo de prácticas socialmente contrarias o hacerlo desistir de elecciones que conculcan la ley, la única pena posible para un delito culposo es interiorizar en el sujeto activo un “cuidado debido” en sus acciones diarias. El infractor culposo debe aprender entonces a ser más cuidadoso, de lo contrario la pena para estos delitos es llanamente un castigo por su imprudencia.

Para conseguir que una persona sea más cuidadosa la cárcel es inadecuada, impertinente y poco formativa; en general, es imposible pensar que el sujeto saldrá en mejores condiciones humanas luego de descontar una pena de prisión por una conducta culposa. No es la forma en la que un sujeto se convertirá en mejor cirujano, mejor enfermera, mejor conductor o menos torpe en sus acciones cotidianas.

Por el contrario, una persona condenada por un delito culposo deberá ser sometida al internamiento intracarcelario junto a otros sujetos que han sido

condenados por delitos graves y violentos. No existe un módulo especial destinado a albergar a los sentenciados por delitos no dolosos, sino que su “tratamiento” consistirá en el mismo aplicable a quien haya cometido crímenes incluso sanguinarios.

CAPÍTULO 4:

INICIATIVAS EN COSTA RICA CON EL FIN DE SUPRIMIR LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE LOS DELITOS CULPOSOS Y LOS DELITOS PATRIMONIALES SIN VIOLENCIA

Capítulo 4:

Iniciativas en Costa Rica con el fin de suprimir las penas privativas de libertad de los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia.

En este capítulo se exponen y argumentan las posibles iniciativas previas en Costa Rica para despenalizar los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin violencia.

Debido a que Costa Rica es un país altamente penalizado, en el que la mayoría de conductas disvaloradas poseen una consecuencia punitiva, ha sido realmente difícil la existencia de tendencias despenalizantes.

4.1. Costa Rica y el punitivismo.

La tendencia costarricense ha sido la penalización como respuesta a conductas sociales no deseadas. Ante la ausencia de una exclusión legislativa de los delitos de nimia lesividad, durante los años 2004 a 2009, el Ministerio Público hizo un uso más abierto y efectivo de los Criterios de Oportunidad, otorgando este instituto a todos los delitos contra la propiedad de escaso valor pecuniario en los que no mediara violencia física y en los delitos de agresión con arma en los que no existiese efectivo contacto del objeto con la corporeidad de la víctima.

Antes de marzo del año 2009, los Hurtos y Daños cuya pena monto no superara la mitad de un salario base se ubicaban como contravenciones y su sanción oscilaba entre tres a treinta días multa. No obstante, a partir de la fecha indicada, los Hurtos y Daños independientemente del quantum pasaron a ser delitos con pena privativa de libertad.

Surgió una severa presión mediática en contra de estas concesiones, lo cual provocó que el Ministerio Público emitiera una nueva política de persecución

penal, en la que se prohibió a los fiscales emitir Criterios de Oportunidad en la mayoría de los supuestos.

A partir del 22 de abril de 2009 se creó en Costa Rica el Proceso Expedito de Flagrancia, con la finalidad de resolver de inmediato los procesos en los que el imputado era detenido en flagrante delito o inmediatamente después del hecho delictivo, creando con ello, tribunales que en la práctica se avocaron a resolver delitos de poca monta.

Para finales del año 2007 e inicios del año 2008, hubo una serie de críticas al Poder Judicial acerca del tratamiento realizado a los imputados sorprendidos en flagrancia. Se llegó al convencimiento público de la existencia de una impunidad institucional, en primer término por la aplicación de criterios de oportunidad a acciones que lesionaban el patrimonio y la tranquilidad ciudadana; en segundo lugar, debido a la falsa creencia que las sustracciones menores de doscientos cincuenta mil colones no eran atendidas debido a que eran contravenciones; y, como tercer aspecto, en publicaciones periodísticas se determinaban casos de personas con reincidencia policial y que obtenían la libertad de inmediato al ingresar en el sistema judicial, mediante lo que se denominó “puerta giratoria”.

La presión mediática llevó a la creación de los Tribunales de Flagrancia, en los que se pretendió el juzgamiento de estos delitos en pocos días, también incluyó la necesaria modificación de los presupuestos para imponer prisión preventiva, siendo la comisión del delito en flagrancia una causal para imponer prisión preventiva.

En la práctica, un elevado porcentaje de los delitos asumidos por el Proceso Expedito de Flagrancia corresponde a robos de alimentos básicos cometidos por sujetos de un bajo estrato económico en contra de las grandes empresas de supermercados, nacionales e internacionales. De esta forma, lo que antes fue conocido como hurtos famélicos, en pocos días pasaron a ser conductas perseguidas y sancionadas por la ley penal.

