

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

**LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO DESDE UNA
VISIÓN GARANTISTA. UN ANÁLISIS CRÍTICO Y
REFLEXIVO**

**PROYECTO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO
DE MÁSTER EN DERECHO PENAL**

MARITZA ARIAS MORALES

SAN JOSÉ, AGOSTO, 2019

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi amado esposo, Luis, a mis bellas hijas, Melany y Rachel, por su apoyo y comprensión, por compartir junto a mí en todos los momentos tanto difíciles y exitosos, por la paciencia que tuvieron durante el tiempo que tuve que alejarme de casa, son mi inspiración y la motivación de mi vida que me dan fuerzas para seguir adelante.

A mi madre que partió de este mundo hace ya algún tiempo, quien dejó en mí principios y valores que orientan mi vida cada día, agradezco a Dios el haberme dado una madre tan luchadora y amorosa, quien hizo que dentro de mí persista las ganas de superarme, esforzarme y dar lo mejor mí.

TABLA DE CONTENIDO

CARTAS DE AUTORIZACIÓN DE TUTOR	ii
CARTA DE AUTORIZACION DE LECTORA	iii
CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
TABLA DE CONTENIDO	vi
LISTADO DE FIGURAS	viii
RESUMEN EJECUTIVO	ix
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Tema.....	1
1.2. Problema.....	1
1.3. Justificación del tema y el problema	1
1.4. Objetivo general	2
1.4.1. Objetivos específicos.....	2
CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO	4
2.1. Aspectos generales acerca del derecho penal y de la teoría del delito	4
2.1.1. Conceptualización de la tipicidad y análisis jurisprudencial.	12
2.1.2. Componentes de la tipicidad. Tipo objetivo y tipo subjetivo.....	20
2.1.2.1. Elementos objetivos.....	20
2.1.2.2. Elementos subjetivos del tipo (Delitos dolosos y delitos culposos)	24
2.2. Grupos de tipos delictivos. Delitos de resultado y delitos de peligro.....	26
2.2.1. Delitos de resultado o lesión.....	28
2.2.2. Delitos de peligro.....	30
2.2.3. Delitos de peligro concreto.	34
2.2.4. Delitos de Peligro abstracto	44
2.2.5. Análisis de los delitos de peligro hipotético.....	¡Error! Marcador no definido.
2.2.6. Los delitos de peligro abstracto en la normativa costarricense.....	47
2.2.7. Concepto y abordaje de jurisprudencia en los delitos de peligro abstracto.....	49
CAPÍTULO 3 MARCO METODOLÓGICO	58
3.1. Selección método	58

3.2. Técnicas.....	58
3.3. Selección de la población.....	59
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	61
4.1. Análisis de resultados sobre la pregunta ¿Se concibe los delitos de peligro abstracto desde una visión garantista?.....	61
4.2. Análisis de resultados ante la pregunta: ¿Considera usted que existe antijuricidad material en la aplicación de delitos de peligro abstracto?.....	65
4.3. Análisis de resultados ante la pregunta: ¿Qué principios fundamentales se podrían ver violentados con los delitos de peligro abstracto?.....	68
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	70
5.1 Conclusiones.....	70
5.2 Recomendaciones.....	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74
APÉNDICES.....	78

LISTADO DE FIGURAS

Figura 1 Pregunta 1 Respuesta Defenza Pública	63
Figura 2 Pregunta 1 Respuesta Fiscalía.....	63
Figura 3 Pregunta 1 Respuesta Judicatura.....	64
Figura 4 Pregunta 1 Cuadro comparativo	64
Figura 5 Pregunta 2 Respuesta Defenza Pública	66
Figura 6 Pregunta 2 Respuesta Fiscalía.....	67
Figura 7 Pregunta 2 Respuesta Judicatura.....	67
Figura 8 Pregunta 2 Cuadro comparativo	68
Figura 9 Pregunta 3 Cuadro comparativo	69

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo tiene como objetivo principal, analizar el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se ha dado a través del tiempo a los delitos de peligro abstracto. Este estudio se ha estructurado en cinco capítulos: el primero sobre cuestiones introductorias en cuanto al tema y el problema en estudio.

El segundo capítulo se va a desarrollar sobre el marco jurídico de los delitos de peligro abstracto, si se lesionan o no derechos y garantías constitucionales, así como su aplicación en nuestro país, se abordará jurisprudencia de la Sala Constitucional, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En el tercer capítulo se indicará la metodología empleada en el presente trabajo, cuáles fueron las fuentes utilizadas para el abordaje de información.

Un cuarto capítulo analizará los resultados con cuadros estadísticos, se van a indicar los principios procesales que se ven involucrados en la aplicación de los delitos de peligro abstracto.

Con todo lo analizado en los cuatro capítulos anteriores, se va a desarrollar un quinto capítulo estableciendo las conclusiones a las cuales se puede arribar luego el trabajo. Finalmente, algunas recomendaciones para que la aplicación de estos delitos se considere que no violentan derechos y garantías constitucionales.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Tema

Los delitos de peligro abstracto desde la visión garantista. Un análisis crítico y reflexivo.

1.2. Problema

¿Cómo se justifica la permanencia de los delitos de peligro abstracto desde una posición garantista?

1.3. Justificación del tema y el problema

El estudio se centra en determinar si la aplicación de los delitos de peligro abstracto en el derecho penal costarricense, vulnera principios del derecho penal como el de fragmentariedad y lesividad esto por cuanto hay ciertos delitos de peligro, en donde el bien jurídico, es meramente abstracto y no va referido a bienes jurídicos individuales, sino a bienes jurídicos colectivos inmatrimoniales. Se trata en estos casos, de prevenir peligros generales que afectan a la comunidad y solo de manera indirecta, a bienes jurídicos individuales (Sánchez y Rojas, 2009, p. 239).

El peligro es también un concepto normativo, en la medida que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es pues un juicio ex ante que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción (Muñoz, 2015, p.353).

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, el juzgador debe conocer la situación de hecho en la cual se realiza la acción que está enjuiciando o sea un conocimiento ontológico y conocer, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las cuales se puede deducir que esa acción, realizada en forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico o sea conocimiento nomológico (Muñoz, 2015, p.356).

En efecto, lo importante va a ser la actitud del sujeto frente a la situación de peligro que ha generado: si detecta la situación de peligro y continúa con su acción u omisión se realiza el tipo penal aun cuando no se haya ocasionado resultado alguno y, por tanto, la sanción se deberá imponer. Lo anterior no es más que un sentimiento de inseguridad del individuo frente a las acciones que otros puedan desarrollar, lo cual deriva en un desesperado deseo garantizador que constituye la principal característica del Derecho Penal moderno (Silva, 1992, p.32).

Los delitos de peligro abstracto se han caracterizado por una anticipación de la intervención del Derecho Penal; totalmente vinculada a dicha anticipación se prescinde del resultado, se tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, se aumentan las penas y se disminuyen las garantías procesales (Leandro 2011).

1.4. Objetivo general

Analizar la permanencia de los delitos de peligro abstracto desde una posición garantista.

1.4.1. Objetivos específicos.

1. Conocer las opiniones de profesionales del campo con respecto a los delitos de peligro abstracto en relación con una posición garantista.
2. Analizar la posición jurisprudencial sobre la aplicación de los delitos de peligro abstracto.
3. Determinar a nivel de la práctica judicial la aplicación de los delitos de peligro abstracto a la luz de una posición garantista.

1.5. Proyecciones

En el presente estudio de los delitos de peligro abstracto se pretende abarcar, si los mismos se encuentran dentro de una visión garantista en la normativa costarricense, para ello se entrevistarán a profesionales en la materia, fiscales, defensores públicos y jueces de esta forma conocer su posición a través de tres preguntas relacionadas al tema. Además de plasmar opiniones de diferentes autores referente al tema de análisis.

De acuerdo a este orden de ideas, Madrigal (2015) señaló:

El control, la prevención y la gestión de riesgos generales se ven como tareas que debe asumir el Estado y que éste asume efectivamente de modo relevante, y para la cual el legislador recurre al tipo penal de delito de peligro abstracto como instrumento técnico idóneo para encontrar la solución a éstos problemas (p.01).

Como bien señala este autor y aunado a que el Derecho Penal Moderno ha tenido cambios importantes en los cuales el Estado deberá de ajustar su normativa a dichos cambios se debe buscar la forma más conveniente de garantizar la adecuada aplicación de los delitos de peligro, ya que en definitiva vivimos en una sociedad de riesgos y con cambios generados a partir del siglo XX, por lo que es importante que el ser humano no deje en ningún momento de ser considerado como ciudadano garante de principios que lo protegen.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO

2.1. Aspectos generales acerca del derecho penal y de la teoría del delito

Generalidades del derecho penal

Para el presente trabajo es inevitable el desarrollo del amplio concepto de derecho penal, por lo que, primeramente, se hará una exposición de las distintas nociones sobre esta rama del derecho, para seguidamente enfocarnos en la teoría del delito, y de allí, analizar el papel de la tipicidad.

Si hay algo claro sobre el derecho penal, es que su análisis implica un arduo trabajo, que debe ser realizado con gran cuidado, puesto que su adaptación afecta el vivir diario de la sociedad. En este apartado se expondrán conceptos de lo que se entiende por derecho penal y los principios que lo sustentan.

Existe una gran variedad de conceptos y definiciones en la doctrina sobre el derecho penal, sin embargo, Zaffaroni (2002, p.5) expone una idea clara sobre el derecho penal:

Podemos afirmar que el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de las decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.

Esta definición es clara en señalar que el derecho penal cumple una función fundamental, pues contiene y reduce el poder punitivo, este aspecto debe ser entendido en la medida que, como tal, el derecho penal impone y establece límites al ejercicio del derecho punitivo. Tal misión se debe entender en el sentido de que el ordenamiento jurídico penal, es un conjunto de normas, estas señalan cuáles conductas son prohibidas, en cuanto a su ejecución, por ser consideradas que afectan negativamente los bienes jurídicos fundamentales, por lo cual, ante la infracción de las mismas, se les impone una pena.

De esta forma, el derecho penal origina y garantiza un mayor grado de libertad, tal y como lo señala Zaffaroni, por cuanto le señala las conductas que puede llevar a cabo el individuo y cuales

son todas aquellas que no están dentro de las señaladas como prohibidas. En este sentido, se afirma en doctrina:

El derecho penal debe al mismo tiempo, rechazando la violencia y la arbitrariedad, procurar al individuo un espacio en el que pueda decidir libremente y realizar sus resoluciones conforme a su propio criterio. Por eso el derecho penal no solo restringe la libertad, sino que también la crea.

Otra definición que destaca es dada por Carbonell (1999) quien define el derecho penal como: “la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas, y/o medidas de seguridad” (p.33).

En la definición anterior, se recogen aquellos aspectos considerados esenciales del derecho penal. Se refiere a su labor reguladora del poder punitivo estatal, su protección de los intereses más relevantes a través de normas penales que, como consecuencia de su violación, llevan a la imposición de una pena.

Finalmente, se debe diferenciar conceptualmente, en cuanto a lo que se debe entender por derecho penal de autor y derecho penal por el hecho; al respecto, Binder (2004) señala que:

Lo que la doctrina ha llamado “derecho penal de acto” y “derecho penal de autor” constituyen dos modelos de política criminal, con fundamentales repercusiones para el sistema de garantías. Según el primero, el Estado sólo puede castigar actos externos del hombre, y sólo en el límite del valor de ese acto. Para el otro modelo, el Estado castiga siempre a la persona en su totalidad, ya sea porque ha cometido un acto que es manifestación o síntoma de su personalidad, o porque en sí misma ya lleva signos de que vuelven necesario castigarla [...] Lo que sí es propio del derecho penal es sostener que una política criminal pensada desde los parámetros del castigo a la persona en su totalidad (“derecho penal de autor”) es impropia de un Estado de derecho y del carácter instrumental y no moralista del Estado (p.115).

González (2008, p.14) comenta sobre esta división que:

Desde este punto de vista, las características personales del autor, carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos, los presupuestos para la aplicación de una pena, y generalmente se toman en consideración, en el momento en que se individualiza la pena aplicable al hecho ilícito cometido.

Respecto a los principios insertados en el Derecho Penal, hay ciertos principios los cuales destacan más sobre otros, esto no quiere decir que sean más importantes, pero al ser tan reiterantes, serán desarrollados de manera concisa, dichos principios son: de legalidad, de lesividad, de inocencia.

El primer principio, el de legalidad, constituye uno de los primordiales del derecho penal, cuyo origen e importancia data, como es conocido, de la época de la Ilustración. Sobre este Beccaria (citado en Quintero, 2002) ha indicado que:

El principio de legalidad, como postulado fundamental del Derecho Penal Moderno, constituye –junto al respeto de los derechos fundamentales- una de las garantías que derivan del estado burgués, surgido tras el arrumbamiento del absolutismo. El principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la Ilustración; en ella encuentra su fundamento político, que se materializó con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por esto inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado. En este sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado antiguo Régimen, con sus tantas veces explicada carga de arbitrariedades, abusos penales. En su primigenia formulación el principio de legalidad persigue el sometimiento del Estado a la ley, garantía de la seguridad jurídica como parte de los derechos fundamentales de la persona humana (pp.80-81).

Dicho principio fue el resultado de luchas sociales dadas por ciudadanos en contra del abuso del poder de distintos gobiernos alrededor del mundo, especialmente el abuso del poder punitivo estatal. Esto pues existía un gran número de abusos en el juzgamiento de conductas que no estaban legalmente prohibidas e incluso, en la imposición de sanciones que no estaban legalmente previstas.

Suárez (2002, p.84) analiza las consecuencias del principio de legalidad de la siguiente manera:

Los efectos de este principio se dejan sentir en todo el ordenamiento jurídico, aunque es en la esfera penal donde las exigencias derivadas del mismo alcanzan su plenitud. En dicho ámbito el principio de legalidad supone, y éste sería su significado esencial, que únicamente la Ley es fuente formal, inmediata y directa del Derecho Penal, no siendo posible acudir a otras fuentes salvo con un carácter complementario, mediato e indirecto.

Por tanto, el principio de legalidad se constituye en uno de los principios esenciales, que sirven como guía en el derecho penal. En virtud del mismo, se resguarda la seguridad jurídica de los ciudadanos, cuando se establece como garantía judicial que nadie puede ser juzgado y, mucho menos, condenado por una conducta, ni se puede imponer una pena no establecida en la ley en forma expresa.

El segundo principio mencionado es el de lesividad, está directamente relacionado con el artículo 28 constitucional, en donde se establece:

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Se comprende que este principio se ve como uno de los fundamentos sobre los cuales, se sustenta el ejercicio del derecho penal; en este sentido González (2008) indica:

La naturaleza de este principio está directamente relacionada con la finalidad de protección de bienes jurídicos fundamentales, que se persigue a través del derecho penal y que puede resumirse en pocas palabras, pues para identificarlo basta con señalar que no existe delito sin daño y que su intervención solo será legítima, cuando se constate la afectación o lesión de un bien jurídico de naturaleza fundamental, ya que cuando no se produzca tal afectación jurídica, el derecho penal no debe intervenir y, si lo hace, su actuación devendría en irracional y desproporcional (p.41).

El tema de la lesividad, entendida como afectación o producción de un daño de un bien jurídico fundamental que ha tenido su origen en el despliegue de una conducta ilícita, se convierte

en un aspecto trascendental en el derecho penal. No basta con acreditar la subsunción de la conducta investigada en el tipo penal, pues se requiere además la efectiva afectación del bien jurídico al que se brinda dicha protección.

Por tercer y último principio, el de inocencia es fundamental para sustentar el proceso penal en un Estado constitucional de derecho, como lo es el costarricense. La doctrina nacional lo ha identificado de la siguiente forma:

Según el cual ninguna persona puede ser tratada ni considerada como culpable hasta el momento en que se dicte en su contra una sentencia condenatoria firme, la cual debe ser dictada por un juez legalmente nombrado –principio de juez natural- luego del debido, correcto y amplio ejercicio del derecho de defensa, con lo cual se llegue a destruir aquella presunción. De todo ello, deviene que el sujeto sometido a proceso penal no debe demostrar su inocencia ante la instancia judicial, muy por el contrario, es su acusador quien tiene la obligación de demostrar su culpabilidad, si ello no sucede así, deberá respetarse la inocencia del imputado y absolversele de toda pena y responsabilidad, según las garantías y derechos que brinda nuestro moderno sistema de justicia penal (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1998-01588)

El principio de inocencia se encuentra regulado en el artículo 39 constitucional, en donde se establece que:

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.

Varias consecuencias surgen de esta norma: en primer lugar la persona acusada deberá ser considerada inocente, a lo largo de todas las etapas del proceso, hasta que se llegue a demostrar lo contrario, por medio de una sentencia firme, en donde se tiene que haber cumplido con todos los requisitos del debido proceso, y por segundo, la persona acusada no tiene la obligación de acreditar su inocencia, pues la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público o el querellante en delitos de acción pública a instancia privada.

Este principio se manifiesta como una columna del derecho penal; sin embargo, existen ciertos criterios y puntos de vista que señalan la afectación de este principio cuando se imponen medidas cautelares como la prisión preventiva, las cuales tienen su fundamento en la existencia de indicios comprobados. Nos podemos especificar en el artículo 239 del Código Procesal Penal, el cual relata sobre la procedencia de la prisión preventiva, aquí se exige el cumplimiento de ciertos requisitos para la prisión preventiva, como la existencia de probabilidad por parte del imputado a ser el autor de un hecho punible.

Como anteriormente se mencionó, al inicio de este trabajo, para comprender plácenteramente el desarrollo de la tipicidad -que se realizará en el siguiente apartado- como parte de la teoría del delito, se ve necesario plasmar, primeramente, algunas generalidades e ideas sobre esta teoría propiamente, de manera que sirvan de apoyo para una mejor comprensión sobre la tipicidad. Esta teoría es de gran importancia para el universo del derecho penal y el proceso que este conlleva, pues es utilizada como una herramienta para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada.

Refiriéndose a la teoría del delito González (2008) menciona que:

Señala una serie de parámetros que, en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer si se ha dado la afectación a un bien jurídico considerado fundamental, y por ende, si la potestad persecutoria que ejerce el Ministerio Público, debe aplicarse o no (p.9).

Esta teoría implica que una acción, u omisión, para ser considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable; es decir, para que exista un hecho ilícito deben presentarse estos tres estados, de lo contrario, no se podría dar la calificación de ilícito. Por ello, en tanto el estudio de cada uno de estos tres supuestos debe ser sensato y minucioso, para que en la aplicación haya la máxima claridad de conceptos.

Entonces, la teoría del delito viene a constituir un medio o instrumento de garantía para la persona acusada, garantía acorde en un todo con lo preceptuado por el artículo 39 de la Constitución Política, en el cual se estatuye:

A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Por tanto, no podría concebirse el dictado de una sentencia condenatoria en contra de una persona acusada, si antes dicha conducta no ha sido analizada conforme a lo indicado por la teoría del delito, como medio idóneo para verificar el carácter delictivo.

Por ello la función de garantía que se le apunta a la teoría del delito, ha sido reseñada de la siguiente forma:

Es de destacar que para los operadores jurídicos que se desempeñan en el área del derecho penal en distintas posiciones, sea como jueces, fiscales, defensores, querellantes o actores civiles, el análisis de la teoría del delito resulta básico pues permite garantizar la justicia de la resolución que se dicte en un proceso penal. Tal aseveración se hace partiendo de que no sólo las garantías procesales como el debido proceso, la oralidad, el contradictorio, etc., le brinda seguridad jurídica al sujeto sometido a un proceso penal, sino que también el manejo de los aspectos sustantivos, permiten que los procesos penales se resuelvan con respecto a los principios de legalidad e igualdad, en estricto derecho, partiendo de los parámetros normativos que el legislador ha considerado correctos y que han sido desarrollados jurisprudencial y doctrinariamente. Por lo tanto, la aspiración de obtener Justicia y certeza jurídica encuentra respaldo no solo en los aspectos procesales como siempre se ha enfatizado, sino también en la norma de fondo y su correcta aplicación.

