

LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

MSc. Ligia Jeannette Jiménez Zamora *

ljimenez@Poder-Judicial.go.cr

RESUMEN:

Este artículo presenta una relación entre las principales ideas expuestas por Elena Larrauri (2007) en su libro Criminología crítica y violencia de género y los conceptos más importantes apuntados por Winfried Hassemer (1994) en el artículo El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'. A partir de los textos citados, se considera que muchas de las normas del derecho penal son el resultado legislativo a problemas estructurales en los que previamente debe invertirse como parte de una política integral y preventiva, y en vez de políticas estatales de inversión para la educación, pobreza, deporte y fuentes de trabajo, el populismo punitivo genera miedo, provocando un derecho penal expansionista en vez de un derecho penal mínimo y eficaz. Por último, se presenta un pequeño análisis de dos aspectos puntuales del contexto costarricense y se esbozan algunas propuestas para una sociedad más respetuosa de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: *derecho penal, género, política criminal, inseguridad y criminalidad.*

ABSTRACT:

This article presents a relationship between the main ideas presented by Elena Larrauri (2007) in her book Critical Criminology and Gender Violence and the most important concepts pointed out by Winfried Hassemer (1994) in the article El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'. From the texts cited, it is considered that many of the norms of criminal law are the legislative result of structural problems in which it must previously be invested as part of an integral and preventive policy, and instead of state investment policies for education, poverty, sport and sources of work, punitive populism generates fear, provoking an expansionist criminal law instead of a minimum and effective criminal law. Finally, a brief analysis of two specific aspects of the Costa Rican context is presented and some proposals for a society more respectful of human rights are outlined.

KEYWORDS: *criminal law, gender, criminal policy, insecurity and criminality.*

Recibido agosto 2016

Aceptado 14 de febrero de 2019

* Licenciada en Derecho, UCR; máster en Derechos Humanos, UNED; máster en Administración de Justicia, UNA; doctoranda en Derecho, UNED.

El presente artículo pretende relacionar las principales ideas expuestas por Elena Larrauri (2007) en su libro *Criminología crítica y violencia de género y los conceptos más importantes* apuntados por Winfried Hassemer (1994) en el artículo “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’”, aplicándolos a la realidad costarricense. No se trata de un resumen, sino se analiza cómo esas ideas tienen total vigencia en el derecho penal y procesal penal costarricense.

Larrauri (2007) desarrolla varios temas de forma clara y magistral en los tres capítulos del libro. En el primero, plantea que la desigualdad como causa de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja es una explicación simplificada e inapropiada. A su vez, menciona que establecer que la desigualdad de géneros es el fundamento de esa violencia es desconocer que cada mujer es un ser individual, pertenece a un grupo social y ocupa una posición dentro de esa estructura social.

En el segundo capítulo, desde la perspectiva de la criminología crítica, describe el papel del sistema penal para desmentir sus bondades con respecto a las víctimas y a sus victimarios. Además, realiza una crítica al discurso oficial de las feministas y analiza cómo el derecho penal se convierte no en la última ratio, sino en el primer instrumento para su lucha por la igualdad, lo cual es un error, pues debe obedecer a un enfoque integral del Estado.

Por último, en el tercer capítulo efectúa una crítica a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género de España, analizando esa normativa que tiene penas más severas para el hombre, por lo que se convierte en un derecho penal de autor, cuestionando si eso violenta el principio de igualdad o se justifica por ser una acción positiva.

Por su parte, Hassemer (1994) desarrolla en su artículo las siguientes ideas:

La violencia, el riesgo y la amenaza son fenómenos centrales de la percepción social que provocan consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia y convierten al “delincuente” en un enemigo al que debe aplicársele el derecho penal, ignorando los derechos humanos y civiles como fundamento de ese derecho y del derecho procesal penal moderno.

El papel de la criminología para entender la criminalidad y las posibilidades de comprender esta realidad social.