Ante esta realidad social y política, es realmente difícil hablar de procesos o iniciativas de despenalización.

4.2. Iniciativas de despenalización en Costa Rica.

Conforme a lo señalado, no es extraño que no fuese posible ubicar proyectos de ley e iniciativas de despenalización de los delitos contra la propiedad sin violencia ni de los delitos culposos. No se encontró ningún proyecto de despenalización en este sentido.

Sobre algún tipo de movimiento despenalizante, sólo se halló un proyecto de ley promovido por el Colegio de Periodistas destinado a eliminar los delitos contra el honor, al cual no se le ha dado ningún interés legislativo. También se ubicó al menos un movimiento para la despenalización de los delitos relacionados con la venta de droga, en especial, destinados al consumo de la Marihuana (*cannabis sativa*); así como la promoción de la despenalización del aborto. Los cuales no son el objeto de este trabajo.

4.3. Iniciativas de despenalización en otros países.

4.3.1 Iniciativas de despenalización de los delitos culposos en otros países.

Dentro de la búsqueda efectuada para hallar iniciativas de despenalización de los delitos culposos en otros países, fue posible ubicar solamente propuestas parciales de eliminación de éstos delitos en México, Guatemala y España.

En Guatemala existe una tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho de la Universidad de San Carlos, la cual concluye y recomienda lo siguiente:

“CONCLUSIONES

1. *La figura de la despenalización, propuesta por los dogmáticos de la pena en el derecho penal, debe entenderse como la decisión de disminuir o eliminar las penas de ciertas figuras delictivas a las que, como consecuencia, se fijan medidas alternativas, misma situación que no se aplica en Guatemala.*
2. *Resocialización es una expresión que fuera del marco sistemático carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de prefijo “re” (readaptación; re-inserción; re-educación; re-personalización; etc.) que, en definitiva, pretenden que la prisión puede mejorar algo, teniendo en cuenta que el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante y no ha sido muy eficaz ni eficiente.*
3. *La filosofía carcelaria y penal que utiliza el prefijo “re”, no constituye utopías sino más bien absurdos. Las mismas, tales como la rehabilitación no llegan a constituir verdaderas ideologías en sí mismas, sino se quedan en terminología inaplicable, es decir, únicamente prefijos.*
4. *Los delitos de tránsito en Guatemala, representan una de las formas en que el Estado no actúa en forma adecuada para proteger un bien jurídico tutelado, son más bien, la manera en que se aplican en un sistema de penas obsoleto que evidencia la poca modernización del Estado en cuanto a sus elementos penales.*

RECOMENDACIONES

1. *Que los legisladores profundicen en las conductas que hasta la fecha se han penalizado en cuanto a las actividades de tránsito, por tanto amerita, determinar aquellas en las que se esté procediendo a sancionar severamente y de aquellas que realmente lo ameritan y no se penalizan.*
2. *Que el Congreso de la República despenalice por las razones expuestas en el trabajo de investigación, los delitos vinculados con el tránsito.*

3. *Es preciso que se realice un estudio a través del Congreso de la República de Guatemala para hacer énfasis en las penas de multa, toda vez que como se expuso en el apartado correspondiente, se logra una prevención general así como especial, contrario al encierro en centros penitenciarios de donde únicamente podrá perjudicarse al condenado.” (MAZUL AQUINO, Estela. “Propuesta de despenalización de los delitos de Tránsito”. Tesis de Grado para Optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de San Carlos, Guatemala,2007).*

Por su parte, en México se despenalizó la conocida mal praxis médica en todos aquellos casos en los que la víctima autorizó la intervención.

*“De esta manera, luego de someter el tema a votación, la **Cámara de Diputados** aprobó por unanimidad modificar la **Ley General de Salud** para que no se consideren como conductas delictivas los actos médicos que ocasionen un daño o la muerte del paciente, siempre y cuando preceda consentimiento expreso de los riesgos.*

*En este caso, la minuta fue enviada al **Senado** para su análisis, discusión y eventual aprobación, con lo cual **quedaría despenalizado el acto médico en nuestro país**. A su vez, los diputados aprobaron añadir el **artículo 470 bis** a la **Ley General de Salud**, en el que se establece que cuando la conducta sea realizada por profesionales, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas, conforme a la **lex artis ad hoc**, y se tenga como resultado alguna lesión o pérdida de la vida del paciente, se actuará conforme a lo dispuesto en el **Código Penal Federal**.”.*
(<https://www.saludiarario.com/diputados-aprueban-despenalizar-el-acto-medico/>)