Entonces, es aquí donde se comprende que la teoría del delito surge como una figura de garantía, pues permite el dictado de una resolución justada a una serie de parámetros previamente establecidos y racionalmente elaborados para asignar la responsabilidad penal. Así, el funcionario jurídico se ve en la necesidad de tener un manejo claro de los diversos aspectos de la conforman.

Bajo esta misma línea, el operador o la operadora de la justicia penal no puede pretender realizar un trabajo eficaz y efectivo, si no poseen los conocimientos requeridos por un buen uso de la teoría del delito. Así que, con el término de resolución justa, no se hace referencia únicamente al logro de una sentencia absolutoria, pues realmente se contemplan otras muchas posibilidades,

por ejemplo, cuando en la sentencia condenatoria se recalifican los hechos de un delito con una penalidad inferior al originalmente acusado. Bajo la misma orientación Annese (1991) ha indicado:

La preocupación por la teoría del delito no es incompatible con las inquietudes por temas criminológicos, los derechos humanos y otros; antes por el contrario, es integrante orgánico de un adecuado concepto de debido proceso como garantía fundamental del ciudadano ante el Estado. Que el estudio de la estructura del delito ha distraído la atención de los jueces e investigadores, en desmedro del problema humano que se resuelve en el proceso penal, es cierto; pero abandonar la interpretación de la ley sustantiva, es soslayar una herramienta de primer orden en la realización de la garantía nulla pena sine lege en los casos concretos. Es muy claro que el derecho penal sustantivo es el mejor instrumento de control social, y una decisión penal despreocupada del principio de legalidad es tan peligrosa para el súbdito, como cualquier violación intencional de los derechos procesales del imputado; porque de ese modo, aunque el juicio sea formalmente bueno, podría ir a prisión un ciudadano sin incurrir en una conducta típica, antijurídica y culpable (p.8).

Queda claro que, si se realiza una correcta y adecuada aplicación de la teoría del delito, se garantiza el dictado de una sentencia justa, lo cual, forma parte del principio del debido proceso. En otras palabras, la función de garantía que genera para el procesado la teoría del delito solo se puede lograr, cuando se hace una aplicación correcta de la misma.

No obstante, siempre está la posibilidad de un escenario donde la teoría del delito no cumpla, ya sea en la práctica como papel de garantía para la persona procesada, lo cual puede ser ocasionado por un mal manejo de la normativa por parte del funcionario jurídico, o incluso en aquellos casos donde dicha garantía no se ha alcanzado con el dictado de una sentencia condenatoria, de manera que se aplicó de forma incorrecta la ley.

También se ha señalado en la jurisprudencia constitucional con respecto a este tema, lo siguiente:

Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de

Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1998-01588).

Tenemos, entonces, dos funciones de la teoría del delito como garantía, la primera es su papel como presupuesto de una sentencia justa, la cual logra seguridad jurídica de las personas que se rigen bajo ella. Pero lograr que la teoría del delito realmente pueda ser sinónimo de una garantía para el acusado, el operador o la operadora del derecho penal debe desarrollar un papel principal en dicho cometido, lo cual hace referencia a la segunda función.

2.1.1. Conceptualización de la tipicidad y análisis jurisprudencial.

La tipicidad y tipo penal.

Primeramente, existe un gran debate sobre que se debe entender por acción, es un tema muy amplio que se ha expandido en el derecho penal, parece necesario un breve desarrollo sobre lo que ha dicho la doctrina al respecto, no obstante, no será analizado a profundidad, pues la tipicidad es el tema central de este apartado, simplemente se repasará la importancia de la acción para el derecho penal

La discusión sobre la acción, ha tenido un estudio tan desarrollado que ha llegado al punto de analizar la necesidad o no de iniciar la teoría del delito con el estudio de la misma. Sobre este tema Creus (1996) comenta:

¿Es la acción o el tipo el punto de partida de la observación del delito en la teoría analítica? En un plano estrictamente teórico, es lógico pensar que si la acción que interesa penalmente es la descrita por el tipo, la teoría de ella forma parte de la teoría de éste y, por consiguiente, el primer capítulo del examen estructural del delito lo constituirá el

tratamiento del tipo. Gran parte de los doctrinarios de nuestro tiempo, principalmente los procedentes del finalismo, adoptan ese orden de exposición, ya que para ellos la acción configura el contenido de lo que es tipo objetivo.

Pero tenemos que recordar que el tipo dota de tipicidad penal a la acción, con lo cual ésta se muestra como previa en la consideración estructural. En el examen de un concreto delito esa relación de precedencia es algo que no tiene por qué discutirse: sólo cuando comprobamos la existencia de la acción puede interesarnos debatir su tipicidad. Siendo así y por razones prácticas y por coincidir con un tratamiento tradicional que ha sido útil y no ha planteado grandes dificultades, hemos optado por partir del estudio de la acción, pero aclarando que las soluciones sobre sus problemas no dependen de elegir uno u otro criterio de exposición, ya que no es el orden de los factores lo que puede alterarlos, sino otras diferencias conceptuales (pp.153-153).

La importancia de analizar lo anteriormente dicho recae en el hecho evidente en que precisamente, la comprensión de los elementos conformadores de una conducta delictiva, se sustenta en el acaecimiento de una conducta o acción con relevancia para el derecho penal. Acerca del estudio de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, González (2008, p. 80) señala que “no puede llevarse a cabo sobre una base abstracta, sino más bien concreta y ello solo ocurre, cuando se ha suscitado efectivamente una acción, entendiendo por acción una conducta humana.”

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales (Universidad Carlos III de Madrid, 2017-2018, p.01).

En otras palabras, ninguna conducta va alcanzar la categoría de delito, aun y cuando sea antijurídica, sino contempla la descripción indicada en la norma penal.

De acuerdo a Maialen Jauregui, en el año 2018:

La amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena,

describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada (p.01).

Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta los últimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta, como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo. Por lo que tenemos que el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal (Fernández, 2019, p.252).

La Sala Constitucional ha emitido gran cantidad de jurisprudencia respecto a la relación de la tipicidad con el principio de legalidad, el voto número 3441-2004 de la Sala Constitucional apunta:

En atención a todo lo expuesto, resulta evidente que el principio de legalidad penal tiene repercusiones materiales de la mayor importancia que se traducen en exigencias concretas de técnica legislativa en materia de estructura de los tipos penales. Dichas exigencias se refieren a la necesaria claridad y precisión de la norma penal que permita la previsibilidad (sentencia 1876-1990 de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990). Estas exigencias obedecen a la idea de que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales se traslada al juez la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, pues será el criterio del juez el que dará los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito (sentencia 1877-90 de las 16:02 del 19 de diciembre de 1990). El valor que tienen la claridad y precisión de las normas penales ha sido puesto de manifiesto por la Sala, singularmente, en su jurisprudencia relacionada con el principio de tipicidad penal. Al respecto, dadas las mencionadas exigencias que a nivel material impone el principio de legalidad penal existe una necesaria relación entre éste y el principio

tipicidad penal. En cuanto a la relación entre ambos principios y a las exigencias que a nivel constitucional impone el principio de tipicidad, la Sala Constitucional ha indicado:

El principio de legalidad es un componente fundamental del debido proceso. En sentido amplio, tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley - legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución-. De manera que para que una conducta constituya delito necesariamente debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar. (Sentencia 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve)

En la misma sentencia, se establece la forma correcta de cómo debe realizarse el proceso de tipificación de una conducta en específico, la Sala Constitucional (voto número 3441-2004) señala los requisitos que deben presentarse e implicar en el procedimiento:

En ese sentido, la Sala destaca que la garantía de la tipicidad penal impone exigencias constitucionales a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales. Dentro de esas exigencias resulta fundamental que se dé una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma. Para que no se produzca esa traslación al juez, infractor del principio de tipicidad y del principio de legalidad penal, es necesario que las conductas típicas y las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible. De ahí que como demuestra la jurisprudencia antes citada, la Sala, por regla de principio, rechace el uso de términos muy amplios, ambiguos o generales en la descripción de las normas penales por considerarla una técnica defectuosa que en muchos casos configura un vicio invalidante de naturaleza constitucional, por infracción del principio de tipicidad penal, fundamentalmente, cuando la norma se presenta como oscura y de difícil comprensión.

Sobre esta misma índole el Tribunal de Casación Penal, en el voto número 2005-1090 ha señalado:

En esta materia, no puede olvidarse que prevalece no sólo el principio de legalidad criminal contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política y recogido en artículo 1º del Código Penal, sino también el principio de reserva legal, cuyo sustento se determina a partir de lo dispuesto en el artículo 28 constitucional. De estos principios se deriva además el de tipicidad, que nos señala que toda conducta o comportamiento considerado como delito debe estar claramente descrito en la ley (tipo penal), con lo que se busca que los operadores del derecho, al momento de su aplicación, se limiten a lo que en ella está previsto.

Aquí es fundamental recordar lo que Ferrajoli (1995, p.36) comenta sobre los dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal, el primero lo ve “como garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad,” la cual está asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que la ley expresamente señala como prohibido, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido, mientras que el segundo logro “es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como tipos objetivos de desviación”.

El criterio de la Sala Constitucional es muy claro, en cuanto a la forma adecuada cómo debe describirse la conducta, bajo lo que se denomina principio de taxatividad de ley penal. Al momento de conformar un tipo penal, rechaza la utilización de conceptos ambiguos, amplios o generales en la descripción de la conducta, favoreciendo la precisión, exactitud y claridad

Tal requisito tiene la finalidad de evitar que sea el juez, quien deba realizar una labor de interpretación, con el fin de valorar si la conducta que se acusa, efectivamente es o no la descrita en el tipo penal y, obviamente, este proceso de interpretación puede realizarse en contra de la persona acusada, por lo cual debe darse claridad en el tipo penal. De esta forma se evitan estos peligros y se salvaguarda el principio de legalidad.

Sobre el tipo penal Khoury ha indicado:

El nombre tipo, alude en derecho penal a descripciones de conductas que llevan aparejada una sanción. Las descripciones lo son en lenguaje aseverativo; dicen, predicán, señalan un comportamiento probable y posible, especie de arquetipo de conductas, (no en vano la palabra tipo significa en griego modelo). Esta modalidad de presentación de conductas probables a veces nos impide observar claramente el origen mismo de la descripción: lógicamente por razones de economía legislativa es mejor decir sólo la acción a castigar, que mencionar su antecedente normativo y fáctico.

Dichos requisitos señalados que han sido establecidos por la Sala Constitucional, incluso en cuanto a la forma de cómo se debe imponer la pena. En esta línea, ya se ha decretado la inconstitucionalidad de tipos penales, cuando este no presenta concretamente una pena señalada por imponer. Sobre esto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el voto número 6304-2000 expresa:

De la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal. Una vez examinado el principio constitucional de tipicidad, procede ahora revisar sí la norma consultada violenta ese principio y por ende el artículo 39 constitucional. El texto de la norma establece como sanción al delito de abusos sexuales contra personas mayores de edad una pena de dos a cuatro años y para la circunstancia de agravación de tres a seis años. El tipo penal no establece que tipo de pena se debe imponer, lo que provoca que no cumpla con los requisitos mencionados en el considerando precedente. Esta ausencia lesiona el artículo 39 de la Constitución Política, al no determinar en forma clara y precisa el tipo de sanción prevista para la conducta reprochable. El destinatario queda en una situación de que no puede reconocer la consecuencia de su acción y se deja al arbitrio del juzgador la interpretación del tipo de sanción aplicable al caso, siendo éste quien realiza la labor legislativa

No cabe la menor duda que desde esta óptica, el tipo penal representa para el ciudadano, una garantía, en la medida en la cual no por cualquier conducta va a ser sancionado, sino solo por aquellas que se subsumen en la conducta prevista en el tipo penal, ello pone de manifiesto la necesidad de que el defensor y defensora públicos siempre estén alertas para evitar que las personas representadas sean llevadas a juicio y sean sancionadas por hechos no justos a lo previsto en el tipo penal.

Vemos que el tipo tiene en Derecho Penal una triple función:

- A. Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- B. Una función de garantía, en la medida en que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- C. Una función motivadora general, pues con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

La Sala Constitucional despliega una importante labor, en cuanto al desarrollo de la naturaleza de verdadera garantía, esta representa para todos los ciudadanos la tipicidad penal, incluso ha señalado la forma cómo debe estar conformado el tipo penal; para ello indica:

Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cual es la acción constitutiva de infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. (Sentencia número 1877-90, de las dieciséis horas dos minutos del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Tres son los elementos básicos del delito, que es una actuación u omisión típica, antijurídica y culpable. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad [...] En este orden de ideas, existe una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en una verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que

permitan tipificar correctamente las conductas que pretenden reprimir como delito (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 10543).

Si bien es cierto, se hace difícil establecer una clara diferencia entre la tipicidad y el tipo penal, por cuanto entre ambos conceptos, se da una relación directa que puede ser explicada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su voto número 10543, en los siguientes términos:

De esta manera, en el estudio de la acción delictuosa, el binomio tipo/tipicidad adquiere fundamental importancia: el tipo como el instrumento por medio del cual se manifiesta la prohibición y la tipicidad como la característica de una acción humana de haberse adecuado formal y penalmente al tipo.

En igual sentido, para explicar la relación existente entre tipicidad y tipo penal se ha indicado:

Los estrictos instrumentos utilizados por el derecho penal, para la protección de bienes jurídicos, hacen que éstos sean restringidos por medio de principios y posiciones jurídicas. En ese sentido el principio de tipicidad adquiere relevancia, al señalar, que solo las conductas descritas en ley previa son consideradas como delitos. Respecto a la tipicidad la Sala se ha pronunciado en diferentes ocasiones. Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia pena, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quien es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cual es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución.

Dicha relación ha sido también explicada en la doctrina internacional, por Bacigalupo (1996) de la siguiente forma:

Tipo, es por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal (p.32).

2.1.2. Componentes de la tipicidad. Tipo objetivo y tipo subjetivo.

A pesar de que los tipos penales no son iguales ni responden al mismo patrón, todos presentan la siguiente estructura: una parte objetiva y una parte subjetiva.

La delimitación de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo resulta dificultada por la necesidad de tomar en consideración conocimientos y poderes del sujeto. No obstante, puede afirmarse que la parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta, esto es, todo aquello que se encuentra fuera de la esfera psíquica del autor. Dentro de la parte objetiva se encuentran los siguientes elementos: el sujeto, la acción u omisión, el sujeto pasivo, el objeto material y jurídico. La parte subjetiva del tipo se constituye siempre por la voluntad o aspecto interno de la conducta. Comprende pues, aquellos elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho. A la parte subjetiva pertenecen el dolo y la imprudencia, los elementos subjetivos del injusto, etc. (Demetrio Crespo, 2016, p. 95).

2.1.2.1. Elementos objetivos.

En cuanto a la estructura y clasificación de los tipos penales, a continuación, se indican cuestiones generales, que plantean aquellos elementos objetivos, que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, sujeto pasivo, la conducta y el bien jurídico.

a) Sujeto activo.

El tratadista Zaffaroni (1997) indica que el sujeto activo corresponde al autor, siendo el autor aquel que realiza la conducta típica: “es autor el que reúne los caracteres típicos para serlo (p.337).” Siguiendo a este autor, el sujeto puede clasificarse como simple o calificado y da lugar a los delitos comunes y a los delitos propios o especiales. El sujeto activo puede recibir otra serie de calificaciones, entre ellas: necesaria o legal y natural o jurídica. El tipo puede requerir además que el sujeto activo sea único o múltiple, la cantidad de sujetos activos en un delito hacen que se pueda distinguir entre tipos unisubjetivos y plurisubjetivos. Es decir, el sujeto activo, será siempre la persona que realiza la acción prohibida u omite la acción esperada.

Lo anterior ejemplifica que el sujeto activo puede estar condicionado por gran cantidad de requisitos; estos son de diversos tipos, es decir, que podrían ser necesariamente exigidos por el tipo para que el sujeto activo sea considerado como tal o que sean calificaciones naturales, en algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito, en esos casos nos encontramos frente a los llamados delitos especiales, en ellos el sujeto activo solo puede ser aquella persona que además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo.

En específico en cuanto a los delitos plurisubjetivos, en los que se tipifica la participación de varias personas, ya sea concurriendo uniformemente para obtener el mismo objeto, o autónomamente como partes de una misma relación delictiva, como en el delito de cohecho. El tratadista Muñoz (2016) aporta:

...de estos delitos deben distinguirse los casos de participación necesaria, en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo, Por ejemplo, el sujeto pasivo en la violación o el acoso sexual; el menor de 18 años en los delitos relativos a la prostitución de menores (p.46).

b) Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en la teoría del Delito es aquel titular del bien jurídico y puede requerirse que este sea determinado por necesitar de ciertas calidades, pero puede darse el caso de que el sujeto pasivo sea indeterminado. En palabras simples el autor Carlos Blanco (2005) señala:

El sujeto pasivo del delito viene a ser el titular del bien jurídico protegido, pudiendo ser tanto una persona física como una persona jurídica o incluso la propia colectividad o el Estado. En tal sentido, la conducta típica puede atentarse directamente sobre dicha víctima del comportamiento delictivo o bien ejecutarse sobre una tercera persona ajena al bien jurídico protegido pero que en ese momento se halla en disposición del objeto material del delito (p.67).

c) Conducta.

En todos los tipos penales existe una conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el elemento más importante dentro del tipo. La conducta siempre podrá ser detectada, al buscar el verbo rector, ya sea que indique una acción positiva o una omisión.

El núcleo de todo tipo es la acción entendida como comportamiento humano en sentido amplio y, por tanto, comprensivos de comportamientos activos u omisivos. Se trata de examinar si la acción o conducta típica reúne todos los requisitos de un determinado tipo penal: la parte objetiva y la parte subjetiva (Demetrio, 2016, p. 96).

En esa misma línea de pensamiento Amadeo (2007) señala que:

Desarrollado originalmente por Welzel, el concepto final de acción distingue dos elementos o fases de una conducta, uno externo y uno interno. El elemento interno se desarrolla en el pensamiento del autor y comprende establecer un fin u objetivo, la selección de los medios que llevarán a la consecución de dicho fin y consideración de las consecuencias, diferentes al fin original, que serán causadas por la acción. El elemento externo es la puesta en marcha del plan para causar el resultado (p.102).

d) Bien jurídico.

Al respecto Muñoz y García (2015) definen el concepto de bien jurídico con las siguientes palabras: “bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social” (p.59).

Asimismo, Chirino (2016) señala el carácter comunicativo de la teoría del bien jurídico. Por esta palabra el autor costarricense entiende que la existencia de un bien jurídico penal

no es un fenómeno legislativo, sino que nace de la necesidad de las personas de que sus derechos humanos sean reconocidos por el Estado en el desarrollo del programa penal.

Creemos que el bien jurídico es un fenómeno comunicativo, en virtud de que su nacimiento no se produce solamente por una mera voluntad legislativa, sino porque surge de la necesidad percibida en el mundo de la vida, y de su carácter de esencial para garantizar aspectos básicos del individuo en el contexto del Estado de Derecho (p.57).

El mismo autor Chirino (2016), invocando la necesidad de proteger bienes jurídicos, para garantizar aspectos básicos del individuo en la vida en sociedad, sostiene:

El poder punitivo del Estado no solamente exige la existencia de un bien jurídico ofendido (lesión o puesta en peligro) con la conducta que se criminaliza, sino que también, debe ser la última ratio. “No puede tolerarse que el poder punitivo avance con pretexto de conflictos insignificantes o de acciones que no son conflictivas o que claramente, pueden resolverse por otras vías (p.58).

Existe toda una línea jurisprudencial que reconoce este principio como un auténtico límite al poder de los legisladores en la elaboración de los tipos penales, la Sala Constitucional se sitúa entonces en la vertiente garantista. Cabe destacar un párrafo del voto 11623-2008:

El principio constitucional de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin puesta en peligro de un bien jurídico (“*nullum crimen sine injuria*”). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal.