Del derecho penal y procesal penal se espera la ayuda eficaz que garantice la seguridad de los ciudadanos. Por lo tanto, se experimenta la dureza del derecho penal material y procesal, a partir de una política criminal que surge de la dramatización a que da lugar la violencia, para afrontar el sentimiento de inseguridad.

Los criterios utilizados por la política y el derecho penal “eficaz” son varios; entre ellos, la funcionalidad de la administración de la justicia penal y el criterio metódico de la ponderación de bienes.

Como preguntas claves plantea: ¿Es realmente seria la amenaza? El autor señala que la percepción de esta es un fenómeno político y comunicacional. Ya sea una amenaza estatal, individual o social, no puede consistir en una simple actitud represiva, sino que se deben tener en cuenta las complejas relaciones entre estas.

¿Es verdaderamente eficaz el derecho penal que se preconiza? Una mayor contundencia de los instrumentos jurídicos penales no siempre mejora la idoneidad en la solución de los problemas, en virtud de la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras soluciones jurídicas, estatales o sociales. Además, tiene sus costes, al renunciar a principios fundamentales en un Estado de derecho.

Sobre este último punto, la autora, refiriéndose a las mujeres víctimas de violencia de género, considera que

[...] es preciso apoyar, afirmar y fortalecer la intervención de las instancias intermedias, en especial grupos de mujeres de base, servicios sociales de los Ayuntamientos y centros de asistencia a la víctima, que puedan ayudar a la mujer a resolver sus necesidades y a que esta inicie una vida autónoma y libre de violencia (Larrauri, 2007, p. 137).

De esta forma, se les debe brindar protección a las mujeres sin necesidad de ingresar al sistema penal como única opción.

Así ambos autores tienen posiciones similares desde sus diferentes espacios en los puntos fundamentales de sus exposiciones. Primero, al mencionar que el derecho penal no es la solución de los problemas sociales. Como lo expresa Larrauri (2007), el aumento de las cárceles en vez de un Estado asistencialista no resuelve problemas que no son abordados desde la base. Por lo tanto, creer que al derecho penal se le “considera un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las mujeres” (Larrauri, 2007, p. 19) es parte de un discurso oficial con el que la autora no está de acuerdo.

En relación con este tema, el Estado de la Nación de 2014 establece que para Costa Rica:

[se] aporta nueva evidencia sobre problemas de equidad que generan exclusión social y general áreas conflictivas no resueltas por la política pública [...] Estos resultados demandan políticas diferenciadas. En especial, se necesitan oportunidades de empleo y programas sociales con enfoque de género, para permitir a las mujeres jóvenes que han asumido responsabilidades familiares a edades muy tempranas, acceder a la educación, mejorar su escolaridad, y eventualmente insertarse en el mercado laboral (p. 81).

De esta manera, se observa que la inversión dirigida es necesaria para que grupos vulnerables puedan salir adelante, y eso no implica la producción de normas penales, sino la inversión y creación de políticas sociales y económicas eficientes y eficaces.

Por otra parte, estos autores exponen la importancia de la criminología crítica, señalando que si esta tuviera un lugar importante en las decisiones de la política criminal de un Estado, ya sea en la promulgación de leyes, decisiones del gobierno o normas que se determinan desde la Asamblea Legislativa, probablemente podrían ser menos punitivas y podrían abarcar más problemas sociales. Por tanto, podrían llevar a decisiones que aborden problemas estructurales, con lo cual se mitiga la pobreza, aumenta la posibilidad de educación y se crean mayores centros de recreación y deporte para jóvenes, así como oportunidades de empleo digno para hombres, mujeres y jefas de hogar, ya que la criminalidad “es el resultado de procesos sociales y estatales de definición, no una realidad previamente existente, sino una realidad construida humana e institucionalmente”. (Hassemer, 1994, p. 5).