Se desprende de lo anterior que en todos aquellos casos en los que el paciente haya autorizado o consentido de manera expresa asumir el riesgo, se extrajo del ámbito penal las consecuencias de lesiones o muerte, no obstante, si no existe ese consentimiento previo, se aplicará el Código Penal Federal que establece la imposición de hasta un cuarto de la pena establecida para los delitos dolosos en caso de comisión de un delito culposo y la consecuente inhabilitación para ejercer la profesión de hasta tres años. De modo, que sólo se eliminó una parte de los delitos culposos, manteniéndose las demás figuras.

En España se varió la penalización de los delitos culposos en una reforma acaecido en el año 2015, dejando por fuera de la represión penal los delitos culposos cometidos con culpa leve, pero manteniendo áquellos cometidos con culpa “leve grave” y “grave”.

“ En lo que respecta a las lesiones imprudentes, el art. 152 CP castiga, en su apartado primero, con diferentes penas, la causación por imprudencia grave de las lesiones descritas en los arts. 147.1, 149 y 150 CP y en su apartado segundo, la producción por imprudencia menos grave de alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 CP, quedando impune la conducta si se causara el resultado del art. 147.1 CP (aspecto éste que ha sido modificado finalmente en el texto proyectado que se comenta). Ello ha conllevado, no obstante, la imposibilidad de acudir a la vía penal tratándose de las lesiones del art. 147.2 (que no conllevan tratamiento médico quirúrgico), ya sean imputadas a título de imprudencia grave o menos grave y, tratándose de imprudencia menos grave, aun cuando se tratase de las lesiones previstas en el art. 147.1 CP (recordemos que éstas ya conllevan tratamiento médico-quirúrgico posterior a una primera asistencia facultativa) o se ocasionare cualquier tipo de resultado por imprudencia leve. Supuestos que, en la práctica, constituyen el grueso de los accidentes de tráfico que, de este modo, no podrán contar con el dictamen pericial del forense judicial. De ahí el problema práctico que se suscita.

Parece pues que el legislador introdujo con esta reforma de 2015, un nivel

medio de imprudencia que engloba parte de las que anteriormente se consideraban leves pero que también se nutre de algunos supuestos de menor gravedad que han sido extraídos del concepto de imprudencia grave. No puede ser de otro modo cuando el total que antes se repartía en dos porciones pasa a dividirse en tres. A tenor de ello puede decirse que, realmente, se despenalizaron sólo parcialmente los casos de imprudencia leve, quedando aun dentro del ámbito punitivo las imprudencias leves más graves, si se pudiera expresar así, integradas en esta especie de imprudencia de grado medio. La imprudencia menos grave supondrá, de este modo, un plus respecto de la despenalizada imprudencia leve sin que quepa hacer una subsunción de una en la otra". (DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva. "Reflexiones sobre la Técnica Legislativa y la Reforma Penal de la Imprudencia en Supuestos de Conducción de Vehículos a Motor", Artículo Universidad de Jaén, España, 2018. En Dialnet-ReflexionesSobreLaTecnicaLegislativaYLaReformaPena-6859391.pdf)

Pese a lo señalado, los delitos culposos siguen siendo penados con cárcel en todas las legislaciones, con excepción de lo indicado en cuanto a delitos de mal praxis médica en los que el paciente ha asumido de forma expresa el riesgo de la intervención médica en México y; en España, han sido excluidos de la legislación penal los eventos cometidos con culpa leve.

4.3.2 Iniciativas de despenalización de los delitos contra la propiedad sin violencia en otros países.

Al igual que en Costa Rica, no se logró determinar que existiese en otras latitudes reformas legales que eximieran de penas privativas de libertad los delitos contra el peculio ajeno. Tampoco fue posible encontrar proyectos de ley o movimientos encaminados a la despenalización de este tipo de delitos.

CAPÍTULO 5:

MEDIDAS ALTERNAS A LA CÁRCEL COMO PENA PRINCIPAL DE LOS DELITOS CULPOSOS Y LOS DELITOS PATRIMONIALES SIN GRAVE VIOLENCIA

Capítulo 5:

Medidas alternas a la cárcel como pena principal de los delitos culposos y los delitos patrimoniales sin grave violencia.