En este punto en particular la Sala Constitucional retoma varios aspectos de la teoría garantista del bien jurídico, según el cual una conducta no puede definirse como delictual solamente por ser contraria a la moral, las buenas costumbres o las enseñanzas bíblicas. Tiene que existir una afectación inmediata y real a los bienes jurídicos de las personas y efectuarse dentro de los límites de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Aportaremos un párrafo del voto que se citó anteriormente para justificar nuestro razonamiento con las propias palabras de la Sala:

Con sustento en este marco normativo, es claro que una teoría del delito acorde con la Constitución, sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. Para poder configurar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la convivencia social.

Como nuestro objetivo es entonces contener, en la medida de lo posible, el poder punitivo para evitar que literalmente se riegue sangre en vano, pensamos que limitar el campo de acción del derecho penal es una necesidad imperiosa, por lo cual castigar los individuos cuando no se ha lesionado ningún bien jurídico, es un absurdo desperdicio de recursos y una habilitación al poder punitivo, lo cual lejos de restaurar el orden social, acrecienta el conflicto que todos los días se da en las calles, comandancias, fiscalías y juzgados de nuestra región. Con el fin de limitar un poco este conflicto, se busca en el principio de *ultima ratio*, y en la teoría del bien jurídico, medios para contener el poder punitivo del Estado, planteando la exigencia que para cada tipo penal debe existir una ofensa a los bienes jurídicos de los habitantes.

2.1.2.2. Elementos subjetivos del tipo (Delitos dolosos y delitos culposos).

a) Dolo.

El dolo se verá como aquella “voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de este en el caso concreto, en su concepto más legal y sintético es el fin de cometer un delito” (Zaffaroni, 2005, p.297).

Según Roxin (1997) en el dolo se distinguen dos momentos principales: el cognoscitivo y el cognitivo, siendo inseparables para la existencia del dolo, se señala:

No hay manifestación de voluntad sin voluntad y tampoco hay voluntad sin manifestación que corresponda a un acto de acción, para la existencia del dolo debe existir la manifestación de la resolución de voluntad, se resume simplemente el dolo típico como el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo (p.308).

Este dolo puede manifestarse de tres formas: la intención o propósito (*dolus directus* de primer grado), el dolo directo (*dolus directus* de segundo grado) y el dolo eventual (*dolus eventualis*); el primero es aquel que se corresponde con un saber y querer, mientras que los otros dos caen en formas de imprudencias, una consciente y otra inconsciente. El dolo directo es aquel en que se abarcan las consecuencias, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad, mientras que el último, el dolo eventual, es aquel en el que actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que prevé una posibilidad de que se produzcan, pero que asume en su voluntad la producción (Roxin, 1997, p.415).

De acuerdo con lo pensado por Zaffaroni (2009) el dolo y la culpa son diferentes estructuras de tipos penales, y es la principal característica de los dolos la congruencia típica, simétrica o no, entre el aspecto objetivo y el subjetivo. Al respecto, el autor sostiene:

Siendo la característica esencial del tipo culposo la forma de individualización de la conducta prohibida, ya que se encuentra en un primer momento indeterminada, pero es determinable para cada caso en concreto, utilizándose una técnica legislativa distinta, sancionando cualquier conducta que cause determinado resultado previsible o que viole un deber de cuidado que lesione el bien jurídico (p.383).

Cabe señalar que, aunque los delitos culposos también pueden contener conductas finales, estos no individualizan la conducta por la finalidad, sino porque en la forma de obtención de su finalidad se viola un deber de cuidado.

b) La culpa.

Los delitos culposos presentan una indeterminación de la conducta porque el legislador no puede describir todas las que pueden afectar un bien jurídico, por lo que se tiene que aplicar una técnica legislativa distinta en aras de salvaguardar la constitucionalidad de la norma y para ello se sanciona cualquier acción que cause determinado resultado lesivo, siempre que este sea previsible y viole un deber de cuidado de modo determinante para la producción del resultado, se habla entonces del resultado típico.

Según Muñoz (2015):

En los delitos imprudentes, la conducta típica no está determinada con precisión en la ley, por lo que recae en la persona juzgadora, establecer el contenido de la conducta imprudente. El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la conducta realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado. En los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la conducta o sobre la selección de los medios para realizarla. En definitiva, la prohibición penal de determinados comportamientos imprudentes pretende motivar a los ciudadanos para que, en la realización de conductas que puedan ocasionar resultados lesivos, empleen el cuidado que es objetiva y subjetivamente necesario para evitar que se produzcan; en una palabra, para que actúen con la diligencia debida (p.304).

2.2. Grupos de tipos delictivos. Delitos de resultado y delitos de peligro

El autor Leandro (2011) hace referencia a los diferentes grupos delictivos que existen. Propiamente hace referencia a los modelos de construcción típicos de peligro:

La doctrina plantea diversas formas de construir los tipos penales: mediante delitos de resultado o lesión, delitos de mera actividad y delitos de peligro. Es importante analizar las características de cada una de esas construcciones típicas porque permitirán comprender la funcionalidad de los delitos de peligro abstracto en la epistemología del riesgo (p. 87).

El análisis y estudio de los delitos de peligro abstracto no pierde interés ni mucho menos actualidad, por el contrario su estudio nos permite una mejor comprensión y entendimiento de otros temas afines del derecho penal como lo son el desvalor de la acción, el desvalor del resultado, el principio de proporcionalidad, los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, así como también todo lo relacionado con el tema del bien jurídico tutelado, el principio de lesividad y la antijuridicidad material (Madrigal, 2015, p.01).

En un mundo globalizado, como en el que nos tocó vivir, el Derecho Penal moderno está constituido, aparte de los delitos de resultado o lesión, delitos de peligro concreto, también por un grupo de tipos delictivos que constituyen un simple peligro abstracto para algunos bienes jurídicos

principalmente individuales. Desde esa óptica, es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. En los primeros el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción "típicamente peligrosa" o peligrosa "en abstracto", en su peligrosidad típica, sin exigir como en el caso concreto que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido. El criterio clave es, pues, la perspectiva ex ante (peligrosidad de la acción) o ex post (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. En nuestro país, la legislación penal no exige un peligro para la integridad física de las personas, en el delito de conducción temeraria, sino que con solo la puesta en peligro del bien jurídico tutelado se completa la acción típica penal. Elemento caracterizador de los delitos de peligro abstracto.

Este contexto de "sociedad de riesgo" nos genera la existencia de delitos de resultado y los de mera actividad, los delitos de lesión o daño y los de peligro concreto y peligro abstracto. Sobre el particular, refiere Sánchez (2009):

Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, no todos los resultados son relevantes para el legislador. Los tipos penales que solo requieren la realización de la acción (por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico) se conocen como delitos de **mera actividad** (v. gr. Incumplimiento de deberes, falso testimonio) o **de mera inactividad** (omisión de auxilio).

Cuando un tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), nos encontramos ante los **delitos de resultado** (v. gr. el delito de daños requiere que la cosa sea destruida, inutilizada o desaparecida. Los delitos de lesiones requieren como mínimo que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días.

En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre **delitos de lesión** (en donde la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y **delitos de peligro**. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.

En los delitos de peligro, se produce un adelantamiento de la protección del bien jurídico, a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión y se dividen en **delitos de peligro concreto** y **delitos de peligro abstracto** (p.188).

Dicho lo anterior, tenemos claro entonces que no podemos hablar de delitos de peligro abstracto, sin explicar también que existen otros grupos, como los delitos de lesión o resultado, de mera actividad y que incluso en los de peligro; existen también delitos de peligro concreto y los que nos interesan, los delitos de peligro abstracto. A continuación, se analizarán cada uno de estos tipos de delitos, para estudiar sus particularidades y características.

2.2.1. Delitos de resultado o lesión.

Resulta importante diferenciar los delitos de resultado y los de mera actividad. Según la legislación costarricense, son delitos de resultado (entre otros), los de homicidio culposo, aborto culposo, lesiones culposas, quiebra culposa, desastre culposo y evasión por culpa, y delitos de mera actividad los delitos de atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones, circulación de sustancias envenenadas o adulteradas, menosprecio de los símbolos de una Nación extranjera, violación de sellos y peculado, entre una gran gama de delitos.

Una descripción bastante clara sobre los delitos de resultado o lesión, la brinda Leandro (2011) al indicar:

Los delitos de lesión necesitan de algo más que el aspecto formal o de la relación de contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico. En efecto, requieren que se afecte un bien jurídico, que se verifique el daño. Se abandona, por lo tanto, el concepto de peligro por la sola actividad desplegada y se precisa de la dañosidad. En estos delitos, el injusto es fácilmente determinable ya que requiere de un resultado proveniente de una acción u omisión, es decir, de una relación de causalidad (p.87).

En esa misma línea de pensamiento Roxin (1997) señala referente a los delitos de lesión: “Constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos, de homicidio en los delitos de lesiones, en los daños, etc.” (p.336).

Evidentemente en los delitos de lesión no se adelanta la sanción, sino que el derecho penal responde como debería, como una reacción ante una acción que produjo un resultado prohibido. En otras palabras, se exige, junto a la realización de la acción u omisión la producción de un resultado material, de un cambio en el mundo exterior, como consecuencia directa de la conducta desarrollada por el sujeto activo. En sí los delitos de resultado exigen para la tipicidad la constatación de la causalidad. En esa misma línea de pensamiento, tenemos que según como se describa la conducta típica, será necesario para que el delito se consume la lesión del bien jurídico, ejemplo típico el delito de homicidio, que se consume cuando se destruye o se quita la vida humana. El autor Leandro (2011) ahonda un poco más en el concepto al indicar:

En algunos casos se afirma que el Derecho Penal lo que reprime son acciones y no resultados, ya que el resultado en sí mismo no es necesario, al punto que se castiga, por ejemplo, la tentativa, donde no existirá el resultado (por ejemplo, en la tentativa de homicidio donde la víctima ni siquiera sufrió lesiones). En tales casos, la pena se mantiene como un simple desvalor de acción y no de resultado, con lo cual se pretende demostrar la inconsistencia de la teoría, que afirma la necesidad de afectar al bien jurídico. En efecto, tales casos sancionan peligros, pero de tipo concreto, donde la conducta puso en inminente y próximo peligro el bien tutelado y eso debe demostrarse en juicio. No ocurre lo mismo en los delitos de peligro abstracto por lo que la crítica no es admisible. En la tentativa, no hay duda de que el resultado no se produjo por causas ajenas al imputado, pero estuvo cerca de producirse. En los delitos de peligro abstracto esa lesividad es, a lo sumo, remota cuando no nula (p.88).

Resulta importante tener presente que la concepción de lo ilícito considera que, junto a la lesión del bien jurídico, o sea el desvalor de resultado, se deben incluir los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento, o sea el desvalor de acción. Lo que conlleva a que la completa exclusión del desvalor del resultado en la actualidad vendría no solo a confundir el tema de los delitos de peligro abstracto, sino que también vendría a eliminar toda la diferencia que la doctrina ha realizado entre los hechos en estado de tentativa, los hechos frustrados y los hechos finalmente consumados.

El tratadista Muñoz (2015) definió el desvalor de acción y de resultado de la siguiente manera:

El contenido material de la antijuricidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*desvalor de resultado*) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (*desvalor de acción*) (p.327).

Desde esa óptica, ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son, por tanto, igualmente importantes al estudiar los delitos de lesión o resultado, en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Ejemplo de ello es la prohibición de robar, como una consecuencia de la protección y el valor que se le concede a la propiedad.

2.2.2. Delitos de peligro.

Los llamados “delitos de peligro” corresponden a una categoría de tipos penales designados, en general, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación la relación de lesividad o afectación que los vincula con el bien jurídico cuya protección justifica la punición. Desde dicha perspectiva se les ha concebido tradicionalmente como delitos cuyo centro radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. Así se evidencia en los llamados delitos de peligro concreto. Sin embargo, en ocasiones, dicha consecuencia (el riesgo) pasa a ser presumida por el legislador ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre este y la conducta a incriminar o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos, dando con ello lugar a los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto. Estos últimos; por ello, aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad y no de resultado en tanto el peligro (como consecuencia o, más propiamente, como resultado jurídico) ha sido la ratio o motivo del legislador (Maldonado, 2006, p.26)

Dicho lo anterior, salta a la vista la importancia de aclarar y definir el significado de peligro, riesgo y miedo, sobre esos términos nos dice el Diccionario de la Real Academia Española:

Peligro: es el riesgo o la contingencia inminente de que suceda algún mal”, agregando una segunda acepción según la cual peligro también es “el pasaje, paso, obstáculo u ocasión en que aumenta la inminencia del daño.

Riesgo: se entiende como “peligro contratiempo posible, daño, siniestro, eventualmente garantizado por las compañías de seguros mediante el pago de una prima, exposición.

Miedo: es el sentimiento de gran inquietud suscitado por un peligro imaginario (Muñoz, 2000).

De los anteriores datos se desprende que para una adecuada comprensión de la problemática actual de los delitos de peligro, se hace evidente que el esquema tradicional de tratamiento no da debida cuenta de su complejidad, resulta además equívoco al confundir las dos aplicaciones lo cual es posible hoy en día reconocer en la utilización del “juicio de peligro” en el contexto de la estructura del delito, ya sea como atributo de una conducta (juicio de peligrosidad) o como resultado derivado de su ejecución (resultado de peligro).

Sobre el concepto de los delitos de peligro, es de gran importancia el término peligro del que Maurach (1962) nos dice: “se califica de peligro a un estado irregular, no usual, en el que dadas las circunstancias concretas, se considera probable, según una provisión posterior-objetiva, la producción de un daño” (p.277).

Por otro lado, es posible apreciar cómo en la actualidad el parámetro de la peligrosidad del comportamiento constituye uno de los referentes al que en mayor medida se recurre como juicio real o presunto (concreto o abstracto, respectivamente) en el contexto del llamado “moderno derecho penal”, caracterizado en una de sus vertientes por priorizar configuraciones típicas constitutivas de lo que se ha dado en llamar “adelantamiento en el ámbito previo”, ello genera hipótesis punibles en las que resulta difícil dar cuenta satisfactoria de los principios que tradicionalmente eran exigidos de manera uniforme para atribuir al uso del recurso penal carácter legítimo.

Dicho lo anterior, se puede establecer con meridiana claridad que dos componentes característicos del peligro son: 1) La probabilidad de que se produzca un resultado o riesgo inminente y 2) El carácter dañoso o lesivo de ese resultado. *Contrario sensu* si falta uno de esos

dos componentes no estaríamos ante un peligro real. Sobre el particular señala Rholand (1976): “No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando mismo concuerda con nuestros intereses o nos los afecta” (p.18).

En esta sociedad moderna en la que nos ha tocado vivir, vemos que el ser humano desarrolla diferentes actividades, donde utilizamos indistintamente los términos de peligro y riesgo, incluso se les ve como sinónimos. Dada la insignificancia que generan algunos riesgos, no necesariamente deben ser tratados por el Derecho Penal, el cual siempre lleva la etiqueta de potencial y dañosidad. El tema incluso ha sido tratado por nuestra jurisprudencia constitucional, la que en su momento indicó:

...el riesgo siempre es producto de una acción por lo que es correspondiente con la construcción de la culpa, pero el peligro, cuya fuente no siempre está bajo el control humano resulta excesiva para correlacionarla con una acción, siquiera que esta sea culposa o imprudente... Sala Constitucional (voto 2010-8298).

Al respecto, siempre tratando de explicar que sobre la base de la situación de un sujeto respecto al bien jurídico tutelado por la norma, es como realmente se pueden entender los conceptos de acción, riesgo y daño. Refiere Muñoz (2008):

Recordemos que el concepto de “acción” ligado a un comportamiento humano exterior, material o empíricamente manifestable, tanto comisivo como omisivo. Por así decirlo, es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica siempre finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final (p.9).

Por otro lado, dadas las constantes y continuas actividades humanas modernas, que generan peligro o un riesgo, como por ejemplo la farmacéutica, la agroquímica, la industria, etc. Vemos cómo en la actualidad el parámetro de la peligrosidad del comportamiento constituye uno de los referentes al que en mayor medida se recurre como juicio real o presunto (concreto o abstracto,

respectivamente) en el contexto del llamado “moderno derecho penal”, caracterizado en una de sus vertientes por priorizar configuraciones típicas constitutivas de lo que se ha dado en llamar “adelantamiento en el ámbito previo”, lo cual genera hipótesis punibles en las que resulta difícil dar cuenta satisfactoria de los principios que tradicionalmente eran exigidos de manera uniforme para atribuir al uso del recurso penal carácter legítimo. (Maldonado, 2006, p. 24)

Sobre el juicio de peligro y riesgo, nos dice Bacigalupo (1999):

La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación, como se dijo, de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por éste. El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un estado que debe ser verificado expresamente por el juez. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es aquel en el que el autor ha obrado (juicio ex-ante). En tal juicio deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas por el autor (toda vez que, si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, no hubo riesgo, pues el conocimiento ex-post de todas las circunstancias demuestra en estos casos que el bien jurídico no corrió peligro). El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya podido conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado (p.313).

Sobre el concepto y la naturaleza de los delitos de peligro, los autores Sánchez y Rojas (2009) señalan que la categoría de los delitos de peligro se obtiene por contraposición a la categoría de los delitos de lesión al bien jurídico tutelado, o sea que unos se consuman con la producción de una lesión o daño efectivo, mientras que otras exigen para su consumación únicamente la producción de un peligro. Propiamente refieren lo siguiente:

Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, no todos los resultados son relevantes para el legislador. Los tipos penales que solo requieren la realización de la acción (por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico), se conocen como delitos de mera actividad (v. gr. incumplimiento de deberes, falso testimonio), o de mera inactividad (omisión de auxilio). Cuando un tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u

omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), nos encontramos ante los delitos de resultado (v. gr. el delito de daños requiere que la cosa ajena sea destruida, inutilizada o desaparecida. Los delitos de lesiones requieren, como mínimo, que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días). En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre delitos de lesión (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y delitos de peligro. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar (pp. 91-92).

Por su parte Hassemer (1989) define los delitos de peligro como aquellos en que: "...no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar" (p.275).

De los conceptos anteriormente citados, podemos ir concluyendo que los delitos de peligro son aquellos cuya consumación se produce tan pronto el bien jurídico tutelado ha sido expuesto al riesgo de ser lesionado. En esa misma línea de pensamiento, nos dice Zúñiga (1990):

Debemos inclinarnos por el criterio que formula la distinción con fundamento en la referencia al bien jurídico tutelado, lo cual implica aceptar –como consecuencia lógica–, que todo delito produce un resultado, ya sea de una lesión, para el bien jurídico tutelado por la respectiva norma penal (p.16).

Dicho lo anterior, tenemos por sentado entonces que los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En el apartado siguiente se aborda el tema por separado y se ahonda en dichos conceptos.

2.2.3. Delitos de peligro concreto.

Los delitos de peligro concreto llevan aparejado que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. Es decir, tales delitos solo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso en particular. Al respecto, dice Bacigalupo (1999):

La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto (p.312).

Sobre el mismo tema refiriéndose a los delitos de peligro concreto, Roxin (1997) refiere:

Son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal. En otras palabras, son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro; por esa razón, estos delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente un peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en el caso particular. Los delitos de peligro son delitos de resultado. Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posterior que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado debe haberse realizado en un resultado que suponga un resultado de “peligro concreto” que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la acción que la originó, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar, la acción inculpada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción p.e. los adelantamientos temerarios (p.336).

Como se puede notar, al comenzar a hablar de peligro, el Derecho Penal se estremece, pues se le exige que adelante los límites de protección, ya que tales conductas delictivas implican la

imposición de sanciones a acciones u omisiones que no conllevan una lesión al bien jurídico, sino que tan solo lo expusieron a una situación que represento una posibilidad de lesionarlo.