Así Larrauri (2007) ofrece tres reflexiones criminológicas generales para aplicar al tema de la violencia de género, las cuales pueden explicar los fenómenos de criminalidad actual; primero, “deconstruir” lo que la “realidad” aparentemente muestra, de forma tal que se contextualicen los datos en un marco estructural; como segunda estrategia, suministrar una interpretación adecuada y alternativa para explicar un determinado dato revelado por las investigaciones empíricas. Finalmente, la tercera estrategia consiste en tomar un indicador – la pobreza, la exclusión social, entre otras– como un grupo de alerta de la situación en que se encuentra ese grupo social plagado de problemas.

A partir de lo expuesto, propone realizar políticas específicas para determinados colectivos (Larrauri, 2007), no de forma general, ya que no

todos o todas son víctimas o victimarios, sino dirigidas a grupos específicos para tratar de establecer necesidades y puntualizar ayudas. Esto puede desmitificar la idea de que el derecho penal resuelve problemas sociales, pues en realidad es una respuesta de castigo y puede aclarar la percepción de que son ciertos grupos los que delinquen y no otros o puede permitir observar hacia quién va dirigida la norma penal.

Inseguridad: discurso y derecho penal

Los cambios en materia penal y procesal penal obedecen a reinventar nuevos delitos, agravar penas, violentar el principio de lesividad con bienes jurídicos cada vez más abstractos y establecer delitos de omisión impropia, y para hacerlos efectivos, se difuminan los principios de imputación y culpabilidad.

No se quedan atrás los cambios procesales como procesos especiales de flagrancia, imposibilidad de prescripciones y procesos de criminalidad organizada. En palabras de Gracia Martín (sf), esto diferencia el derecho penal liberal del derecho penal moderno. Este último rompe con los principios garantistas liberales que el primero planteaba y que son propios de la democracia en un Estado de derecho.

Se puede indicar que este derecho penal moderno ha sido establecido por una política criminal sumamente populista, donde se plantean el tema de la criminalidad y la reducción de la inseguridad como uno de sus pilares. Estas políticas criminales son generadas por la élite de la política estatal que legisla para sus intereses. Véase cómo el discurso sobre la criminalidad define el objeto de criminalidad, pero al mismo tiempo, excluye de esta los demás objetos no determinados en el campo discursivo, por lo que detentar el poder de disposición del discurso otorga incluir en la criminalidad a los que no tienen poder y excluir de aquel a la criminalidad propia (Gracia, sf).

Hassemer (1994) comenta que los fenómenos violentos impregnan la capacidad de apreciación social de la mayoría de la población, de forma tal que “La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social” (p. 3), los cuales se intensifican a partir de la difusión de los medios de comunicación que generan miedo a la colectividad y es, a partir de esta inseguridad, cuando se promulgan leyes en el marco del miedo y con la idea de brindar seguridad a una generalidad.

En cuanto a ese mismo tema, Larrauri (2007) lleva a cabo un análisis acerca de la importancia del discurso oficial, el cual normalmente se refleja en las normas, sobre todo en las penales, y cómo este puede tener puntos de vista positivos y negativos para la misma víctima, así como la necesidad de escuchar en este caso otros colectivos feministas de base, a los cuales también les interesa la protección de la mujer contra la violencia, pero con una visión más integral, comprendiendo la importancia del derecho penal y que hay mucho más que ese derecho que, a la larga, pone en una posición de desventaja no solo al imputado, sino también a la propia víctima.

El fenómeno de la inseguridad que se presenta en Costa Rica es abordado por el autor Gracia Martín (sf) cuando refiere que la sociedad es de seguridad objetiva y subjetiva, la cual origina una demanda de seguridad por parte de los ciudadanos al Estado.

Si además a esto se le suma lo falseada que una encuesta puede estar, sobre todo en términos de la visibilidad y reenvío al sistema penal, se determina que ciertos delitos generan inseguridad y, que al ser víctimas colectivas las de los delitos ambientales, económicos y fiscales, esto hace que, en términos de reenvío, no ingresen al sistema judicial y/o de ejecución de la pena y que no estén incluidos dentro de las encuestas, no porque no existan o sus consecuencias sean iguales o más perjudiciales que las de los delitos convencionales, sino porque, en términos generales, tienen poca percepción de la población.