La acción de sistema penal debe realmente constituir la última ratio, no como un discurso vacío sino como una verdadera aplicación excepcional y que sea exclusivo de casos en que no exista ninguna opción de aplicación de otras disciplinas para solucionar el conflicto.

Al efecto, deben implementarse sanciones diversas a la prisión y dejar el internamiento carcelario para delitos graves o casos específicos en los cuales las sanciones primarias diversas a la prisión no surten el efecto deseado.

5.1 Pena privativa de libertad como última ratio.

La pena privativa de libertad solo debe ser aplicada cuando el conflicto no puede ser solucionado por otra vía menos gravosa. En este sentido, vale la pena traer a colación lo que Pablo Milanese, establece como principio de intervención mínima, a saber:

“En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social. Es el postulado de la “máxima utilidad posible” con el “mínimo sufrimiento necesario. Del principio de intervención mínima es

posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del ius puniendi del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado.” (Milanese P. (sf) El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima).

En el contexto penal costarricense e incluso latinoamericano se destaca la caótica e insostenible situación del modelo punitivo actual. La sobrepoblación en las cárceles manifiesta en el hacinamiento; los costos de manutención de la población privada de libertad; la carencia de mecanismos que permitan dar seguimiento al imputado una vez que deja los centros de internamiento; pero en especial la falta de políticas resocializadoras o más bien socializadoras que den sentido al sistema penal; tornan en una emergencia la necesidad de una reforma en cuanto al modo en que se pretende sancionar al infractor; al modo en que se pretende ejecutar la sanción impuesta y a la forma en que se debe dar seguimiento al individuo para garantizar no sólo su bienestar, sino también la seguridad ciudadana.

El encarcelamiento como pena principal y exclusiva, no es en sí mismo una solución al problema de criminalidad ni nació con dicha finalidad. Motivo por el cual, es hora de superar esta práctica, e intentar otros mecanismos que resulten no sólo más humanitarios, sino también mas efectivos en la socialización de las personas que han entrado en conflicto con la normativa penal positiva.

La propuesta de ejecución penal de los países nórdicos ha resultado efectiva debido a su acoplamiento integral con su realidad social. No solo incluye establecimientos penitenciarios más agradables y cercanos a la libertad, con limitaciones mínimas de la libertad de tránsito, sino que incluye algo más poderoso

y eficaz en su terapia de resocialización: la obligatoriedad de trabajar, estudiar y recibir formación espiritual.

La conjugación de estos tres elementos es la clave para un cambio efectivo, se retoman valores indispensables en la formación del individuo que necesariamente si los interioriza, lograra mejores resultados que el encarcelamiento.

En Costa Rica se posee la falsa concepción de que los privados de libertad tienen como única función “descontar la pena”, estimándose la limitación a su derecho de libre tránsito como la única pena posible a imponer. La obligación de aprender, trabajar, adoptar principios y valores o formación espiritual se ha considerado inconstitucional, de modo que es prácticamente imposible esperar un resultado positivo de la sanción.

5.2 Sanciones diversas a la privación de libertad en los delitos culposos y delitos contra la propiedad sin violencia.

Debe realizarse un cambio medular del sistema penal y no sólo penitenciario. Resulta urgente despenalizar los delitos culposos y los delitos contra la propiedad en los que no ha mediado violencia, creando para ellos mecanismos de sanciones exclusivamente administrativas, civiles y económicas; que permitan resarcir el daño a la víctima.

Siguiendo la línea de pensamiento que se ha expuesto en la presente tesina, se debe concretar la propuesta que se considera idónea como consecuencia de los ahora denominados: delitos culposos y delitos patrimoniales sin violencia; para lo cual, se propone lo siguiente:

Deben los legisladores mediante reforma de ley, derogar del código penal

toda tipificación penal sustantiva de dichas acciones; remitiendo dichas conflictivas a la materia civil y creando en dicha sede un proceso especial cobratorio que se divida en dos fases, siendo la primera de ellas la etapa de acreditación del daño por culpa, imprudencia o falta al deber de cuidado; o bien por detrimento del patrimonio de quien sufra el menoscabo; y una segunda etapa en la cual, se liquiden, cuantifiquen y ejecuten los daños, perjuicios y costas generados por el actuar del infractor. Haciendo recaer sobre los bienes del demandado una anotación preventiva o decreto de embargo, con el cual se satisfagan las pretensiones del sujeto que sufre el daño. Sea que concretamente lo propuesto es crear en materia civil, una vía o proceso especial, que al igual que en los procesos de tránsito, conozca no solo de la culpa sino que además permita pasar de inmediato a conocer las consecuencias civiles como si fueran una deuda reconocida; sea que se convertiría en una “mixtura” entre un proceso penal (para la acreditación de la acción reprochable) y un proceso civil (para la cuantificación y ejecución de embargos). Sede que no solo debería ser instruida por los principios de oralidad, inmediatez y contradicción que nutren el derecho penal, sino que además, sea de conocimiento de un tribunal colegiado para evitar el desgaste de las múltiples instancias; lo cual le convertiría en una vía realmente expedita y efectiva.