Sobre esa diferenciación que existe entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto, el tratadista Hefendehl (2002) lo ejemplariza de la siguiente manera:

Si una persona conduce bebida y después de observar cómo un ciclista se cruza directamente en su trayectoria, consigue en el último segundo, con un giro de volante esquivar a éste, puede ser condenado por un delito de peligro concreto. Un caso de peligro abstracto en este mismo ámbito podría venir referido a la condición bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar una situación crítica, es decir, cuando uno conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no produce una situación crítica (p.134).

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX, concretamente desde la década de años sesentas, que se espera que el Derecho Penal intervenga en acciones o situaciones de peligro, es decir, antes de que se produzca el resultado. Al respecto el autor Leandro (2011) señala:

Frente al avance tecnológico y, sobre todo, a través de la teoría de la imputación objetiva (que la ha impulsado sobremanera), se ha retomado la noción de riesgo permitido, es decir, comprender que hay acciones que, pese a ser peligrosas, se requieren para desarrollar la vida en sociedad, tal y como la conocemos en Occidente. Surge, además, la disposición de aceptar ese riesgo siempre que se haga de acuerdo con reglas previamente establecidas para disminuir el peligro mismo de la actividad y mientras existan ventajas evidentes que legitimen la tolerancia de ese peligro (p.93).

En esa misma línea de pensamiento, al respecto afirma el autor Reyes (1996):

La tesis de ponderación de intereses no contiene afirmaciones equivocadas pero su generalidad la hace más apropiada para constituir el fundamento del riesgo permitido (...) sólo cuando las desventajas de la actividad peligrosa puedan ser reducidas a los límites socialmente tolerables por medio de la razonable medida de seguridad que no entorpecieran definitivamente su desarrollo, podría afirmarse que los riesgos de ella emanados son permitidos (pp. 108-109).

De las citas anteriores podemos concluir, sin temor a equivocaciones que, en los delitos de peligro concreto, debe acreditarse en qué consistió el peligro para el bien jurídico. Dicho de otra forma, se debe demostrar que la acción u omisión juzgada y desplegada por el sujeto activo, era apta para lesionar el bien jurídico y, además estuvo muy próxima a lesionarlo. Reviste especial importancia demostrar la cercanía de ese peligro con el bien jurídico, pues la sola conducta peligrosa no se basta, pues en ese supuesto se estaría en presencia de un peligro abstracto y no de uno concreto.

Por esa razón, a esos casos se les tiene como delitos de resultado, aunque evidentemente el resultado no se produce. En ese sentido explica Roxin (1997):

Tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir, se distinguen de los delitos de lesión (...) en lo esencial no por criterios de imputación divergente, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente (p.336).

Sobre el problema que presentan los delitos de peligro concreto, de cómo configurar el peligro. El tratadista Roxin (1997) aludiendo a algunos precedentes jurisprudenciales alemanes, expone:

En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción (...) el punto débil de esta solución radica en que para enjuiciar el “peligro próximo” o la “probabilidad” de una lesión, la misma sólo puede remitir a la experiencia de la vida del juez y por lo tanto no puede indicar ningún criterio objetivo (p.336).

Por su parte, el tratadista Jescheck (1981) al dar su definición de peligro, también comparte el mismo problema, propiamente expone: “Un estado desacostumbrado y anormal en el que, para un observador experto, puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la producción de un daño cuya posibilidad resulta evidente” (p.358).

De conformidad con las citas anteriores, queda por sentado la definición de peligro y proximidad propio de estos delitos de peligro concreto, que se pretende legitimar con criterios

utilizados en el derecho administrativo, con términos como “evidente” y “manifiesto” para su construcción. Pero si esta construcción presenta ciertos problemas de frente al principio de legalidad, más los tiene la siguiente forma de construir tipos penales.

2.2.4. Análisis de los delitos de peligro abstracto.

Como consecuencia del desarrollo industrial, progreso científico, económico y tecnológico, en la sociedad moderna se realizan una serie de actividades que general “nuevos riesgos”, los cuales tienen su origen en decisiones y actividades humanas, que llevan aparejadas la posibilidad de causar daños a la sociedad, como por ejemplo la utilización de la energía atómica, la genética, fabricación de medicinas, actividades y productos que son un peligro potencial para la salud e incluso la vida. En ese sentido el profesor Fernando Villamor Lucía, en su artículo para el Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, señala:

En esta última década, un tema que ocupa intensamente a la ciencia jurídico penal es la pregunta sobre el fin y la legitimación de los delitos de peligro abstracto. Su contribución a la expansión del Derecho penal ha sido criticada y expuesta, entre otros, por el profesor Jesús María Silva Sánchez. En Alemania, la opinión se halla dividida entre aquellos que los rechazan, como la escuela de Frankfurt representada por Hassemer, y otros que los consideran necesarios como Berd Shunemann y fundamentan su legitimación como Urs Kindhauser. Es clásica la división de tipos penales según se requieran para su consumación simplemente la realización de la conducta prohibida, por ejemplo, el falso testimonio en los que no se requiere un resultado potencial o efectivo que se separe de la acción del autor. Son los delitos de simple actividad. Son delitos de resultado, cuando hay una modificación sensible del mundo exterior y hay una separación temporal con la acción del sujeto. Estos delitos pueden consistir en una “lesión” del bien jurídico mediante el daño o la modificación del objeto material (en el homicidio, la muerte; en el robo, la afectación patrimonial) o en una “puesta en peligro” en los que no se exige el daño, basta que el bien jurídico protegido haya sido puesto en peligro. Rodríguez Devesa, sostiene que el delito de peligro no comporta la destrucción, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca, “La naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración ex ante, porque el peligro existe en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto,

con aquello quod plerumque accidit. Un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula ex post. El peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca “pudo” pasar otra cosa que lo efectivamente ha sucedido”. En consecuencia los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad que se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa y el juez no tiene que entrar a valorar si esa peligrosidad podría o no ocasionar el daño. Riquert afirma que, los delitos de resultado podrán ser de “resultados de lesión” o de “resultado de peligro” (que será concreto) quedando como simple “delitos de peligro”, los de peligro abstracto, cuya constitucionalidad se discute a partir de no satisfacer los requisitos mínimos de lesividad material.

Al respecto Wessels (1980) indica:

En los delitos de peligro abstracto es fundamental la suposición legal de que formas de conducta determinadas son generalmente peligrosas para el objeto de protección. Aquí, la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso en particular (p.9).

La doctrina mayoritaria se inclina por la posición de que, para la peligrosidad de la acción, se hace necesario establecer que, para el momento de realización de la conducta, este presente como no absolutamente improbable que se produzca la lesión del bien jurídico. Este criterio lo reafirma Zaffaroni al indicar que, por imperativo constitucional, se debe partir de la premisa de que solo existen dos tipos, que son: Tipos de lesión y tipos de peligro, y que en los de peligro siempre debe estar presente una situación de riesgo de lesión en el mundo exterior. Propiamente Zaffaroni (2005) literalmente afirma: “en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y en caso negativo no es admisible la tipicidad objetiva” (p. 371)

En consecuencia, con lo anterior expuesto, se tiene por sentado que, en los delitos de peligro concreto, resulta indispensable la demostración de la afectación al bien jurídico, mientras que, en los delitos de peligro abstracto, basta con que se demuestre una acción efectuada, sin que interese la demostración de una afectación o puesta en peligro concreto del bien jurídico. Leandro (2011) manifiesta:

Lo esencial en estos delitos es la peligrosidad de la conducta en sí misma: por ejemplo, el verter una sustancia toxica en el cauce de un rio puede que no genere un daño si la cantidad es mínima, sin embargo, esa acción por si sola es peligrosa, lo que la hace sancionable penalmente; esto por cuanto se requiere de la proximidad de la lesión del bien jurídico para penalizar, sino que se procura identificar un peligro que es inherente a la acción misma (p.96).

Para Jakobs, la criminalización anticipada implica claramente un adelantamiento de los límites de protección, sin que se pueda establecer claramente donde comienza el peligro, ya que evidentemente ese aspecto es muy subjetivo. Advirtiendole que incluso surge el peligro de criminalizar los pensamientos, pudiendo desembocar estas prácticas en un Derecho Penal del enemigo, y no así el derecho penal de los ciudadanos. Incluso Jakobs (1997) de forma lapidaria señala:

Las ataduras son constitutivas para el Estado de Libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho Penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. (p. 322)

En consonancia con las citas anteriores, tenemos que todo comportamiento humano, se manifiesta y afecta el mundo exterior, genera efectos de tipo físico, e incluso psíquico, por lo cual no hay conducta humana sin efectos, sin resultado. Entonces, si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico. Lo cierto es que se han dividido en diferentes grupos, según sea el caso. Se les han llamado delitos de resultado o lesión, delitos de mera actividad y delitos de peligro.

En este grupo de delitos la realización del injusto típico se agota en la última acción realizada por el autor, sin que se espere de dicho accionar un resultado. Ello basado siempre en la “sociedad del riesgo”. Sobre el tema Leandro (2011) señala:

Existe una estrecha vinculación entre el peligro abstracto y el riesgo. La sociedad actual presenta una serie de adelantos científicos y tecnológicos que generan problemas ambientales, económicos, informáticos, etc. Todo ello ha llevado a dictar normas penales que tutelan alguno de los aspectos citados. Conforme se van conociendo los riesgos que los

adelantos representan y la imposibilidad de evitar la tecnología o la investigación científica, la sociedad pretende una regulación que se anticipe a posibles resultados dañosos, puesto que las generaciones de esos no son individuales, sino que normalmente son masivos en virtud del alcance de las investigaciones y adelantos tecnológicos que llegan a una considerable cantidad de personas (p.44).

En ese mismo sentido, refiriéndose a la problemática que presentan los delitos de peligro abstracto, en cuanto se adelantan a la afectación del bien jurídico tutelado, Paredes (1995) manifiesta: “es posible distinguir dos clases de problemas: de una parte, problemas de verificación y, de otra, problemas de vaguedad en la delimitación del objeto y del termino de referencia del juicio de peligro o peligrosidad” (p.180).

Sobre el adelantamiento que se produce en la protección del bien jurídico en los delitos de peligro. Sánchez (2009), nos hace esta diferenciación:

En los delitos de peligro, se produce un adelantamiento de la protección del bien jurídico, a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión, y se dividen en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Si bien ambos tipos requieren un desvalor de acción, en los delitos de peligro concreto, se exige un verdadero desvalor del resultado (el peligro si constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez debe comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado de manera causal y objetivamente imputable a este, mediante un juicio ex ante, en donde se tomen en cuenta los conocimientos del sujeto).

En tanto los delitos de peligro abstracto, sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo el peligro para el bien jurídico protegido; es decir, se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal, basada en la consideración de que determinados comportamientos son *generalmente peligrosos* para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico (así los delitos de peligro abstracto son, en realidad delitos de mera actividad) (p.189).

Un sector importante de la doctrina parte del criterio, de que en los delitos de peligro abstracto se castiga sin tener en cuenta si este tiene fundamento o no. Entre ellos el tratadista

Maurach (1962) señala: “se castigan sin tener en cuenta si el peligro tiene o no fundamento en el caso concreto, presumiéndose la existencia del dolo o culpa respecto a este resultado potencial” (p.278).

Los delitos de peligro abstracto han encontrado un gran ámbito de aplicación, sobre todo en los delitos económicos, ambientales e informáticos, así como en otros campos menos representativos. Al respecto el profesor Arroyo Zapatero, en su artículo para La Revista Penal, *Derecho penal económico y Constitucional*, nos dice:

Pero sin duda alguna, el punto neurálgico de las relaciones entre el Derecho penal económico y el principio de fragmentariedad y ofensividad lo constituye la utilización de delitos de peligro. Lo primero que ha de analizarse antes de criticar la utilización de tipos de peligro, es lo que podríamos denominar: la perspectiva del peligro. La idea de peligro hace referencia al objeto que es puesto en ese estado, al bien jurídico protegido. De ahí que la doctrina más moderna distingue entre dos tipos de delitos de peligro, aquellos que están orientados a la protección de intereses individuales y aquellos otros que utilizan en la protección de un bien jurídico supraindividual, un interés difuso o bien jurídico colectivo no reducible a bien individual (p.07).

Continúa indicando el profesor Arroyo Zapatero en la publicación ya señalada:

Desde esta perspectiva, la mayoría de los tipos del Derecho penal económico avocados a la protección de bienes jurídicos supraindividuales no pueden calificarse propiamente de delitos de peligro. Pero, por otro lado, cuando se trata de un bien jurídico supraindividual con referencia a intereses individuales, el legislador español ha desechado normalmente la utilización de delitos de peligro abstracto. Incliniéndose con frecuencia por formulas cercanas a la del peligro hipotético, que obliga al juez a comprobar la efectiva idoneidad del comportamiento para causar una lesión relevante al interés individual que se ampara tras el bien jurídico. Este es el caso por ejemplo, del delito publicitario, de la mayoría de las modalidades del delito alimentario nocivo o de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales.

Cuando se habla de delitos ambientales, económicos e informáticos, se genera una preocupación importante en las personas. En caso de los primeros, se argumenta que el medio ambiente es fundamental para la vida del ser humano y se piensa, sobre todo, en las “futuras generaciones”: ¿Qué le dejaremos a nuestros hijos y nietos si somos administradores del medio y no sus dueños? Todo ello ha llevado a que se asuman actitudes de máxima conservación. En esa misma línea de pensamiento Beck (1998) señala:

No existe semejanza alguna entre lo que significaba cortar un árbol hace 100 años con lo que implica actualmente. En efecto por motivos urbanísticos, de cambio de suelo, etc. Estamos enfrentando una limitación en los recursos maderables, que influyen además en los mantos acuíferos (p.77).

De igual forma, los delitos informáticos constituyen otra de las grandes preocupaciones de la sociedad moderna. Con el uso de las computadoras se da una gran colocación de información, así como trámites y transacciones de dinero, entre personas, bancos y empresas. Todo ello ha generado que personas inescrupulosas se dediquen a crear software espías para generar beneficios patrimoniales ilícitos en perjuicio de terceros. Al abordar el tema Borja (2003) dice:

Para castigar el delito de estafa con arreglo a los criterios tradicionales, es necesario que el comportamiento defraudatorio engañe o produzca un error en una persona, y no en una máquina. Ha sido necesario, por tanto, que el legislador llevase a cabo un esfuerzo por adaptar la ley a las nuevas formas de violación de bienes jurídicos patrimoniales que se producen a través de medios informáticos (p.307).

Ahondando un poco más sobre el tema, refiere Borja (2003):

La política criminal de lucha contra la delincuencia informática debe ir encaminada, en primer lugar, a crear una legislación penal sustantiva y procesal que pueda desarrollarse en un conjunto importante de Estados seriamente implicados en esta actividad de hacer frente a dicha criminalidad. Se tiene que establecer, por tanto, un mínimo de comportamientos lesivos a bienes jurídicos sustanciales que deban elevarse por los respectivos códigos penales al carácter de delictivos (p.320).

2.2.5. Delitos de Peligro Hipotético

Es importante señalar que en la doctrina española existe lo que se les ha llamado delitos de peligro hipotético o de peligro presunto, los cuales son muy similares a los delitos de peligro abstracto. Este tipo de delitos, al igual que los delitos de peligro abstracto se caracterizan por que no solamente, no es necesario, que se llegue a producir una lesión del bien jurídico que se pretende proteger, sino que ni siquiera el resultado del peligro para el mismo ha de ser probado, bastando con que se verifiquen los presupuestos del tipo, ya que el peligro solo se presume y no resulta necesario la concreta puesta en peligro del bien.

Sobre las similitudes entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro hipotético el autor Torio (1981), señala:

Por último, los delitos de peligro abstracto que designamos como delitos de peligro hipotético, en los que el tipo no reclama tampoco, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero si una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo penal. (p.826)

Por su parte el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Segundo Circuito Judicial de San José, en resolución de las diez horas treinta y cinco minutos, del veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, al referirse al delito de portación ilegal de arma permitida, hace también referencia a la similitud que existe entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro hipotético:

Es cierto que se hace una referencia al daño social y no se especifica a quien afecta, pero se debe entender que cuando se menciona el daño social o la sociedad, como en el presente asunto, la referencia es genérica y no específica hacia alguien en concreto, esa es la intención del legislador cuando implementa delitos de peligro como en el caso de marras, en los que no necesariamente hay un resultado concreto, sino que el mismo es potencial, dentro de las categorías de los delitos de peligro se estilando, los de peligro hipotético cuando se está lejos del resultado y los de peligro concreto cuando se está cerca del resultado, para el caso bajo estudio, al ser detenido el encartado cuando caminaba por la vía pública sin haber afectado a nadie, se trata entonces de una acción de peligro abstracto, pero en ambos casos sin que el mismo se produzca, pero en definitiva

la referencia de la peligrosidad en el caso de interés es adecuada a derecho, por ello se debe declarar sin lugar el motivo de apelación planteado.

Con la jurisprudencia citada, se concluye que lo más acertado en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, o peligro potencial, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

Sobre ese mismo tema nuestra Sala de Casación Penal, en la resolución 2009-00389, de las once horas treinta y cuatro minutos del veinticinco de marzo de dos mil nueve, indico:

En la acción de revisión se aduce que, el hecho de portar el arma de fuego permitida por parte del sentenciado C, siendo que la misma le pertenecía al coimputado D. y era quien la tenía inscrita y tenía registrado el permiso de portación de armas, no era posible subsumir ese proceder en el tipo penal de la portación ilegal del arma permitida. Este argumento no fue aceptado en sentencia y fue condenado por este delito; sin embargo, esta Sala en el voto de mayoría que ahora nos ocupa, declara parcialmente con lugar el procedimiento de revisión en este aspecto, absolviendo al imputado C. por el delito de portación ilegal de arma permitida, conforme la petición de la defensa técnica del sentenciado. En este aspecto, es en el cual discrepo del criterio de la mayoría de esta Sala, pues considero que sí existe un proceder delictivo del sentenciado C. al momento de la portación de arma permitida. La norma penal en discusión, correspondiente al art. 88 de la Ley de Armas y Explosivos (Ley N° 7957 del 17 de diciembre de 1999, donde se incorpora un nuevo artículo 88), señala; “Se impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso”. Es necesario partir del estudio de la naturaleza del tipo penal que nos ocupa, el cual es un delito de peligro abstracto, donde no se requiere un resultado en el mundo externo o físico, como tampoco una verdadera puesta en peligro del bien jurídico “seguridad pública”, porque de entenderse así, estaríamos hablando de un delito de peligro concreto o, como se refiere por la doctrina española, de peligro hipotético, que debe describir el tipo penal y acercarlo tanto al resultado que casi se podría llegar a confundir con el mismo. Por ello, la dogmática penal, poco preferente por los delitos de peligro concreto, admite sin reserva los delitos de peligro abstracto, como lo sería, sin lugar a dudas el de portación ilegal

de arma permitida -vrg.; de igual forma, el delito de conducción temeraria (art. 254 bis) de la novísima y vigente Ley de Tránsito, donde no se requiere un peligro (concreto) efectivo y cercano al resultado, para cometer el delito de conducción temeraria, únicamente que se realice bajo algunos de los supuestos del tipo penal, como lo son, exceso de velocidad superior a los 150 o más kilómetros por hora, y, el tener una concentración de alcohol en la sangre superior al 0,75 gramos de alcohol por cada litro de sangre. Por ello, el exceso de velocidad y la misma ingesta alcohólica abusiva, pueden ser conductas delictivas, aunque se realicen en despoblado, sin que se pueda percibir, en forma cercana o frecuente, la presencia de personas o vehículos-. En el caso concreto, estamos ante un tipo penal de peligro abstracto, donde no se requiere el resultado como tampoco la verdadera y real puesta en peligro de bien jurídico protegido por la norma; por lo cual, el hecho de que la embarcación se encuentre navegando en el mar y a una considerable distancia de otras personas o embarcaciones, siempre sería posible pensar en la consumación y realización típica de la conducta con su sola portación sin contar con el permiso correspondiente. Se debe tener presente que, los delitos de peligro no admiten la tentativa -vrg.; el delito de tráfico de drogas-, por lo que el inicio de la ejecución del delito lo haría consumado, diferente consecuencia sucedería en los delitos de resultado, donde el mismo momento del inicio de la ejecución, permitiría la consideración de la tentativa, en caso que no se logre su consumación por causas ajenas al autor del hecho. Aunado a lo anterior, no resulta atendible que al encontrarse al lado del sujeto que porta ilegalmente el arma se encuentre la persona autorizada para portar la misma, provocaría la inexistencia del proceder delictivo por atipicidad. En el mismo sentido, no es posible imaginar que el permiso que se extiende en forma específica a una persona y únicamente a ella -referencia esencialmente personalísima-, para portar armas, logre extenderse, por cercanía o amistad, a terceras personas, por más que las mismas se encuentren al lado de quien sí cuenta con esta autorización estatal. Lo anterior conllevaría, sin remedio, a hacer inútil la aplicación del precepto legal y lo convertiría en derecho penal simbólico, inaplicable e innecesario. Ahora bien, en el presente caso, es evidente que se trata de dos narcotraficantes, los cuales transportaban droga con la finalidad de su final comercialización, siendo que C. tenía bajo su poder y control el arma de fuego, no por simple coincidencia o mala suerte de momento, sino que lo era con los fines de vigilancia y resguardo en caso de que terceros quisieran adueñarse de la droga que celosamente protegían adherida a sus cuerpos, como se logra concluir en aplicación de las reglas de la experiencia, lógica y sentido común. Conforme lo dicho, no podemos pensar en su inocencia,

como tampoco en su pueril portación del arma, por el contrario, la misma servía para repeler cualquier intervención súbita de otros para apoderarse de la droga y, por tanto, el tipo penal resulta amplia y completamente cumplido por el actuar delictivo de C. (Sala de Casación Penal, resolución 2009-00389).