Política criminal

Es necesario tomar como punto de partida el concepto de política criminal como la política estatal de lucha contra el crimen. En ese sentido, dependiendo del tipo de Estado en el que se viva, así será la política criminal que se genere. Por lo tanto, si se parte del numeral 1 de la Constitución Política, se puede identificar que se tienen como base los principios de democracia, libertad e independencia. Sin embargo, cada vez se está más lejos de estos y se puede incluso afirmar que la política criminal de Costa Rica responde a un populismo penal.

En relación con lo anterior, en su artículo Política criminal y demagogia penal: Los efectos del neopunitismo criollo en la seguridad jurídica, Chinchilla (2010) menciona que esta es una forma de acción pública basada en la toma de decisiones o generación de propuestas populares; es decir, de agrado de la población mediante la manipulación de sus emociones con el fin de obtener apoyos y réditos electorales, aun cuando dichas decisiones o propuestas atenten contra el mismo Estado democrático de derecho que auspicia su participación política y que permite difundir sus opiniones por irresponsables que sean.

De acuerdo con la investigadora, un ejemplo de lo anterior fue la creación de los procedimientos expeditos de flagrancia con los que se genera la falsa imagen de que todos los delincuentes deben ir a la cárcel lo más rápido posible para disminuir el crimen y vivir en una sociedad más segura y con menos delincuencia, con violación evidente a la defensa técnica y material y también al derecho de recurrir las medidas cautelares impuestas a un imputado. Las preguntas que surgen son: ¿Qué se sanciona? ¿A quién se está sancionando?

Al respecto, un ejemplo de cómo se justifican los procesos especiales como el de flagrancia, se encuentra en sancionar como delito lo que antes era contravención, es decir, el llamado hurto menor, y es aquí donde cabe detenerse para

observar el retroceso del derecho penal y procesal penal o, más bien, interpretar qué es un derecho penal “eficaz”:

Antes de la reforma legal de la Ley N.º 8720 del 4 de marzo de 2009, la tentativa de hurto menor, ahora hurto simple, no era delito ni contravención, pues no existían contravenciones tentadas.

Las contravenciones por hurto iban al juzgado contravencional, y ahí normalmente se trataba de llegar a una conciliación, en virtud de que si se condenaba, se anotaba la sentencia en la hoja de delincuencia o, en su defecto, se iba a juicio considerando la teoría del caso.

Si superaba la mitad del salario base, el proceso se tramitaba en el Ministerio Público, donde normalmente se solicitaba un criterio de oportunidad por insignificancia o, en su defecto, se llevaba a cabo una audiencia de conciliación para llegar a un arreglo.

Después de la reforma de la Ley N.º 8720, desapareció la contravención de hurto y, en la actualidad, independientemente de si es tentado o consumado, así como de la cuantía, es delito, cuya persecución penal hasta hace pocos meses era no solicitar criterios de oportunidad ni permitir suspensiones del proceso a prueba, además de no poderse conciliar, pues la parte afectada no solo no se presentaba a casi ninguna audiencia, sino que manifestaba, en muchas oportunidades, que no estaba interesada en arreglar la situación, al preferir que se le castigara. Es así como el robo de una lata de atún se convierte en un juzgamiento y, si no se le da el beneficio de ejecución condicional de la pena, se convierte en prisión de un mes y hasta de tres años.

Las personas condenadas corresponden a personas humildes, de escasos recursos, en algunos casos reincidentes, y el sistema penal no les permite una medida alterna. Así, ese es un derecho penal “eficaz”, dirigido a un sector social, donde los presuntos ofendidos siempre son los mismos, y el daño social no es concreto, ya que

hay un seguro que normalmente responde por pérdidas; además de que, por lo general, el delito es tentado y tiene un determinado procedimiento para ser juzgado. Pero socialmente no se cuestiona porque disminuye la delincuencia y se traduce en seguridad social; aunque esos autores en realidad no sean una amenaza para el colectivo.