Debe tomarse en cuenta que en la actualidad, tanto los delitos culposos como los delitos patrimoniales sin violencia; en la práctica están casi despenalizados, pues es remotamente posible el que imputado deba descontar por alguna de estas causas; motivo que lejos de desvirtuar la presente tesis, engrosa el razonamiento realizado, pues acredita lo innecesario de mantener estos conflictos en la sede penal con todas las implicaciones que ello conlleva y que han sido ampliamente expuestas en capítulos anteriores.

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 6

Conclusiones y Recomendaciones

Luego de haber realizado la investigación sobre la viabilidad de un Derecho Penal sin la existencia de penas privativas de libertad, en específico, extrayendo dichas penas desde la formación misma de las leyes para los delitos culposos y patrimoniales sin grave violencia, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

Conclusiones:

- El génesis de la prisión no se fundó en torno a la resocialización del condenado sino con la intención de castigarlo, disciplinarlo y someterlo al control social. Posterior a ello, se han creado diversos discursos “justificantes” para mantener su existencia como sanción a conductas que no se ajustan a una respuesta estatal tan severa como la privación de libertad.

- El costo para la sociedad del internamiento carcelario es excesivo, se ha calculado que el gasto es aproximadamente de 300 dólares americanos per cápita al mes, lo cual representa una carga económica severa sobre la población y que en muchas ocasiones, culmina siendo mayor al monto perjudicado a las víctimas. Aunado a ello, el procedimiento penal es sumamente costoso, cada proceso requiere de la movilización del aparato estatal, incluyendo el salario de los funcionarios públicos, el uso de las edificaciones, los servicios públicos involucrados y la documentación utilizada, de modo que cada proceso tiene un costo millonario para afrontar delitos de nima lesividad económica.

- En los delitos de poca lesividad pecuniaria, la respuesta punitiva resulta excesiva en términos de días de encarcelamiento y hasta irrisorios, en los

casos que se efectúa el juicio como un mero proceso para dictar sentencia condenatoria sin una ejecución material de la pena. Por lo que sería más adecuado un proceso que realmente fomente la reparación de la pérdida sufrida por la víctima y represente una sanción más educativa y edificante para quien se encuentra en conflicto con la ley.

- El infractor culposo posee control sobre la acción, la cual se disvalora por la falta al deber de cuidado, ya sea por negligencia, imprudencia, impericia o desobediencia a reglamentos o leyes que estipulan la forma en que la que se debe actuar. No obstante, el disvalor del resultado que se encuentra incluido en la pena a aplicar, no se encuentra bajo el control del infractor sino que responde a aspectos azarosos. Debido a que el autor no puede ejercer ningún control sobre el resultado ni la magnitud del daño – como sí sucede en los delitos dolosos - el reproche sobre el resultado con pena privativa de libertad deviene en excesivo y desproporcionado.

- La legislación costarricense es altamente punitivista, la respuesta estatal frente al populismo punitivo es obediente y consecuente con la presión de las masas y los medios de comunicación. Ante lo cual, no existen iniciativas legislativas dirigidas a la despenalización de los delitos culposos ni de los delitos contra la propiedad en los que no media violencia, por el contrario, desde el año 2009, los delitos de Hurto y Daños se configuran independientemente del monto del daño causado.

- Las víctimas de los delitos culposos y los delitos contra la propiedad en los que no ha mediado violencia, pueden ser resarcidas mediante un proceso de reparación económica que no posea penas privativas de libertad.

- Las consecuencias civiles tanto en la actualidad como en el supuesto de la despenalización de los delitos culposos y patrimoniales sin violencia, dependerán de la existencia de patrimonio del demandado civil; por cuanto la despenalización sugerida, no afectará ni perjudicará en nada el derecho de las víctimas de ser resarcidos.

Recomendaciones:

- Se recomienda mediante reforma de ley, derogar del código penal vigente toda tipificación penal sustantiva de los delitos culposos y los delitos contra la propiedad sin violencia.