2.2.6. Los delitos de peligro abstracto en la normativa costarricense.

Para una mejor comprensión de los delitos de peligro abstracto, a continuación, se enumerarán los delitos de peligro abstracto, contenidos en la normativa costarricense. Si bien es cierto, con este trabajo no se trata de realizar un análisis dogmático de cada uno de los tipos penales, sí se considera importante citarlos para una mejor comprensión de la política del riesgo en el quehacer jurídico nacional. Siendo que dentro de la gran gama de delitos de peligro encontramos los siguientes de peligro abstracto que contiene la normativa costarricense:

Tenencia de materiales explosivos: (artículo 250 del Código Penal, párrafo último). Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años el que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere o tuviere bombas o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sustancias o materiales destinados a su preparación. La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo presumir que contribuye a la comisión de delitos, diere instrucciones para la preparación de las sustancias o materiales a que se refiere el párrafo anterior. Se le impondrá prisión de dos a cuatro años a quien tuviere en su poder, para fines distintos a los señalados, sin autorización de las autoridades correspondientes, los materiales indicados en el párrafo primero del presente artículo.

Asociación ilícita: (artículo 274 del Código Penal). Será reprimido con prisión de uno a seis años, quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. La pena será de seis a diez años de prisión si el fin de la asociación es cometer actos de terrorismo o secuestro extorsivo.

Conducción temeraria: (artículo 261 bis del Código Penal). Se impondrá pena de prisión de uno a tres años, en los siguientes casos: a) A quien conduzca un vehículo automotor en las vías públicas en carreras ilícitas. b) A quien conduzca un vehículo automotor a una velocidad superior

a ciento cincuenta kilómetros por hora (150 km/h). c) A quien conduzca un vehículo automotor en las vías públicas bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con una concentración de alcohol en sangre superior a cero coma setenta y cinco gramos (0,75 g) por cada litro de sangre o con una concentración de alcohol en aire superior a cero coma treinta y ocho miligramos (0,38 mg) por litro, en ambos supuestos para cualquier tipo de conductor, o con una concentración de alcohol en sangre superior a cero coma cincuenta gramos (0,50 g) de alcohol por cada litro de sangre o con una concentración de alcohol en aire superior a cero coma veinticinco miligramos (0,25 mg) por litro, en ambos supuestos, si se trata de un conductor profesional o de un conductor al que se le ha expedido por primera vez la licencia de conducir en un plazo inferior a los tres años, respecto del día en que se detectó la presencia del alcohol. Igual pena se aplicará a quien conduzca bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias que produzcan estados de alteración y efectos enervantes o depresivos análogos, de acuerdo con las definiciones, los alcances y las características que haya establecido el Ministerio de Salud. En todas las circunstancias anteriores, además se le inhabilitará para conducir todo tipo de vehículos de dos a cuatro años. Al conductor reincidente se le aumentará la pena de prisión en un tercio. Cuando se imponga una pena de prisión de dos años o menos, el tribunal podrá conmutar la pena privativa de libertad por una multa pecuniaria la cual no podrá ser menor de un salario base, ni mayor de tres salarios base mensual, correspondiente al "Auxiliar Administrativo Uno" que aparece en la Relación de Puestos del Poder Judicial, de conformidad con la ley de presupuesto ordinario de la República aprobada en el mes de noviembre anterior a la fecha en que se cometa la infracción de tránsito, o bien, la imposición de una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública que podrá ser desde cien horas hasta trescientas horas de servicio, en los lugares y la forma que se dispongan por la autoridad jurisdiccional competente. La pena de inhabilitación será comunicada al órgano competente del MOPT para su efectiva aplicación.

Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas: (Ley número 8204, artículo 77 inciso b). La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando en las conductas descritas en los delitos anteriores concorra alguna de las siguientes circunstancias en el autor o partícipe: a) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años, disminuidos psíquicos o mujeres embarazadas. b) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias

psicotrópicas se introduzcan o difundan en centros docentes, culturales, deportivos o recreativos, en establecimientos penitenciarios y lugares donde se realicen espectáculos públicos.

Ley de armas y explosivos: (artículo 97). Portación ilícita de arma permitida. Salvo lo dispuesto en el artículo 8 de esta ley, se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, a favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo el control de sus autoridades, a quien porte un arma blanca cuya hoja exceda de doce centímetros de extensión.

Ley de zona marítimo terrestre: (artículo 61). Quien explotare, sin la debida autorización, la fauna o flora existentes en la zona marítimo terrestre o los manglares a que se refiere el artículo 11, será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, sin perjuicio de las sanciones de otro tipo que procedieren y salvo que el hecho implicare un delito de mayor gravedad.

2.2.7. Concepto y abordaje de jurisprudencia en los delitos de peligro abstracto.

Sobre el tema de los delitos de peligro abstracto, existe abundante jurisprudencia. Tanto nuestra Sala Constitucional, la Sala de Casación Penal como los diferentes Tribunales de Apelaciones, han emitido criterios sobre este grupo de tipos penales tan particulares, a continuación, citaremos y analizaremos algunos de los pronunciamientos más importantes y representativos.

La doctrina y la jurisprudencia han distinguido los delitos de resultado de los delitos de peligro, pues mientras en los primeros se produce la destrucción o afectación del bien jurídico, con la consiguiente lesión de interés, en los delitos de peligro el legislador ha tomado solo en cuenta, para estructurar el tipo, la probabilidad de que el bien jurídico puede resultar dañado, como consecuencia de la conducta realizada por el agente. Sobre esta diferenciación entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto nuestra Sala de Casación Penal, en la resolución 1014-2004, ha señalado:

III.- ÚNICO MOTIVO DE CASACIÓN POR EL FONDO: *Falta de aplicación del numeral 24 del Código Penal.* Para la impugnante, el bien jurídico no se lesionó. Su representada no logró pasar de los puestos de requisa y en consecuencia, su conducta no es más que un intento de ingresar droga a un centro penal. Tratándose de un hecho tentado, la

pena podría disminuir e inclusive, podría concederse el beneficio de ejecución condicional. **El alegato no es de recibo.** De manera reiterada, esta Sala ha indicado que en los delitos de peligro abstracto como el que aquí se investiga, no podría hablarse de tentativa: *“Es cierto, como bien lo expone el recurrente, que la mayoría de los tipos penales previstos en la legislación sobre drogas son de peligro abstracto, en los cuales no se requiere de una afectación real y afectiva al bien jurídico tutelado, por lo que prácticamente resulta impensable la existencia de una tentativa (cfr. voto de esta Sala N° 6832-F-91, de las 9:55 horas del 13 de diciembre de 1991). Sin embargo la anterior premisa corresponde aplicarla fundamentalmente a los tipos básicos establecidos en la normativa ya citada, puesto que en los procesos seguidos por esos tipos penales no se requiere la demostración concreta de que el bien jurídico tutelado (la salud pública) se haya puesto en peligro con el trasiego de droga, porque el legislador ha efectuado ya una valoración de esa conducta y la ha estimado peligrosa para el bien protegido, sin que deba verificarse como condición previa a la declaratoria de culpabilidad. A lo anterior debe sumarse la diversidad de verbos que recoge dicha normativa, comprensiva a su vez de una gran cantidad de actos (distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, transforme, prepare, produzca, transporte, almacene, venda, cultive, posea, etc.), donde cada uno de ellos constituye ya una conducta consumada, tornando muy difícil que pueda fraccionarse aún más para calificarlo de tentativa. Como bien ha señalado antes esta Sala “... Es posible distinguir, con la doctrina, entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, tomando como punto de partida para la distinción la mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo. En los delitos de peligro abstracto, como los que están incluidos en la Ley de Psicotrópicos, se considera que el peligro se presenta con la realización de la conducta delictiva descrita en el tipo, y de ahí que, en estos casos, no sea necesario acudir a un análisis acerca de si en el caso concreto hubo o no peligro de lesión al bien jurídico tutelado, pues en tales hipótesis el riesgo está implícito en la acción desplegada. En cambio, en los delitos de peligro concreto, resulta necesario analizar en cada caso, y, por supuesto, probar fehacientemente, si la acción desplegada fue idónea para causar un determinado peligro. Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico, la cual se explica por razones de una*

“política criminal del riesgo” que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra, caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes a la convivencia, como en el caso de los modernos desarrollos del así llamado “derecho penal ecológico”. El legislador costarricense ha seguido en la legislación contra el tráfico de estupefacientes las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aún en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la realización de alguno de los verbos -incluidos también en las frecuentes descripciones de tipos penales mixtos-alternativos del derecho comparado- para que se tenga por configurada la conducta típica. Esto es así, por cuanto no se ha aceptado admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen. El problema jurídico planteado por el impugnante es, en esencia, si es posible que exista una tentativa en los delitos de peligro abstracto. Para responder a este cuestionamiento resulta necesario decir, en primer lugar, que la tentativa está dirigida a castigar hechos producidos en una etapa previa inmediata a la consumación, cuando se da inicio a los actos ejecutivos que están directamente encaminados a consumir un tipo penal. El artículo 24 del Código Penal tiende entonces a brindar una tutela anticipada del bien jurídico, pues basta para la tentativa que la actividad criminal se oriente a causar la lesión al bien jurídico. La tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico, en un área donde actos directamente encaminados a la realización de un hecho punible, por su univocidad, puede predicarse que van dirigidos a cumplir el núcleo de la descripción. Si se tradujera esto al área de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de aceptar la tentativa en este tipo de delitos, tendría que aceptarse la conclusión abiertamente lesiva del principio de legalidad constitucional del artículo 39 de la Carta Magna de que toda actividad previa al inicio de un delito de peligro abstracto es punible, ya que implica la orientación a la puesta en peligro contingente de un bien jurídico, ya que “cualquier actividad” implicaría entonces un peligro de la ocurrencia de un peligro para la Salud Pública, lo que evidentemente lleva el castigo penal a zonas o áreas donde no resulta proporcionado tal castigo, ni tampoco racional frente a una tutela de bienes jurídicos como la que pretende un derecho penal democrático. Por lo tanto, los delitos de

*peligro abstracto sólo admiten consumación. Así lo ha sostenido ya la jurisprudencia de esta Sala ... Si bien es cierto, en otro Voto de la Sala no se descartó la posibilidad de que en los delitos de peligro pudiera existir tentativa, también se agregó allí, que en el caso concreto y por tratarse de una infracción a la Ley de Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, la sola posesión de droga con fines de tráfico, constituía un delito consumado, independientemente de que el sujeto activo lograra transportar y entregar la droga a su destinatario (cfr. Voto No. 321-F-96, de las 11:50 hrs. del 23 de diciembre de 1996). Los actos de ejecución de un delito de peligro se constituyen de esa manera en una antesala contingente a la efectiva lesión, pero que por sí mismos casi no pueden distinguirse de la mera esfera de la ideación. Considerar por ello la tentativa en los delitos de peligro llevaría a utilizar este dispositivo amplificador del tipo a zonas de la actividad criminal donde todavía no puede hablarse de conductas encaminadas a la realización del hecho punible, como lo establece el artículo 24 del Código Penal. Esta problemática fue tomada en cuenta por el legislador en la anterior ley de estupefacientes No. 7233, al hacer una descripción amplia de verbos, que por sí mismos ya constituyen actos que ponen en peligro el bien jurídico Salud Pública ... Traspasar esa frontera, por ejemplo, con la medición de posibles actos ejecutivos en fases contingentes a un posible peligro de lesión, extendería de manera desproporcionada el ámbito de intervención del derecho penal ...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 10-99, de las 14:45 horas del 7 de enero 1999. En el mismo sentido véase el voto N° 11-99, de las catorce horas cincuenta minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve). En vista de que el instituto de la tentativa, previsto por el numeral 24 del Código Penal, propicia una “tutela anticipada” del bien jurídico, resultaría inadecuado aplicarla en los delitos básicos de peligro abstracto que regula la legislación de psicotrópicos pues, al igual que aquella, éstos llevan implícito el mismo propósito. De admitirse, entonces, que al mismo tiempo coexista un delito de peligro abstracto con la tentativa, ello produciría una sobre protección exagerada y desproporcionada al bien jurídico tutelado, permitiéndose así sancionar comportamientos humanos muy lejanos, lo que podría vulnerar el principio de legalidad reconocido a nivel constitucional. (...) Pero en sentido totalmente contrario al expuesto, ya no por exceso sino por omisión, tampoco estima admisible esta Sala una posición asumida por el **Tribunal de Casación Penal** al calificar hechos similares a los que se*

*investigaron en esta causa, como constitutivos de tentativa. Ha señalado ese Tribunal que “La agravante al tipo penal principal es el introducir las sustancias a los lugares indicados, y siendo que la imputada es descubierta con la droga cuando iba a entrar al lugar, el hecho atribuido se encuentra en grado de tentativa conforme indica el artículo 24 del Código Penal. En efecto, de acuerdo a la relación de hechos probados...la imputada es descubierta cuando estaba siendo sometida a la revisión ordinaria para el ingreso al penal, o sea, no había superado los requisitos necesarios para obtener la autorización de ingreso al lugar por parte de la administración, por lo que nos encontramos en plena fase de ejecución, la cual se interrumpe, por razones ajenas al agente, sin llegar a completar el fin propuesto, cual era introducir la droga al penal; en consecuencia el hecho queda en grado de tentativa y procede recalificar en esa forma la figura penal aplicada...” (Tribunal de Casación Penal, sentencia número 730-00 del 22 de setiembre del año 2000). Con base en ese criterio, y por tratarse de una tentativa de delito, conforme al artículo 77 del Código Penal, han aplicado en esos casos penas inferiores a los tres años de prisión, y han otorgado el beneficio de condena de ejecución condicional. Esta posición tampoco la comparte esta Sala en virtud de que estamos ante una situación sui generis, explicable por la forma en que nuestro legislador ha regulado y sancionado el tráfico de drogas. En efecto, obsérvese que si una persona es detenida portando droga para introducirla a un Centro Penitenciario ya ha realizado varios delitos consumados de tráfico de drogas en su forma simple, porque la posee y la transporta con fines de suministro o venta, lo que conforme al artículo 61 ibídem constituye ya un delito consumado, sancionado con prisión de 5 a 15 años. En consecuencia, no podría estimarse menos lesiva para el bien jurídico el supuesto en el cual la persona pretenda realizar el suministro o la venta de la droga en un Centro Penitenciario o en un centro de enseñanza, conforme al inciso b) del artículo 71 ibídem, sólo por el hecho de ser sorprendida, puesto que conforme ya se dijo había consumado el delito en su forma simple (posesión y transporte de droga con fines de suministro o venta). En otros términos, no es congruente considerar **consumado** un delito de posesión de droga o transporte de droga con fines de venta o suministro, cuando no se pretende realizar el trasiego en un Centro Penitenciario o en un centro de enseñanza; pero estimar que constituye un delito **en grado de tentativa** -y en consecuencia aplicar una pequeña pena de prisión con condena de ejecución condicional- cuando se posee y se transporta la droga para traficar con ella en un Centro Penitenciario o*

en un centro de enseñanza, pero se es sorprendido al momento del registro, antes del ingreso al Centro, pues esta última conducta debería ser calificada más grave y de mayor sanción que la primera, primero por tratarse precisamente de una forma agravada conforme lo señaló el legislador, y segundo porque ya se había consumado la figura simple del delito de posesión y transporte de droga con fines de tráfico. Teniendo presente todo lo expuesto, es criterio de esta Sala que en el caso bajo estudio no podría aceptarse la tesis que esgrime la fiscalía, en el sentido de que la conducta desplegada por la señora (...) debe calificarse y sancionarse como un delito consumado de tráfico de drogas agravado, pues, según se tuvo por acreditado en el fallo, si bien su intención iba dirigida a la introducción de cierta cantidad de drogas al Centro Penitenciario La Reforma, no llegó a materializar dicho resultado, de donde la figura delictiva prevista por el artículo 71 inciso b) citado, nunca se perfeccionó. (...)". Resolución No. 0534-01 de las 14:15 horas del 6 de junio del 2.001. Si bien esta resolución hace referencia a normas que hoy no están vigentes, las consideraciones expuestas también pueden emplearse tratándose del texto de la ley No. 8204 del 26 de diciembre de 2001, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 8 del 11 de enero de 2002. En efecto, la mayoría de los delitos que contempla la ley No. 8204, entre ellos los que prevé el numeral 58, son de peligro abstracto y en consecuencia, no es necesaria una afectación efectiva al bien jurídico tutelado para que se tengan por configurados. Basta la realización de alguno de los verbos ahí contemplados (distribución, comercialización, suministro, fabricación, elaboración, refinamiento, transformación, extracción, preparación, cultivo, producción, transporte, almacenamiento o venta de drogas o las sustancias o productos que refiere esa ley) para que el delito nazca a la vida jurídica. Como se indicó supra, en estos supuestos no cabe la tentativa porque eso implicaría que toda actividad previa encaminada a la realización de los hechos generaría responsabilidad penal, lo que claramente contraviene el principio de legalidad que contempla el numeral 39 de la Constitución Política. Esta conclusión también cabe tratándose de las circunstancias de agravación que contempla el artículo 77 de la ley No. 8204 (y entre las cuales, figura la introducción de drogas a los centros penitenciarios), ya que como se indicó en la resolución No. 0534-01 antes mencionada, éstas se dan o no se dan. En efecto, los supuestos de agravación de la conducta básica se tienen o no como configurados, más nunca podría decirse que hay una tentativa con respecto a ellos y menos aún, que con base en esa tentativa es viable que los

Jueces impongan una pena que inclusive no alcanza el mínimo que se contempla para el delito en su modalidad simple. Así las cosas, descartándose que el delito atribuido a la encartada Rodríguez Guevara admita la figura de la tentativa, se rechaza el último motivo de casación planteado.