Desde el 2009, con la misma reforma de Ley N.º 8720 que modificó el numeral 208 del Código Penal, se creó el procedimiento expedito para delitos de flagrancia y es ahí donde se juzgan. Cabe mencionar que algunos de los tribunales de juicio y varios de los tribunales de apelaciones han absuelto aplicando la Constitución Política y el principio de lesividad, aunque, según Hassemmer (1994), se ve cada vez más borroso, al no haber antijuridicidad material ni lesividad. Pero la propia Sala Tercera es la que ha “unificado criterio”, comentando que si el legislador lo estableció como delito, es tal y debe aplicarse¹. Lo anterior evidencia la funcionalidad de la administración de la justicia penal y el criterio metódico de la ponderación de bienes de la que el autor habla.

Desde otra visión, pero siguiendo la misma lógica del derecho penal, Larrauri (2007) desarrolla un concepto creado con anterioridad, el cual tiene vigencia, es decir, empresarios morales atípicos. Usa las dos primeras palabras “para referirse a los grupos sociales que recurren al derecho penal para plasmar su visión de un problema social y que no dudan en aliarse con el Estado para conseguir imponer esta visión” (p. 57). El concepto de atípicos se agregó para referirse a grupos feministas, así:

[los] colectivos feministas tradicionalmente críticos respecto a la manera como el Estado trata a las mujeres han defendido la necesidad de luchar contra el Estado y han sugerido que la solución a los problemas de las mujeres debía provenir de la organización de los propios grupos de mujeres. No obstante, a su juicio, estos han operado un viraje en sus posiciones,

pues cada vez recurren más al Estado en busca de protección (Larrauri, 2007, p. 57).

Esto es lo que ha sucedido en Costa Rica, véase la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589, del veinticinco de abril de dos mil siete, en la cual se establecieron 19 tipos penales que, en su mayoría, ya estaban penalizados de forma general en el Código Penal y, al igual que en España, se refieren a parejas heterosexuales, en virtud de que en Costa Rica, el elemento normativo del tipo penal se refiere al matrimonio y, en nuestro país, no se permite actualmente el matrimonio de personas del mismo sexo.

Ahora bien, en cuanto a las parejas del mismo sexo que se encuentran en relaciones de unión de hecho, tampoco se tutela por medio de la Ley de Penalización, pues para que se considere unión de hecho, según el numeral 242 del Código de Familia, uno de los requisitos es que esta debe ser entre hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, convirtiéndose en un artículo propio del criterio heteronormativo, discriminando de alguna manera a las parejas de lesbianas y homosexuales, como si solo en una relación de hombre y mujer puede haber violencia de género.

A partir de esta cantidad de delitos, muchos de los cuales no tienen la mejor redacción, incluso dos de ellos (maltrato y ofensas a la dignidad) fueron declarados inconstitucionales mediante la resolución 15447 de la Sala Constitucional del quince de octubre de dos mil ocho. Se puede establecer que la intervención del derecho penal mínimo no es una realidad, no solo por la cantidad de tipos penales, sino también por las penas impuestas para cada uno.

Más bien es la idea de Hassemmer (1994) de ese derecho penal “eficaz”, maximizado, pues el derecho penal parece que debe resolver todo, cuando en verdad no disminuye la comisión de los delitos ni resuelve problemas sociales de

desigualdad estructural, pues no tiene capacidad de solucionar, sino de castigar.

Al respecto Larrauri (2007) menciona un concepto que ya se indicó supra para explicar la gran cantidad de delitos: el populismo punitivo que pretende conseguir un objetivo inalcanzable por medio del derecho penal, el cual es para sancionar, no para responder ante un problema social.