- Debe crearse un proceso especial cobratorio dentro de la vía civil para el conocimiento de las infracciones que hasta ahora se han denominado delitos culposos y delitos patrimoniales en los que no ha mediado violencia, la cual se divida en dos fases, siendo la primera de ellas la etapa de acreditación del daño por culpa, imprudencia o falta al deber de cuidado; o bien por detrimento del patrimonio de quien sufra el menoscabo; y una segunda etapa en la cual, se liquiden, cuantifiquen y ejecuten los daños, perjuicios y costas generados por el actuar del infractor. Dentro de este proceso debe hacerse recaer sobre los bienes del demandado una anotación preventiva o decreto de embargo, con el cual se satisfagan las pretensiones del sujeto que sufre el daño.

- La nueva sede propuesta debe instruirse por los principios de oralidad, inmediatez y contradicción que nutren el derecho penal y debe ser de conocimiento de un tribunal colegiado para evitar el desgaste de las múltiples instancias; lo cual le convertiría en una vía realmente expedita y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO MATAMOROS, M. La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense, disponible
en: revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13365/12632

AGUDELO BETANCURT, N. La Revolución Francesa y los Fundamentos del Derecho Penal Moderno: Beccaria y la Ilustración,
en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/4152/3396>

(ACNUDH) Alto Comisionado de las Naciones Unidas

AMARTYA SEN. Development, rights and human security. En: Human Security Commission.

ARAUJO Jr. JOAO M. Los grandes movimientos actuales de la Política Criminal (aspectos),
en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344063735?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1986_1439.pdf&blobheadervalue2=1288777103190

AROCENA, G. (director), El tratamiento penitenciario. Resocialización del Delincuente, Buenos Aires, Hammurabi, disponible
en: http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc16.pdf

ARROYO ZAPATERO, L. Política Criminal y Estado de Derecho en las Sociedades Contemporáneas.

(AGNU) Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 55/106, de 4 de diciembre de 2000.

- ÁVILA HERRERA, J. El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente Siglo. Problemas, Orientaciones, Retos, Perspectivas, disponible en: http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf
- BARATTA A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Introducción a la Sociología Jurídico Penal.- 1ª ed. 1ª imp.- Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.*
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. Derechos Fundamentales y Derecho Penal, Revista de Estudios de la Justicia, No. 9, año 2007, disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/html/media/derechofundamentalypenal.pdf>
- BERGALLI, R. (coord.) (2003), Sistema Penal y Problemas Sociales. Valencia: Ed. tirant lo blanch.
- BERGALLI, R. et. al. (1983), El pensamiento criminológico. Un análisis crítico. Barcelona: Ed. Península.
- BORJA, E. Sobre el Concepto de Política Criminal. Una aproximación al significado desde la obra de Claus Roxin, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>
- BOTTOMS en su obra *The Philosophy and politics of punishment and sentencing*
- BRANDARIZ GARCÍA, J. (2007). Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación, Editorial Comares, Granada.
- BURTON-ROSE, D./PENS, D./WRIGHT, P. (1998), "The new politics of crime". En *The ceiling of America. An inside look at the U.S. Prison Industry*. Monroe, Maine: Common Courage Press (pp. 6-27).

CARDONA, N. (2012, diciembre). Algunos postulados de políticas públicas como potenciadores de la seguridad humana. *Revista cultura investigativa*. Recuperado de https://revistaci.weebly.com/uploads/1/5/6/0/15607460/04._polticas_pblicas.sanchez.pdf

CHRISTIE, N. (1993), *La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto?*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

COBO TÉLLEZ, S. Capítulo 16, Derecho de Ejecución de la Pena, disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAPÍTULO%2016.%20MANUAL%20Reforma%20Enero2014.pdf>

CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA.

CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA.

COMISIÓN DE LA SEGURIDAD HUMANA DE LA ONU

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA.

CUBAS, I. (noviembre, 2014). La Carcel en el antiguo Egipto. *El templo de Seshat*. Recuperado de <https://eltemplodeseshat.blogspot.com/2014/11/la-carcel-en-el-antiguo-egipto.html>

DAVID GARLAND: *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005.

DAVIS, Y. A. (2016). *Democracia de la abolición: prisiones, racismo y violencia*, Editorial Trotta, Madrid.