La jurisprudencia patria ha venido sosteniendo que en los delitos de peligro abstracto no se da la tentativa. Haciendo referencia al numeral 24 del Código Penal, sostiene que en la tentativa se tiende a dar una tutela anticipada del bien jurídico, pues basta para la tentativa que la actividad criminal se oriente a causar la lesión al bien jurídico. Siendo entonces que la tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico, situación muy similar a la que ocurre con los delitos de peligro abstracto. Propiamente sobre el tema la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 142-2015, de las 8 horas del 18 de junio del 2016, indicó:

Por esto es que compartimos plenamente el criterio externado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al indicar: "El problema jurídico planteado por el impugnante es, en esencia, si es posible que exista una tentativa en los delitos de peligro abstracto. Para responder a este cuestionamiento resulta necesario decir, en primer lugar, que la tentativa está dirigida a castigar hechos producidos en una etapa previa inmediata a la consumación, cuando se da inicio a los actos ejecutivos que están directamente encaminados a consumir un tipo penal. El artículo 24 del Código Penal tiende entonces a brindar una tutela anticipada del bien jurídico, pues basta para la tentativa que la actividad criminal se oriente a causar la lesión al bien jurídico. La tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico, en un área donde actos directamente encaminados a la realización de un hecho punible, por su univocidad, puede predicarse que van dirigidos a cumplir el núcleo de la descripción. Si se tradujera esto al área de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de aceptar la tentativa en este tipo de delitos, tendría que aceptarse la conclusión abiertamente lesiva del principio de legalidad constitucional del artículo 39 de la Carta Magna de que toda actividad previa al inicio de un delito de peligro abstracto es punible, ya que implica la orientación a la puesta en peligro contingente de un bien jurídico, ya que "cualquier actividad" implicaría entonces un peligro de la ocurrencia de un peligro para la Salud Pública, lo que evidentemente lleva el castigo penal a zonas o áreas donde no resulta proporcionado tal castigo, ni tampoco racional frente a una tutela de bienes jurídicos

como la que pretende un derecho penal democrático. Por lo tanto, los delitos de peligro abstracto sólo admiten consumación." Voto 10-99 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del siete de enero mil novecientos noventa y nueve.

La Sala de Casación Penal ha indicado reiteradamente que, en los delitos de peligro abstracto, es innecesario demostrar la existencia de un daño potencial. Sino, que con solo poner en peligro ese bien jurídico tutelado, el delito se perfecciona. Señala que, en los delitos de peligro abstracto, no requiere de una específica demostración en el caso concreto de una consecuencia lesiva para el bien protegido, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, con solo la realización de la conducta típica. Sobre el particular la Sala Tercera, en la sentencia número 604-2006, indicó:

XXIII.- Se alega, en el segundo motivo de casación por el fondo, inobservancia del artículo 24 del Código Penal, aplicación errónea de los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal y 17 de la Ley 7233. Sostiene como agravio el recurrente que el transporte es un acto directamente encaminado a la consumación del delito, la que ocurriría una vez que el dinero llegase a Colombia y fuera invertido de alguna de las formas en que la ley lo determina, la que no llega a alcanzarse porque la Policía de Control de Drogas y la Policía Judicial lograron entorpecer el plan. Sostiene, entonces, que habría tentativa y por ello debió imponerse una pena no mayor a los tres años de prisión, con el consecuente beneficio de ejecución condicional, tomando en cuenta que son primarios, "... por lo lejano del peligro presente en relación con el bien jurídico tutelado, por la colaboración prestada por los coimputados al momento de su detención y al brindar información a las autoridades (la que las llevó a la detención de los partícipes del hecho)." (Sic, folio 679). La Sala no comparte este criterio. Como bien lo apunta la sentencia impugnada, nos hallamos en presencia de un delito de peligro abstracto. Sobre este extremo, la Sala, en Voto 683-F, de las nueve horas con cinco minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno, expresó: "... es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros -como ocurre en el caso de autos- sólo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de

peligro abstracto, sólo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario." Los delitos de peligro abstracto, han sido catalogados por cierto sector de la doctrina como "delitos de pura actividad" (así: Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis-Ilanud, 1984, p. 101), en los que el legislador, entonces, ha previsto la simple acción, valorándola negativamente por considerar que, por sí sola, causa peligro al bien jurídico tutelado, sin que sea necesario demostrar la existencia de ese daño potencial. Es esa la situación que se presenta con el artículo 17 de la Ley 7233, pues, como se ha venido señalando en el acápite anterior, la norma establece la consumación anticipada del delito con la sola intervención en el negocio dirigido a obtener la legitimación de los bienes producto del narcotráfico; como tal, la conducta no es fragmentable y, en consecuencia, no admite la tentativa. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso.

CAPÍTULO 3 MARCO METODOLÓGICO

3.1. Selección método

Se utilizará el método cualitativo por considerar que es el adecuado para realizar la investigación.

El método utilizado se define como “Hernández et al (2014, p.397), la finalidad recolectar datos y analizarlos, comprenderlos y así responder a la pregunta de investigación y generar conocimiento. La recolección deber ocurrir en ambientes naturales y cotidianos de los participantes, para comprender en su vida diaria, cómo hablan, en qué creen, qué sienten, cómo piensan, cómo interactúan, entre otros aspectos de su genuina convivencia cita corta”

- Algunas de las características que distinguen este método son:
- Explora los fenómenos en profundidad
- Se conduce básicamente en ambientes naturales
- Los significados se extraen de los datos
- No se fundamenta en la estadística

El diseño es fenomenológico y se define como “exportar, describir y comprender las experiencias de las personas con respecto a un fenómeno y descubrir los elementos en común de tales vivencias” (Hernández, 2014, p.493).

3.2. Técnicas

Dentro del método cualitativo se pueden utilizar varias técnicas, para efectos de este trabajo, se trabajará con las técnicas siguientes: se realizará a través de un esquema de investigación doctrinaria, normativa y jurisprudencial, la investigación tendrá como base el estudio documental de doctrina nacional y la normativa establecida en el Código Procesal Penal Costarricense y Código Penal, así también, se abordará la jurisprudencia nacional que analiza el tema de los delitos de peligro. Así como entrevistas a profundidad de personal experto en la materia.

Este trabajo, también, se apoyará en la información y los aportes que el tutor del proyecto suministrará durante su elaboración, toda vez que se trata de un profesional con una gran trayectoria, tanto como Defensor Público, así como profesor universitario, puestos en los que ha resuelto gran cantidad de procesos y que se han conocido aspectos como el que se pretende abordar en este trabajo.

Se entiende por entrevista a profundidad:

Un método de recolección de datos cuya popularidad ha crecido son los grupos de enfoque. Algunos autores los consideran como una especie de entrevistas grupales, las cuales consisten en reuniones de grupos pequeños o medianos (tres a 10 personas), en las cuales los participantes conversan a profundidad en torno a uno o varios temas en un ambiente relajado e informal bajo la conducción de un especialista en dinámicas grupales (SAGE Glossary of the Social and Behavioral Sciences, 2009j; y Krueger, 2004).

En cuanto al estudio de casos, se define según Hernández, Fernández y Batista (2014): “Entre las principales técnicas e instrumentos de recolección de datos se encuentran los diversos tipos de observación, diferentes clases de entrevista, estudio de casos, historias de vida, historia oral, otro otros” (p.4).

La entrevista, según Hernández, Fernández y Batista (2014):

...en la investigación cuantitativa: cuestionarios cerrados, registro de datos estadísticos, pruebas estandarizadas, sistemas de mediciones fisiológicas aparatos de precisión, etc. En los estudios cualitativos entrevistas exhaustivas, pruebas proyectivas, cuestionarios abiertos, sesiones de grupos, biografías, revisión de archivos, observación, entre otros (p.14).

3.3. Selección de la población

Para el caso de las entrevistas a profundidad se trabajará con cinco jueces penales, cinco fiscales y cinco defensores. Ello permitirá poder observar con mayor objetividad las diferentes posiciones y desde las diferentes trincheras de trabajo, tanto desde el ente acusador (Ministerio Público) así como desde la defensa técnica.

La técnica de análisis de casos incluirá el estudio de expedientes, Tribunales de Apelación, Sala Tercera y la Sala Constitucional.

El cuestionario se realizará enviando a los correos electrónicos de cada profesional las preguntas para que las mismas sean contestadas y devueltas ya sea vía correo electrónico, o por medio de sus dispositivos telefónicos con la grabación de su voz, esto con el fin de utilizar las herramientas google, whats app, on line, entrevista a cada persona.

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Conocer acerca de los resultados obtenidos a través de las distintas técnicas de investigación desarrolladas a lo largo del presente trabajo, deviene en un aspecto trascendental para el lector; esta es la razón por la cual en el presente apartado se procederá no solo a describir la información recolectada por medio de las entrevistas estructuradas a los distintos profesionales en derecho como fiscales, defensores públicos y jueces, que laboran en el Poder Judicial, sino también analizar de conformidad con la teoría planteada en capítulos precedentes según la normativa, dogmática y jurisprudencia costarricense sobre el tema de los delitos de peligro abstracto desde una visión garantista, tema objeto del presente trabajo de investigación.

4.1. Análisis de resultados sobre la pregunta ¿Se concibe los delitos de peligro abstracto desde una visión garantista?

Los resultados obtenidos se desarrollaron con la visita realizada en las oficinas de fiscales, defensores y jueces del Circuito Judicial de Puntarenas, donde se abordó ampliamente sobre el tema y donde la mayoría de profesionales indicaron su respuesta por medio de sus dispositivos electrónicos por medio de la grabación de su voz, cabe indicar que la mayoría de los defensores públicos ante esta primer pregunta el cien por ciento indicó que no se conciben los delitos de peligro abstracto desde una visión garantista

Sobre esta temática, estima el licenciado Pereza Abarca, coordinador de la Defensa Pública de Puntarenas, que:

Podría existir cierto roce con un modelo político criminal garantista en el tanto que violenta (en tesis de principio) el principio de lesividad y de mínima intervención, así como la función limitadora y clasificatoria del tipo. Sin embargo, si la brecha entre la acción típica (tipo abstracto) y el resultado lesivo que se pretende evitar es mínimo, no habría tal roce, en el tanto existen bienes jurídicos que se necesitan proteger en un estadio anterior.

En contraposición el licenciado Mora Dittel, subjefe del Ministerio Público de Puntarenas indicó que:

Es muy interesante, por lo menos en el caso que yo conozco de Roxin y Francisco Castillo tienen posiciones encontradas respecto a este tema, al ser un tema de política criminal, donde el legislador prevé un adelantamiento a la lesión del bien jurídico tutelado, entonces dentro de un Estado Garantista Social de Derecho lo que se debe tutelar es la mínima intervención del derecho penal en la resolución solución de conflictos, en este tanto la visión garantista va a depender, uno del modelo de política criminal y dos de la relevancia de la lesión, o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, la seguridad común, la salud pública. Entonces que esté reservado el derecho penal únicamente para tutelar, bienes jurídicos de mayor importancia para la vida en sociedad, yo no vería a los delitos peligro abstracto como una amenaza o violación al Estado de Derecho Garantista, siempre y cuando sirva para punir únicamente aquellas conductas donde el bien jurídico sea el eje central de lo que hay que salvaguardar.

Por su parte el Msc. Saborío Jenkins juez y ex letrado de la Sala Constitucional, indicó:

De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política, nuestro país eligió un sistema democrático para la organización del Estado. Desde esa perspectiva, únicamente un Derecho Penal democrático tendría la posibilidad de aplicarse en nuestro país, para ser consistente con esta disposición Constitucional. Ahora bien, el Derecho Penal Democrático parte de una característica esencial: Un derecho Penal que protege bienes jurídicos. Es así como en tesis de principio -y afirmo esto por los criterios de la Sala Constitucional- para que una acción pueda ser calificada como delito, debería primero que todo, pretender proteger, con la prohibición, algún bien jurídico, y, en segundo lugar, que la acción que realiza el agente al menos ponga en peligro un bien jurídico. Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque no es posible identificar, en concreto, cuál es la puesta en peligro del bien jurídico, por lo que, desde esta perspectiva, los delitos de peligro abstracto, vistos desde la óptica del garantismo, no contienen los requerimientos suficientes para poder ser sancionados como delitos.

Resulta interesante analizar los resultados, en el sentido de que mientras los fiscales y jueces manifestaron en su mayoría que sí, es compatible el garantismo con la aplicación de los delitos de peligro abstracto, en contra está la posición del cien por ciento de los defensores públicos quienes contestaron que no se evidencia que exista garantismo, por lo cual se concluye que para los

defensores públicos los delitos de peligro abstracto no guardan ni respetan de las garantías constitucionales. Para ello en las siguientes figuras se ilustran los resultados obtenidos en las entrevistas.

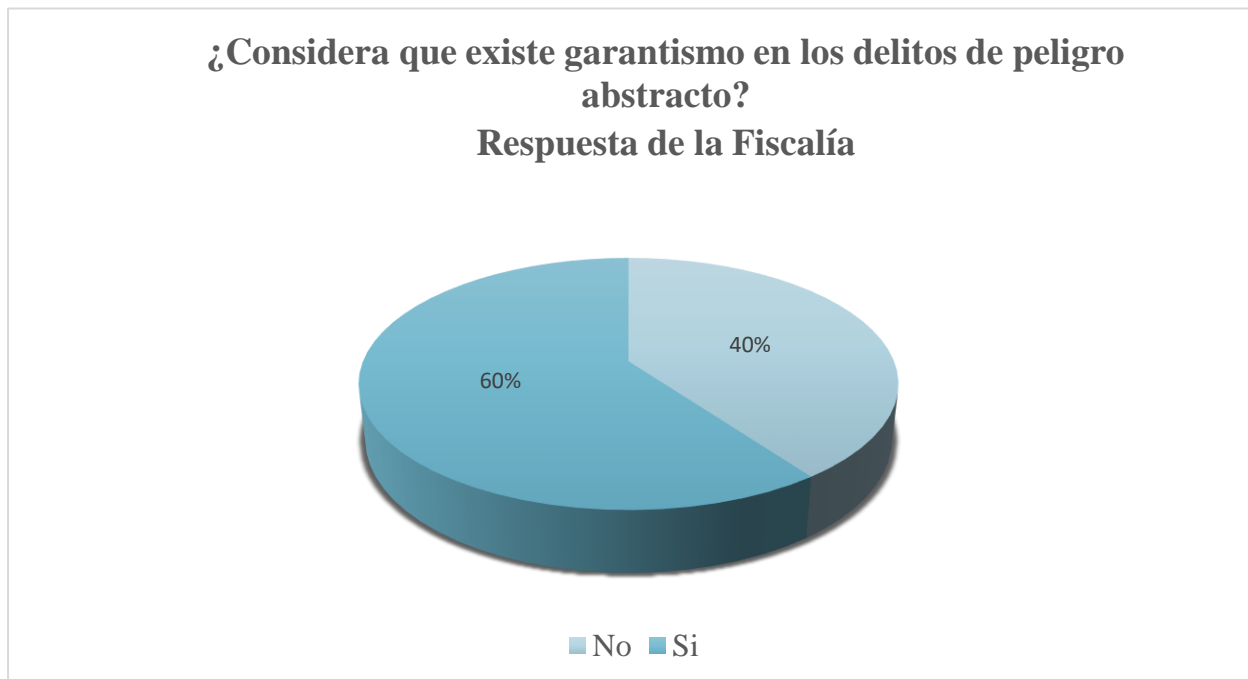
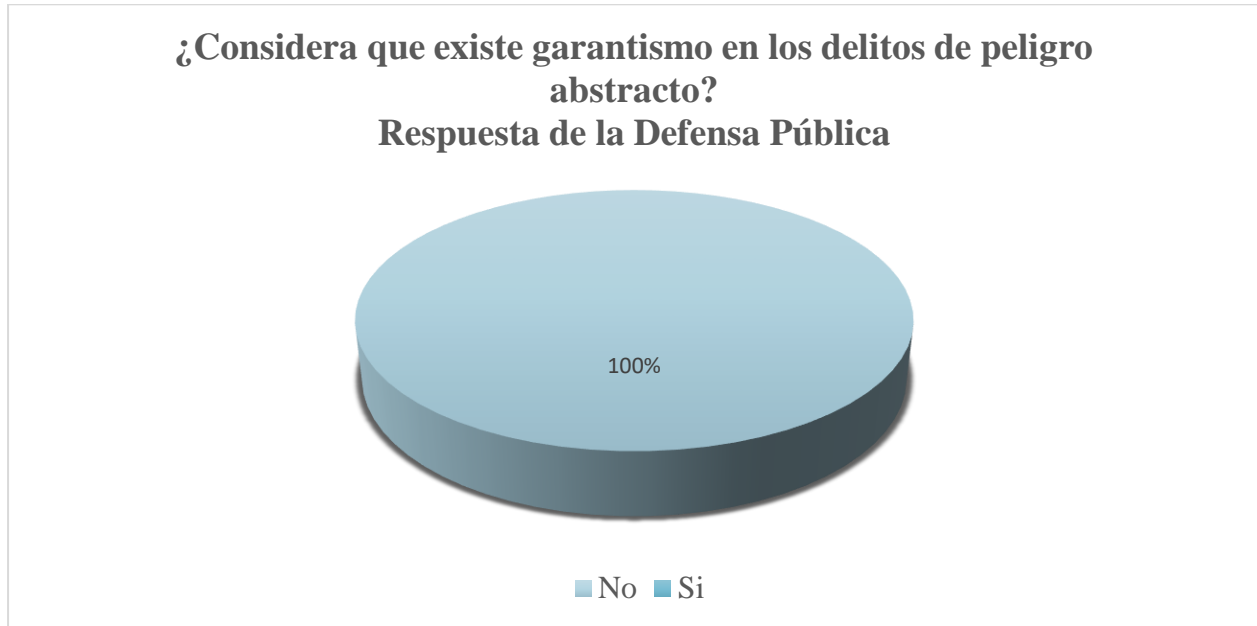


Figura 2 Pregunta 1 Respuesta Fiscalía



Figura 3 Pregunta 1 Respuesta Judicatura

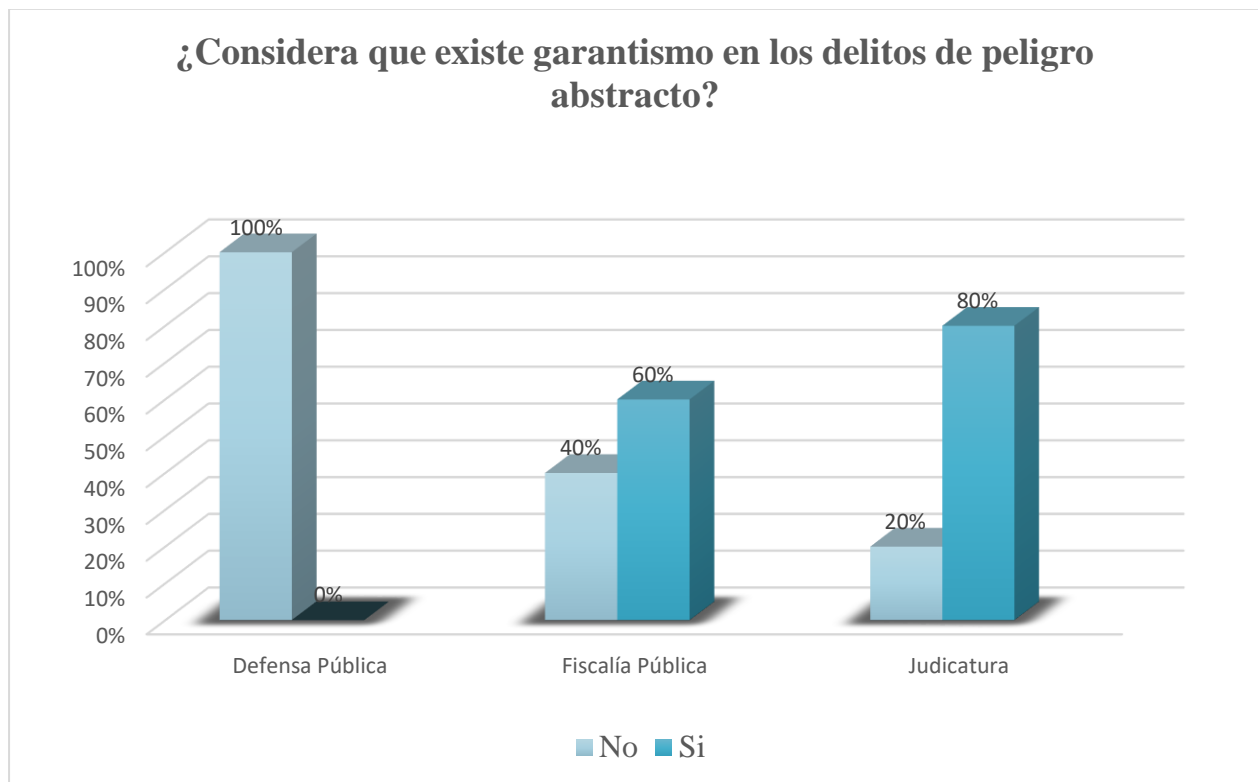


Figura 4 Pregunta 1 Cuadro comparativo

4.2. Análisis de resultados ante la pregunta: ¿Considera usted que existe antijuricidad material en la aplicación de delitos de peligro abstracto?