En relación con lo anterior, se ha comentado:

[...] solo el derecho penal mínimo es el derecho penal de la Constitución. Y ello porque semejante propuesta es la que representa el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos cuando esa intervención se considere inevitable para responder reactivamente a las gravísimas violaciones de derechos fundamentales (Bergalli, 2010, p. 109).

De repente habrá que cuestionarse si se está alejando de los principios de la propia Constitución cuando se crean constantemente normas penales.

Ambos autores establecen que se es consciente de los riesgos y costes de recurrir al sistema penal. Sin embargo, es el más usado al convertirse en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales. La propuesta de Larrauri (2007) es debatir cuál es el umbral de gravedad y cuáles conductas deben estar en el Código Penal, de lo contrario parece que se adopta un populismo punitivo en vez de políticas estatales de inversión para cambiar la pobreza, dependencia y precariedad de las mujeres. Se busca un derecho penal mínimo y eficaz, contrario a lo que se tiene, y Hassemmer señala (1994) como el expansionismo del derecho penal.

En conclusión, la propuesta de Larrauri (2007) es válida y necesaria, no solo para el tema de violencia

de género, sino como práctica cada vez que se intente promulgar una norma penal, ya que haría necesaria una revisión de las normas existentes en el Código Penal y leyes especiales, su eficacia y la necesidad de variarlas, crear otras o derogar algunas. En su defecto, deben repensarse cuáles pueden ser respuestas a ese problema social que se intenta “resolver” con el derecho penal, y si más bien sus posibles soluciones no están en otra parte, con políticas estatales focalizadas para ayudar a los grupos sociales vulnerables, incluso generando empoderamiento en la propia sociedad para que pueda buscar respuestas de autogestión distintas a los procesos penales.

Además, presenta la posibilidad de acceder y terminar la educación, de encontrar instituciones públicas que direccionen, apoyen y faciliten recursos a migrantes, niños y niñas, indígenas, mujeres, jóvenes y personas adultas mayores para encontrar un trabajo y vivienda dignos, espacios de recreación y deporte. Dispone generar políticas públicas estatales a partir de acciones afirmativas para que grupos en condición de vulnerabilidad dejen de serlo o mejoren su calidad de vida. Considero que así se democratizan más los recursos para todos y todas, pues, parafraseando al señor Fernando Cruz, la mejor política contra la criminalidad es una adecuada política social.

Bibliografía

Bergalli, R. (2010). La cuestión criminal: una aproximación pluridisciplinar. Argentina: Mar del Plata: EUDEM.

Chinchilla Calderón, R. (2010). Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Gracia Martín, L. (sf). Qué es modernización del derecho penal. En: P. Raymond. Antología de Seminario de la Delincuencia no Convencional de la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional. Costa Rica: Universidad Nacional.

Hassemer, W. (1994). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. (8). Recuperado de: cienciaspenalescr.com

Larrauri, E. (2007). Criminología crítica y violencia de género. Madrid, España: Editorial Trotta.

Programa Estado de la Nación. (2014). Informe Estado de la Nación n.º 20. Recuperado de: estadonacion.or.cr

Res. n.º 2013-003016 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas cinco minutos del seis de marzo de dos mil trece.

Res. n.º 956-2013, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y treinta y seis minutos del treinta y uno de julio de dos mil trece.

Constitución Política de Costa Rica. (1949).

Ley N.º 7594. (1996). Código Procesal Penal de Costa Rica con todas sus reformas. Publicada en la Gaceta 106. Costa Rica.

Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589, del veinticinco de abril de dos mil siete. Costa Rica.

Código Familia. Ley N.º 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres. Costa Rica.

Notas al pie

1. Al respecto véase el voto n.º 2013-003016 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas cinco minutos del seis de marzo de dos mil trece; en igual sentido, el voto n.º 956-2013 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y treinta y seis minutos del treinta y uno de julio de dos mil trece.