DE GIORGI, A. (2004), *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control* (trad. M. Monclús/I. Rivera). Barcelona: Virus Editorial.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. Presupuestos fundamentales del Derecho Penal,
disponible en: <https://previa.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/38.pdf>

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL, disponible
en: http://bv.ujcm.edu.pe/links/cur_derecho/ModEjecucionPenal.pdf

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. (2018). *Reflexiones sobre la Técnica Legislativa y la Reforma Penal de la Imprudencia en Supuestos de Conducción de Vehículos a Motor*. Artículo Universidad de Jaén, España. Recuperado de: Dialnet-ReflexionesSobreLaTecnicaLegislativaYLaReformaPena-6859391.pdf

DULITZKY, A. (2008). Pobreza y Derechos Humanos en el sistema Interamericano algunas aproximaciones preliminares. revista IIDH, ISSN 1015 - 5074, 107-134.

FERRAJOLI L. PALMA M., Descarcelación. Principios para una Política Pública de Reducción de la Cárcel.

FERRAJOLI, L. (sf) "La legalidad violenta.

FERRAJOLI, L. (sf) La democracia constitucional.

FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta (trad: P. Andrés Ibáñez et. al.; publicación original de 1989.

FOUCAULT M. (1976). Poder de soberanía al poder sobre la vida.

FOUCAULT, M. (1986). *Vigilar y Castigar*. Editorial Siglo XXI, Madrid.

GONZÁLEZ PLACENCIA, L. y MORALES SÁNCHEZ, J. Los derechos humanos de las personas privadas de libertad: Fundamentos de la ejecución de la pena y la reinserción social.

GUILLAMONDEGUI, L. Los principios rectores de la ejecución penal,
en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/03/doctrina30055.pdf>

JAITMAN, L. (2017). *Los costos del crimen y la violencia*, BID, Washington. En versión digital: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8133/Los-costos-del-crimen-y-de-la-violencia-nueva-evidencia-y-hallazgos-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf?sequence=8> (consulta realizada el 22 de febrero de 2017)

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1964), *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Ed. Losada.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1964), *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires: Ed. Losada.

MELLÓN, J y TORRENS, X (Edits.): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2016.

MELLÓN, J. (2017). *Terrorismo. Disección de la barbarie*, Tibidabo, Barcelona.

JONES, O. (2012). *Chavs: la demonización de la clase obrera*, Capital Swing Libros, Madrid.

LEAL, L. Y SÁNCHEZ, G. (Setiembre 2000). Consideraciones Epistemológicas al Interior de la Criminología. Luz Repositorio Académico. Volumen 28

LEY DE REGISTRO Y ARCHIVO JUDICIAL DE COSTA RICA.

PAVARINI, M. *Castigar al enemigo*, FLACSO, Quito, 2009.

MATTHEWS, R. (2003), *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Edicions Bellaterra (trad: A. Piombo).

- MAZUL AQUINO E. (2007). "Propuesta de despenalización de los delitos de Tránsito". Tesis de Grado para Optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de San Carlos, Guatemala.
- MEDINA Cecilia y NASH Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007. Ventura Robles Manuel.
- MELLÓN, J. LA SANGRE VALE MÁS QUE EL ORO. ¿Son fascistas las ideas-fuerza de la nueva derecha europea (ND)?
- MELLÓN, J. "Populismo Punitivo en España (1995-2015) Presión mediática y reformas legislativas"
- MILANESE, P. (sf) El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima.
- MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima, disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf
- MIR PUIG, S. Introducción a las bases del Derecho Penal, IBdeF, Montevideo, Buenos Aires, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>
- MIRANDA BONILLA, H. (2016). *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17. Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia.
- MORALES PEILLARD, A. y otros, Estudio Comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas, disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio-comparado-sobre-tribunales-ejecucion-de-penas.pdf>

MORALES, A. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden". Polít. crim. Vol. 7, No 13 (Julio 2012), Art. 3, pp. 94 - 146. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf]

MORRISON, W. (2012), *Criminología, Civilización y Nuevo orden Mundial*. Barcelona: Anthropos Ed.

MUÑAGORRI LAGUIA, I. Sanción Penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social, en: <http://www.defensesociale.org/sancionpenal.pdf>

MUÑOZ POPE, C. Introducción al Derecho Penal, en: <http://www.penjuranpanama.com/v2/images/stories/Revistae/Doctrina%20en%20Derecho%20Penal/1-%20Libros/INTRODUCCION%20AL%20DERECHO%20PENAL2003.pdf>

NÁQUIRA, S. y otros, Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>

NELLIS, M. BEYES, K. and KAMINSKI, D. (2013). "Making sense of electronic monitoring". En: Nellis, M. Beyes, K. and Kaminski, D. *Electronically monitored punishment*, Routledge. New York.

Pavarini, M. (2002). Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.