Es interesante ver cómo se sigue dando la misma reticencia por parte de los defensores y defensoras públicos, al indicar la mayoría de los consultados que en los delitos de peligro abstracto no se da una antijuricidad material. Propiamente el ochenta por ciento de los entrevistados dijo que no existe antijuricidad material. Mientras que, por su parte, tanto los fiscales como los jueces consultados en su mayoría dijeron que sí se observa la antijuricidad material en los delitos de peligro abstracto. Propiamente los fiscales y los jueces coinciden en la estadística al contestar en un 60% ambos gremios que en los delitos de peligro abstracto sí se da la antijuricidad material. Algunas de las posiciones más interesantes se incluyen a continuación:

La Msc. Rojas Alvarado, defensora pública de Puntarenas, al referirse al tema señaló:

En algunos casos la verdadera existencia de la antijuricidad material es difusa. Y si se quiere decir hasta abusiva. No en todos los casos existe tan presente la antijuricidad material. Por ejemplo, la portación de un cuchillo de arma blanca que exceda 12 cm de hoja de extensión dentro de un bolso. Me parece que mientras no se muestre a nadie ni infunda temor o peligro efectivo real, no debe ser castigado ya que la antijuricidad material no se configura del todo pero, aun así, se sanciona.

Por su parte, el fiscal Ferrandino Soto, al abordar el tema de la antijuricidad, manifestó:

Sobre la antijuricidad material en delitos de peligro abstracto, sobre este particular se debe analizar el principio de lesividad el cual delimita cuales conducta podrían estar dentro del ámbito penal a efectos de verse sancionadas, en ese sentido, el riesgo que corren cierto bienes jurídicos con la realización de ciertas conductas, ejemplo el conducir en sobre vías públicas en estado de ebriedad por encima del límite permitido, esto evidentemente afecta a una colectividad y potencialmente están en riesgo bienes de suma importancia como la integridad física de cualquier persona, de allí que no se trata de un peligroso presunto sino potencial.

El Msc. Wong Álvarez, profesional con gran experiencia en la carrera judicial como juez de la república, sobre el tema de la antijuricidad, indicó:

Para entender la antijuricidad material en estos delitos, debe entenderse que la afectación no necesariamente debe ser tangible, pues una alarma en un ciudadano, no necesariamente puede observarse, pero posteriormente puede materializarse cuando el ciudadano llama a la policía para poner en aviso sobre la portación del cuchillo en circunstancias anómalas.

Con los gráficos que a continuación se exponen, se logra una mejor comprensión de los resultados de los profesionales consultados:

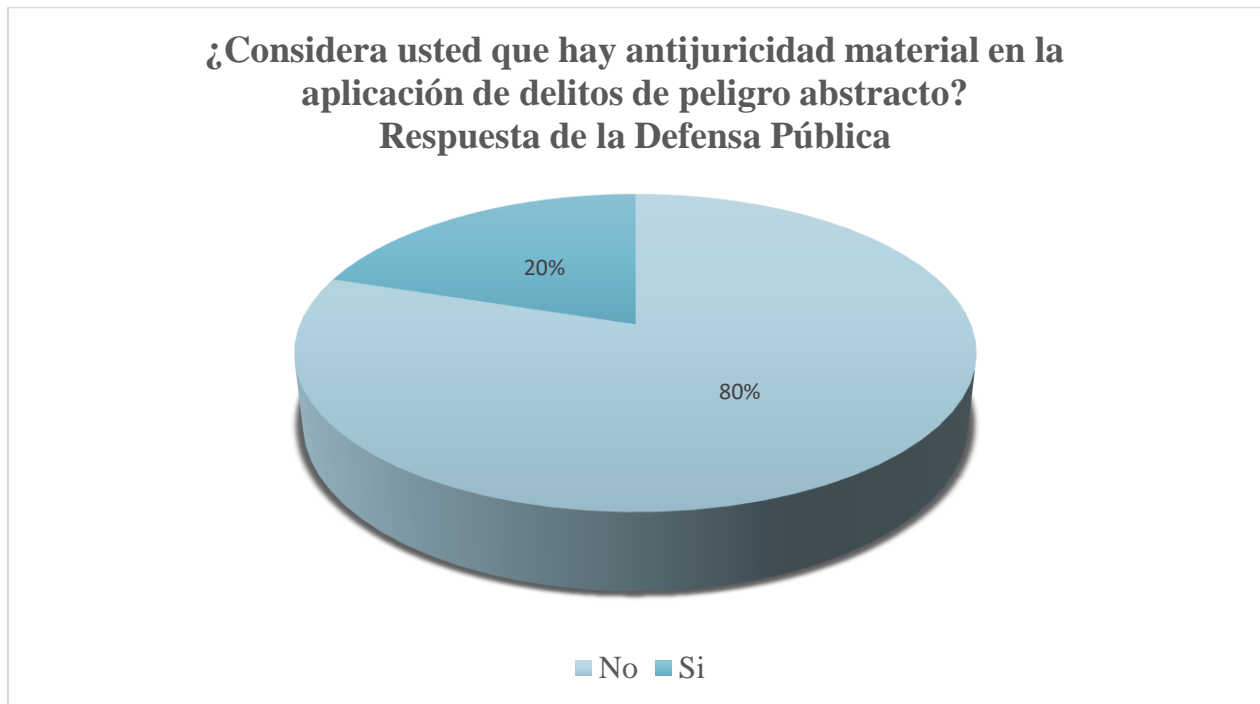


Figura 5 Pregunta 2 Respuesta Defensa Pública

¿Considera usted que hay antijuricidad material en la aplicación de delitos de peligro abstracto?

Respuesta de la Fiscalía

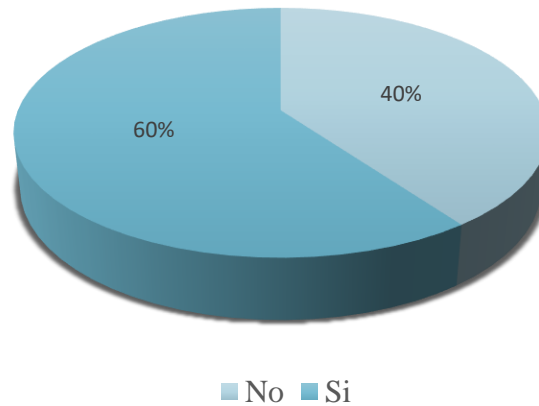
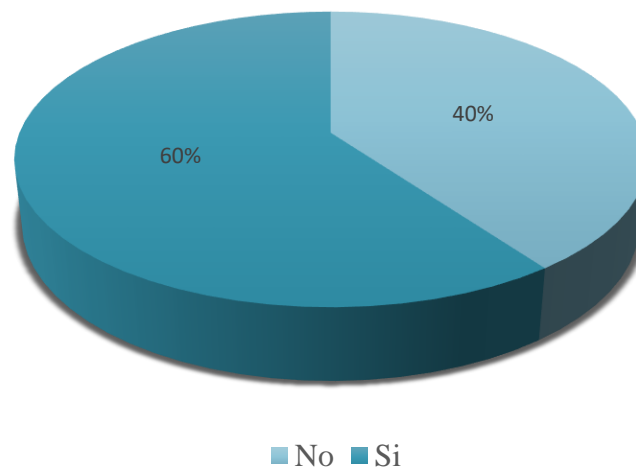


Figura 6 Pregunta 2 Respuesta Fiscalía

¿Considera usted que hay antijuricidad material en la aplicación de delitos de peligro abstracto?

Respuesta de la Judicatura



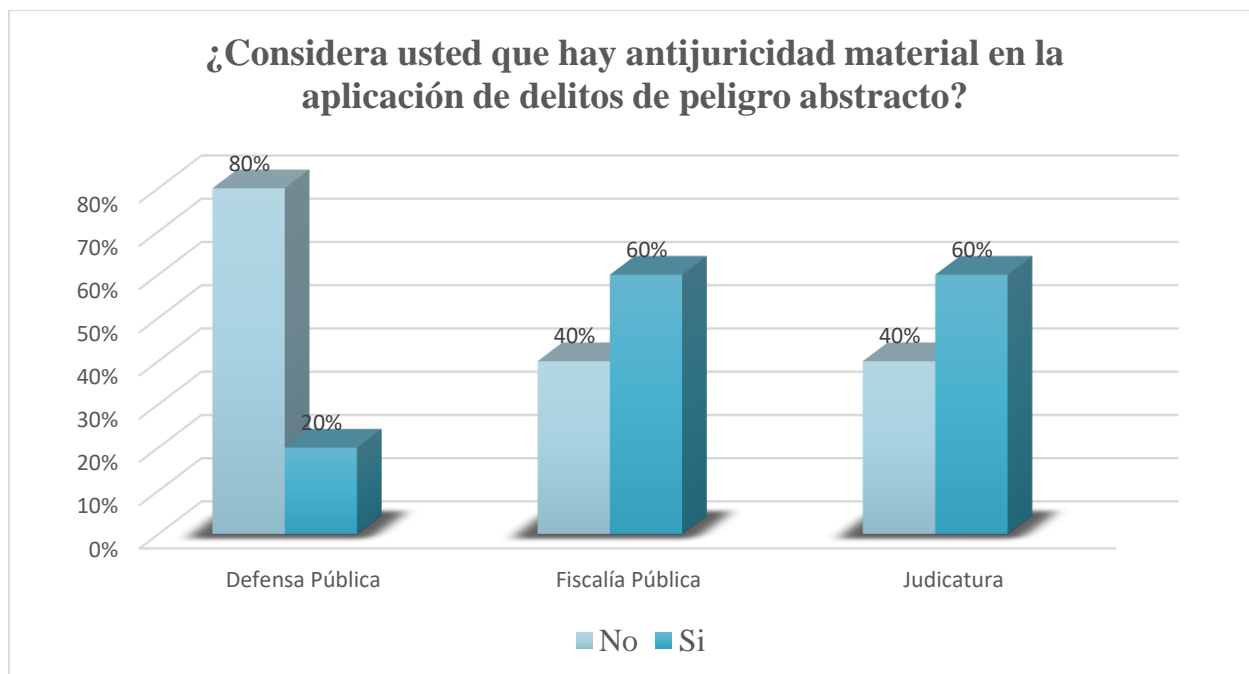


Figura 8 Pregunta 2 Cuadro comparativo

4.3. Análisis de resultados ante la pregunta: ¿Qué principios fundamentales se podrían ver violentados con los delitos de peligro abstracto?

El análisis de esta muestra se hace en conjunto, es decir se analizan de forma conjunta tanto los fiscales, defensores, como jueces. Como se observa en el gráfico que a continuación se expone, la mayoría de consultados indicaron que el principio de lesividad es el que más se violenta en los delitos de peligro abstracto, ya que un 30.30% considera que ese principio es el más vulnerado. En segundo lugar, se ubicaron con los mismos porcentajes, un 18.18% los principios de legalidad y proporcionalidad. Así es que el principio de mínima intervención se ubicó de tercero. A continuación, se exponen algunos de los comentarios más relevantes de las personas entrevistados.

El licenciado Salazar Álvarez, defensor público de gran trayectoria sobre el tema dijo:

Evidentemente el principio de legalidad, así como el principio de lesividad y de igual forma se vulnera el artículo 39 de la Constitución Política, y en una subdivisión de principios se debe tomar en consideración los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Sobre el mismo tema la licenciada González Alvarado, fiscal auxiliar de Puntarenas, señaló:

Considero que este tipo de delitos el principio violentado en cierta manera es de culpabilidad, dado la manera y el tratamiento que se ha dado a este tipo de delincuencias y la "satanización" inclusive de algunos tipos penales, como concurre en los delitos de narcotráfico, por ejemplo. Y, por otro lado, considero que también podría pensarse que el principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición de sanciones en estas delincuencias, al no existir un análisis más hilado en cuanto a la antijuricidad material.

Por su parte en representación de la judicatura el juez Franklin Lara Cortés indicó:

En realidad, no se considera que se violenten principios, con un correcto análisis de la teoría del delito y el principio de lesividad puede arribarse a conclusiones acordes con la puesta en riesgo de bienes jurídicos.

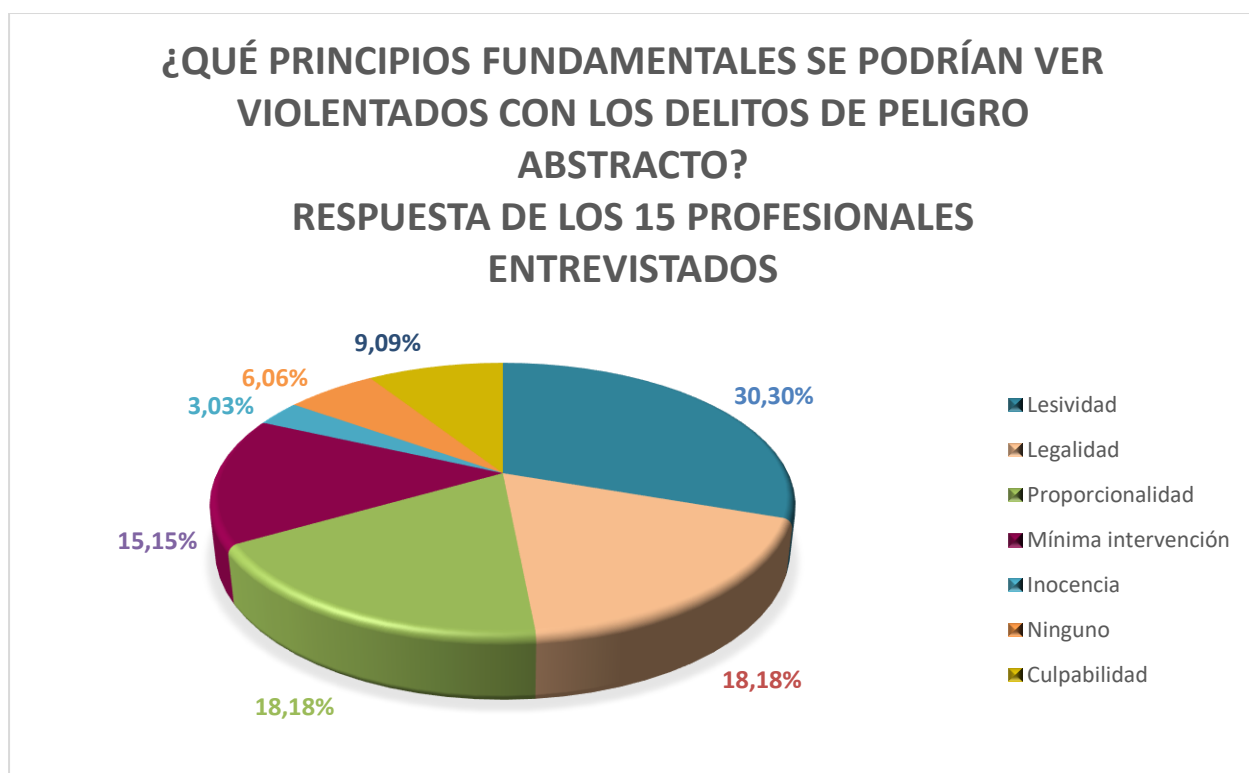


Figura 9 Pregunta 3 Cuadro comparativo

CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

El desarrollo actual del derecho penal debe ir encaminado a dar nuevas y mejores soluciones, sin dejar de lado los valiosos aportes del garantismo, pues no puede ser permisible un avance dogmático del derecho penal a costa de los derechos y de los intereses de los imputados, por ser la parte atacada y en desventaja dentro del proceso.

Sin embargo, esta nueva expansión debe tener en claro la dicotomía de funciones y finalidades dentro del proceso, donde concomitantemente las partes buscan el equilibrio de sus intereses y la resolución que refleje para la sociedad aquello llamado justicia, por lo cual se hace necesario resaltar la necesidad de un avance jurídico que tutele las garantías de una persona de manera sin olvidar la protección de los derechos fundamentales.

Conforme a las críticas que en el presente trabajo de investigación se han estudiado respecto a los delitos de peligro abstracto en general, podemos concluir que el uso indiscriminado de delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, efectivamente puede llegar a conformar tipos penales que afecten las garantías y derechos fundamentales apuntados, de todo lo cual debe el juzgador estar informado.

Corresponde al legislador, como órgano electivo y representativo, adoptar la ideología adecuada para regular y normativizar las conductas consideradas delictivas -criminalización primaria. Sin embargo, estas potestades del Poder Legislativo no son, ni deben ser, ilimitadas, por lo que es necesario que los estudiosos del derecho manifiesten de forma vehemente sus inquietudes y oposiciones con respecto a la violación de garantías fundamentales cuando en la tarea del legislador se llegue a límites inaceptables, ya sea producto de una inadecuada política criminal, del populismo penal o de reacciones o tendencias que no tengan claro el vasto y amplísimo desarrollo de la protección de esas garantías.

Con relación a las entrevistas realizadas y las respuestas obtenidas puede concluirse que en general, los principales operadores de la justicia penal tienen un claro entendimiento sobre qué es un delito de peligro abstracto, así como los posibles roces de estos con las garantías

constitucionales. Sin embargo, la diferencia radica en que, para algunos no existe afectación de dichas garantías en tanto, para otros la incompatibilidad es manifiesta.

En este sentido, debe destacarse que las respuestas están muy condicionadas por el rol que desempeñan cada una de las personas entrevistadas dentro del proceso, reflejándose una clara contraposición entre la perspectiva de los defensores y defensoras públicas respecto de aquella que tienen los y las fiscales. En el caso de los jueces y de las juezas, su posición es más cercana y coincidente en términos generales con la expresada por los y las fiscales.

En consecuencia, al igual que sucede con la doctrina, no existe una posición uniforme respecto con la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, lo cual confirma que se trata de uno de los temas más polémicos y discutibles del derecho penal moderno. No obstante, la realidad de nuestro sistema penal y las resoluciones de nuestros máximos tribunales refleja la aceptación y constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto.

5.2 Recomendaciones

A partir de la presente investigación, surgen aspectos importantes que deben estar claramente establecidos en el derecho penal relacionado con delitos de peligro abstracto, los cuales pasamos muy respetuosamente a plasmar en algunas recomendaciones.

Consecuencia a la aceptación de los delitos de peligro abstracto por parte de nuestro legislador y de una porción importante de la doctrina, así como por nuestros Tribunales, especialmente por la Sala Constitucional, corresponde, al menos, enfatizar que el bien jurídico debe seguir siendo -un criterio orientador en la construcción y aprobación de tipos penales, por mandato del artículo 28 Constitucional. Lo anterior debería tener como efecto que los delitos de peligro abstracto sean una excepción y se encuentren debidamente justificados sobre la base de otros principios constitucionales, especialmente en el principio de proporcionalidad.

Debido a ello, atendiendo a las críticas razonables del garantismo con respecto a su constitucionalidad, correspondería realizar una revisión integral y sistemática de los delitos de peligro abstracto que contempla nuestro ordenamiento jurídico y determinar cuáles merecerían, realmente, la tutela penal, remitiendo algunos otros a mecanismos de protección diferentes, como la sanción administrativa. Lo anterior, recurriendo a los principios de proporcionalidad,

fragmentariedad, subsidiariedad como parámetros orientadores de esta selección, en otras palabras, se debe seleccionar cuales conductas son más peligrosas para afectar bienes jurídicos y siguiendo razonamientos adecuados con la aplicación de dichos principios sobre todo el de fragmentariedad, se podría seleccionar las más gravosas para que sean sometidas al proceso penal. De esta forma se evitaría arbitrariedades y sanciones desproporcionadas.