PAVARINI, M. Menos Cárcel y más medidas Alternas.

PAVARINI, M. (1983), *Control y dominación (Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico)* (trad. I. Muñagorri). México: Siglo XXI.

PECES BARBA Gregorio. *La universalidad de los derechos humanos*.

En https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf

PECES BARBA Gregorio. *Sobre el fundamento de los Derechos Fundamentales.*

En https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12917/sobre_Peces_1989.pdf?sequence=1

PÉREZ DE ARMIÑÓN, K. (2006). El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos. En: Revista Cidob d'afers Internacionals, N° 76, Seguridad humana: conceptos, experiencias y propuestas, Barcelona, España.

(PNUD) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1994). Informe sobre desarrollo humano. Las nuevas dimensiones de la Seguridad Humana. Nueva York: ed. Mundi-Prensa.

PORTILLA CONTRERAS, G. Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/839233.pdf>

RIVERA BEIRAS, I. (2005), *Recorridos y formas de la penalidad*. Barcelona: Anthropos Editorial.

RIVERA BEIRAS, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política(s) penitenciarias*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

RIVERA BEIRAS, I. (2014) Coord. *Delitos de los Estados y los Mercados y Daño Social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*. Barcelona: Anthropos Ed.

RIVERA BEIRAS, I. coord. (2004), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos Editorial.

RIVERA BEIRAS, I. coord. (2005), *Sistema Penal y Política Criminal*. Barcelona: Anthropos Editorial.

RIVERA BEIRAS, I./BERNAL, C. coords. (2004b), *Homenaje a Alessandro Baratta*.
Barcelona: Anthropos Editorial.

ROBINSON, P. El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico. REJ –
Revista de Estudios de la Justicia – No 22 – Año 2015.

RODRÍGUEZ MESA, M. Las Razones del Derecho Penal. Modelos de
Fundamentación y Legitimación, disponible
en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>

ROJAS, R. (Abril, 2018) Diputados aprueban despenalización del acto médico.
Saludario. Recuperado de <https://www.saludario.com/diputados-aprueban-despenalizar-el-acto-medico/>

RUGGIERO, V. (2009), *La violencia política*. Barcelona: Anthropos Ed.

Sala Tercera, Resolución 264-2011

SALAZAR, L. Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Judicial, Costa Rica, no.
109, septiembre de 2013, disponible
en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31081.pdf>

Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto, Teoría del Delito. Aspectos
teóricos y prácticos, en: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/libros/Teoria%20Delito.pdf>

SERRANO PIEDECASAS, J. R. (1998), “La legislación especial o excepcional”.
En *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, op. cit. (pp.97-134).

SERRANO-PIEDRECASAS, J. El conocimiento científico del Derecho Penal,
disponible en: <https://previa.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/38.pdf>

- SILVA PORTERO, C. (Editora), Ejecución Penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/ejecucion%20penal%20y%20DD.HH.pdf>
- SILVA SÁNCHEZ, J. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Civitas, disponible en: http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA_EXPANSION_DEL_DERECHO_PENAL_-_silva_sanchez__jes_s_m_-.pdf
- SILVA- HERZOG MÁRQUEZ, Jesús. La razón populista de Ernesto Laclau
- SILVEIRA GORSKI, H. C. (1998), “La metamorfosis del ‘caso italiano’ (1969 1979)”. En *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona (pp. 69- 107).
- TAYLOR, I./WALTON, P./YOUNG, J. (1977), *La nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada* (trad. A. Crosa). Buenos Aires: Amorrortu Ed.
- VUL, M. (2015). Reflexiones acerca de la violencia en contextos educativos, Justicia Penal Política Criminal y Estado Social de Derecho en el Siglo XXI. Tomo II; Coordinador, Carlos Tiffer, EDIAR, Buenos Aires.
- WIKIPEDIA. (2019). Enciclopedia libre. (Versión electrónica) Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Cárcel_Mamertina
- WIKIPEDIA. (2019). Enciclopedia libre. (Versión electrónica) Recuperado de <https://sites.google.com/site/clasicasallende/griego-ii-1/justicia-en-grecia>
- WIKIPEDIA. (2019). Enciclopedia libre. (Versión electrónica) Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Real_Academia_Española
- ZAFFARONI, E. ALAGIA, A. y SLOKAR, A. “Derecho Penal parte general”.

ZAFFARONI, R. E. (1980), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I,
Buenos Aires: Ediar Ed. (pp.149-160).

ZAFFARONI, R.E. (2011), *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología
cautelar*. Buenos Aires: Ediar Ed.