Ahora bien, -después de seleccionar -aquellas situaciones que se considere debe mantener su carácter penal, se podría recurrir a fórmulas que requieran la valoración, en el análisis de un caso específico, de la idoneidad del hecho concreto para afectar bienes jurídicos individuales, aun cuando su formulación legislativa no haga referencia a ellos. De esta manera, el Juez tendría el deber de analizar, atendiendo al principio de lesividad y según las reglas de la sana crítica racional, que exista la posibilidad de poner en riesgo un bien jurídico de carácter individual, lo cual significaría un correctivo de estos delitos de los delitos de peligro abstracto, -

Esto debería ser así por cuanto, en un Estado democrático como el nuestro, no se puede condenar a una persona si, al menos, no puso en peligro un bien jurídico, esto con el fin de mantener el garantismo en los procesos penales y, de esta forma, no violar derechos y garantías de los ciudadanos.

En ese tanto, en primer lugar, debe indicarse que la condición de legitimidad de una infracción penal es que se dirija a la tutela de un bien jurídico. La determinación de cuando un interés es esencial debe hacerse atendiendo a la importancia del mismo en el modelo de convivencia, de sociedad, que consagra nuestra Carta Magna y seleccionando las conductas más peligrosas, como se indicó líneas anteriores. Por lo que no solo es necesaria la relevancia constitucional del bien, sino además este debe ser necesario para el mantenimiento de un determinado sistema social democrático; en este sentido, debe entenderse que los delitos de peligro abstracto no riñen con la Constitución Política, además debe valorarse que los mismos por lo general no protegen bienes jurídicos individuales, sino que protegen bienes jurídicos comunitarios o colectivos.

Como segundo término, podría indicarse que el Estado tiene la obligación de tutelar al individuo en sus posiciones concretas en la vida social, en su faceta como trabajador, consumidor, ahorrador, inversor en su medio ambiente, ya que es con la protección de bienes jurídicos como

salud pública, la seguridad común entre otros, en donde la protección va dirigida hacia la colectividad, o sea constituyen una abstracción conceptual para hacer referencia a un conjunto de intereses individuales, destacando el carácter colectivo del ataque, en ese sentido debe analizarse la procedencia constitucional de los delitos de peligro abstracto para dicha protección

Como tercer punto, para mantener los delitos de peligros como garantes de nuestro proceso penal, debe considerarse que estos no lesionan principios fundamentales pues son necesarios para poder garantizar y asegurar algunos tipos de actividades de la colectividad; en ese sentido, es importante resaltar que, en reiteradas ocasiones, nuestra Sala Constitucional ha indicado que los delitos de peligro abstracto no son inconstitucionales y que el juicio *ex ante* característico de los delitos de peligro abstracto se hace necesario para garantizar la protección de bienes jurídicos, los cuales de otra forma no se podría lograr, pues con solo la realización de la conducta típica el delito se tiene por perfeccionado, sin necesidad de verificar la afectación a la antijuricidad material.

Por último y para finalizar, en un estado social democrático como el nuestro, los delitos de peligro abstracto podrían denominarse como propios, en cuanto se pueda establecer una relación inmediata con un bien jurídico, en ese tanto, se debe considerar dos aspectos importantes de su existencia y necesidad los cuales son: evitar que el riesgo o peligro se materialice y responsabilizar a las personas que generan esos riesgos o peligros de este modo se le obliga al juez comprobar la efectiva idoneidad del comportamiento para causar una lesión relevante al interés o bienes jurídicos tutelados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amadeo, S.J. (2007). *La acción en la teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial Universal.
- Annese, R. F. (1991). *El Dolo*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Arroyo Zapatero. *Derecho penal económico y Constitución*, Artículo para la Revista Doctrina.
Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196209>
- Bacigalupo Z. E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis
- Beck, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Madrid, España: Editorial Paidós.
- Binder, A. M. (2004). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Blanco, C. L. Tratado de Derecho Penal Español. (2005) Tomo I: El Sistema de la Parte General. Volumen 2, La estructura del delito. España. Editorial: J.M. BOSCH EDITOR,
- Carbonell, J. C. (1999). *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch Alternativa.
- Chirino A. (2004) "Perspectivas para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica", en *Democracia, justicia y dignidad humana*. Por Juan Marco Rivero Sánchez y Javier Llobet Rodríguez. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Creus, C. (1996). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Demetrio C., De Vicente R. M. y Matellanes N. R. (2016) *Lecciones de Derecho Penal, teoría del delito*. Tomo II. Editorial Jurídica Continental
- Fernandez J. (2019). *Capítulo XV. Apuntes de Derecho Penal avanzado*. Universidad del País Vasco. Recuperado de: <https://www.docsity.com/es/apuntes-derecho-penal-ii-25/4512614/>

- Ferrajoli, L. *Derecho y Razón*. (1995). Madrid: Trotta.
- González, J. A. (2008). *Teoría del delito*. Recuperado de <https://defensapublica.poder-judicial.go.cr/images/ProgramaFormacion/TeoriaDelDelito.pdf>
- Heinrich, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Jakobs, Gunther (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, España: Editorial Civitas S. A.
- Jauregui M. (2018). *Lección V. La tipicidad, Derecho Penal II*. Universidad del País Vasco. Recuperado de: <https://www.docsity.com/es/leccion-5-penal-4/3580724/>
- Khoury J. H, Chirino S. A. (1991). *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal*. San José: ILANUD
- Madrigal J. N. (2015). *Delitos de peligro abstracto. Fundamento, Crítica y configuración normativa*. San José: Revista Judicial n.115. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf
- Maldonado F. (2006). *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamaos “delitos de peligro” en el moderno derecho penal*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile: Revista de Estudios de la Justicia n.07. Recuperado de: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/>.pdf
- Muñoz F. C. y García M A, (2015) *Derecho Penal Parte General*. 9na edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia. Editorial Tirant lo blanch
- Muñoz F. C (2016) *Teoría General del Delito*. Bogotá. Editorial Temis.
- Quintero, G., Morales, P. F., Prats, J. M. (2002). *Manual de Derecho Penal*. España: Aranzadi
- Roxin C. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo García y Javier de Vicente Remesal. España: Editorial Civitas.
- Suárez R. C., Judea P. A., Piñol, J, R. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas

Tamayo Medina, Carlos Hector (2007). *Delitos de peligro abstracto y antijuricidad material*. Bogota, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Universidad Carlos III de Madrid. (2017-2018). *Resumen Tipicidad de Manual de Muñoz Conde*. Madrid. Recuperado de: <https://www.studocu.com/es/document/universidad-carlos-iii-de-madrid/derecho-penal-ii/informe/resumen-tipicidad/1654651/view>

Villamor. *Delitos de peligro abstracto. Una aproximación al derecho penal del enemigo*. Artículo para el Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Recuperado de: <http://www.cienciaspenales.net>

Zaffaroni E.R. (2009) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. 4ta reimpresión. Buenos Aires: Editorial AR S.A, oni, E. R. (2002). *Derecho Penal, Parte Especial*. Buenos Aires: Ediar.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1998-01588, de las dieciséis horas con veintisiete minutos, del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 3441-2004, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos, del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 6304-2000, de las quince horas con cincuenta y seis minutos, del diecinueve de julio de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 10543 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos, del diecisiete de octubre del año dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N°11623-2008 de las diez horas y dieciséis minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho.

Sala de Casación Penal. Voto número 2005-1090, de las diez horas de 21 de octubre de dos mil cinco.

Sala de Casación Penal. Voto número 604-2006, de las diez horas treinta y cinco minutos del veintitrés de junio del dos mil dieciséis.

Sala de Casación Penal. Voto número 142-2015, de las ocho horas del dieciocho de junio del dos mil dieciséis.

Sala de Casación Penal. Voto número 1014-2004, de las nueve horas del veintisiete de agosto del dos mil cuatro.

Sala de Casación Penal. Voto número 389-2009, de las once horas treinta y cinco minutos del veinticinco de marzo del dos mil nueve.

Tribunal de Apelación de Sentencia. Segundo Circuito Judicial de San José, sentencia de las diez horas treinta y cinco minutos del veintitrés de noviembre del dos mil dieciocho.

APÉNDICES

APENDICE 1

Declaración Jurada

Yo, Maritza Arias Morales, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 6-246-219, graduada en la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Internacional de la Américas, hago constar que conozco las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, y ante la Universidad y ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi Proyecto de Graduación para optar por el título de Especialista en Maestría con énfasis en Derecho Penal, declaro solemnemente que mi proyecto de investigación titulado “ **Los delitos de peligro abstracto desde una visión garantista. Un análisis crítico y reflexivo**”, es una obra original e inédita que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos vigente y las normas éticas que toda investigación debe respetar de forma obligatorio. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante notario público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los cuatro días del mes de setiembre de 2019.

Atentamente,



Maritza Arias Morales
Cédula 6-246-219

APÉNDICE 2

Entrevistas

A continuación, se adjunta las preguntas realizadas sobre delitos de peligro abstracto a 15 funcionarios judiciales del Circuito Judicial de Puntarenas, la muestra se divide en 5 entrevistas por cada ente judicial en estudio, sea, la Defensa Pública, Fiscalía y Tribunal Penal respectivamente; Las respuestas se encontrarán consecutivamente.

- 1- ¿Cómo se concibe los delitos de peligro abstracto desde una visión garantista?**
- 2- ¿Considera usted que existe antijuricidad material en la aplicación de delitos de peligro abstracto?**
- 3- ¿Qué principios fundamentales se podrían ver violentados con los delitos de peligro abstracto?**

Muestras tomadas en la Defensa Pública de Puntarenas

- **Lic. Randall Peraza Abarca, fecha de la entrevista 19/08/2019.**

1. Podría existir cierto roce con un modelo político criminal garantista en el tanto que violenta (en tesis de principio) el principio de lesividad y de mínima intervención, así como la función limitadora y clasificatoria del tipo. Sin embargo, si la brecha entre la acción típica (tipo abstracto) y el resultado lesivo que se pretende evitar es mínimo, no habría tal roce, en el tanto existen bienes jurídicos que se necesitan proteger en un estadio anterior.

2. Si partimos que la antijuricidad material requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sí habría con solo ejecutar la acción peligrosa prohibida en el tipo. Pero repito, sólo podrían tratarse de acciones cuya causalidad es adecuada para producir el resultado que se quiere evitar y están muy cerca de la lesión.

3. Lesividad, mínima intervención, legalidad criminal, proporcionalidad en sentido amplio.

Muestras tomadas en la Defensa Pública de Puntarenas

- **Lic. Luis Rodrigo Salazar Álvarez, fecha de la entrevista 20/08/2019.**

1. Se puede decir que es un tema de difícil aplicación ya que existen muchas corrientes doctrinarias que difieren a favor y en contra de los delitos de peligro abstracto, sin embargo, desde un punto de vista garantista supone un evidente retroceso en la materia penal, ya que, se busca sancionar acciones que no lesionan directamente un bien jurídico tutelado, sino que se hace reproche directo a la acción que se pretenda sancionar sin ser necesaria la producción del peligro concreto.

2. En cuanto a si existe antijuricidad material en estos delitos considero que no, ya que de su propia clasificación según la teoría del delito debe existir una lesión directa y evidente al bien jurídico tutelado para poder hablar de antijuricidad material y en este caso según la legislación actual lo que debe protegerse con estos delitos es la prevención de la acción sancionada.

3. Evidentemente el principio de legalidad, así como el principio de lesividad y de igual forma se vulneran el artículo 39 de la Constitución Política, y en una subdivisión de principios se debe tomar en consideración los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Muestras tomadas en la Defensa Pública de Puntarenas

- **Lic. Luis Diego Sánchez, fecha de la entrevista 20/8/2019.**

1. En mi parecer, los delitos de peligro abstracto carecen de compatibilidad constitucional, pues se basan en un juicio de probabilidad sobre bienes colectivos inmateriales. Se trata de que nos llevan a valoraciones interpretativas que pueden violentar los derechos de las personas, pues hay un hilo muy fino en la interpretación del nivel de peligrosidad requerido, y el grado de conciencia y aceptación que requiere el dolo de peligro en estos casos.

2. Igualmente considero que no puede decirse tajantemente que exista la antijuricidad material en estos casos, porque de la misma forma es interpretación del juez, basado en una valoración que pueda resultar injusta en algunos casos.

3. El principio de intervención mínima, principio de legalidad y culpabilidad, así como proporcionalidad en la persecución penal del Estado, principio de lesividad.

Muestras tomadas en la Defensa Pública de Puntarenas

- **Lic. Hugo Rodríguez Chavarría, fecha de la entrevista 20/8/2019.**

1. Considero que no, ya que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que basta solo la puesta en peligro de un bien jurídico general, la conducta es castigada "ex ante" sin considerar las consecuencias "ex post".

2. Me parece que en estos delitos no existe antijuricidad material, de manera que como en todos los delitos debe existir una antijuricidad material, es decir, realmente ponerse en peligro algún tipo de seguridad dentro de las consideradas en los tipos penales. Sino no se cumpliría con los requisitos del segundo estadio de la teoría del delito antijuricidad formal y antijuricidad material.

3. A mi criterio el principio de culpabilidad ya que prácticamente en delitos de peligro abstracto se ha automatizado la comisión de un delito sin que se entre a analizar la antijuricidad material en el análisis de la conducta realizada. En igual forma se podría ver violentado el principio de proporcionalidad ya que existen proyectos de ley que buscan endurecer hasta en un triple las penas en algunos delitos de peligro abstracto.

- **Msc. Isabel Rojas Alvarado, fecha de la entrevista 21/8/2019.**

1. Desde mi visión garantista los delitos de peligro abstracto, son acciones típicas muy amplias, más de lo que una quisiera como defensora. Ya que, es una especie de regulación del "peligro" sobre el "peligro". Es decir, tanto se pretende proteger a la sociedad de forma indeterminada que el legislador tiende a caer en la tipificación de conductas que no deberían ser delitos por sí mismas. Sino en el tanto que realmente se lesione a una persona o bien en concreto.

2. En algunos casos la verdadera existencia de la antijuricidad material es difusa. Y si se quiere decir hasta abusiva. No en todos los casos existe tan presente la antijuricidad material. Por ejemplo, la portación de un cuchillo de arma blanca que exceda 12 cm de hoja de extensión dentro de un bolso. Me parece que mientras no se muestre a nadie ni infunda temor o peligro efectivo real, no debe ser castigado ya que la antijuricidad material no se configura del todo, pero, aun así, se sanciona.

3. Principalmente se lesiona a mi criterio en los delitos de peligro abstracto el principio de proporcionalidad. Ya que existen tipos penales demasiado amplios y dejados hasta el abuso de la interpretación y regulación penal que se derivan precisamente de esta modalidad de delitos de peligro abstracto. Además, el principio de lesividad penal, ya que muchas veces las conductas desplegadas por el imputado son mínimas. Hasta incluso se puede decir que ni siquiera lesionan esa antijuricidad material, y a pesar de esto se les sanciona en este tipo de delitos. Y el principio de seguridad jurídica ya que la existencia de esta forma de regulación en el Derecho Penal costarricense permite la creación legislativa de nuevos y amplísimos delitos más bajo esta modalidad o tendencia de protección social de la colectividad denominados "Delitos de Peligro Abstracto".

Muestras tomadas en el Ministerio Público de Puntarenas

- **Msc. Marco Mora Ditel, fecha de la entrevista 20/08/2019.**

1. Es muy interesante, por lo menos en el caso que yo conozco de Roxin y Francisco Castillo tienen posiciones encontradas respecto a este tema, al ser un tema de política criminal, donde el legislador prevé un adelantamiento a la lesión del bien jurídico tutelado, entonces dentro de un Estado Garantista Social de Derecho lo que se debe tutelar es la mínima intervención del derecho penal en la resolución solución de conflictos, en este tanto la visión garantista va a depender, uno del modelo de política criminal y dos de la relevancia de la lesión, o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, la seguridad común, la salud pública. Entonces que esté reservado el derecho penal únicamente para tutelar, bienes jurídicos de mayor importancia para la vida en sociedad, yo no vería a los delitos peligro abstracto como una amenaza o violación al Estado de Derecho Garantista, siempre y cuando sirva para punir únicamente aquellas conductas donde el bien jurídico sea el eje central de lo que hay que salvaguardar.

2. Sí hay antijuricidad material, tiene que haberla, pero igualmente se da en ese adelantamiento de la lesión o puesta en peligro, es decir, el bien jurídico tutelado sí se lesiona, pero hay una lesión anticipada, es decir por ejemplo en delitos contra la salud no vamos a esperar a que haya un resultado lesivo en los de delitos de tráfico internacional de drogas, no vamos a esperar que haya una entrega de la droga, por eso es que hay un adelantamiento de la lesión, de esta manera la legislación permite la punición, aunque el tráfico internacional no se ha puesto en la comunidad para su consumo, dañando el bien jurídico de la salud pública, pero sí hay un adelantamiento previéndose la muy posible distribución de la droga en el mercado, entonces el legislador prevé un verbo típico en este caso el transporte, que en ese momento se está dando, por eso hay una lesión al bien jurídico tutelado, de esta manera no se llega a materializar las otras acciones por ese adelantamiento, en conclusión siempre va a haber un momento que hay antijuricidad material del riesgo, en cuanto el peligro de la conducta que el legislador prevé que no se dé.

3. Hay varios principios que se pueden quebrantar, sería el principio de legalidad, inocencia, y sobre todo en materia legislativa cuando se emite la norma, el peligro razonabilidad, necesidad, el de proporcionalidad es el q más se ve perjudicado, en el momento de crear la norma hay dos momentos que hay principios que se podían ver afectados en los delitos de peligro abstracto, al momento en que se crean porque hay un exceso de represión, en conductas que no debería reprimirse por ejemplo, el caso de los perros, con el descuido de animales, son conductas que no deberían estar adelantadas a la lesión resguardadas por el derecho penal, deberían dejarse a otras ramas del derecho, aquí se violenta el principio de razonabilidad, subsidiaridad de mínima aplicación, aquí en el caso concreto en los delitos de peligro abstracto ahí sí se violentaría el principio de culpabilidad y principio de inocencia.

Muestras tomadas en el Ministerio Público de Puntarenas

- **Lic. Manrique Morales Montiel, fecha de la entrevista 20/08/2019.**

1. Este tipo de delitos no están concebidos desde una perspectiva garantista, por cuanto van más allá de cualquier lesión que se pudiera dar con la sola percepción de la puesta en peligro de una determinada acción, en ese sentido, con solo establecer con mediana certeza que una acción por más mínima que sea, afecto un bien aunque éste sea abstracto, o poco o nada determinado, se considerara un delito de esta especie, lo que evidentemente afecta cualquier garantía que quien lo comete podría tener, lo que a mi criterio se excede en cuanto a su ámbito de protección de bienes jurídicos.

2. Evidentemente, son delitos que no llegan a consumir la antijuricidad material del delito y que a mi criterio, la mayoría se quedan en antijuricidad meramente formal, de hecho la mayoría no lesionan un bien jurídico propiamente dicho con víctimas determinadas, y esto permite que en algunos casos se abuse de su aplicación en perjuicio del administrado, por ejemplo: que lesión o daño realiza, quien porta un cuchillo o machete en su cinto, si nadie a su alrededor se percata de ello, o no lo exhibe con intención manifiesta de ser observado o amedrentar con él, o quien conduce ebrio en una calle evidentemente sin peatones.

3. Principio de lesividad, principio de legalidad, inclusive el principio de autonomía de la voluntad.

Muestras tomadas en el Ministerio Público de Puntarenas

- **Lic. Gianni Ferrandino Soto, fecha de la entrevista 21/08/2019.**

1. En cuanto a la visión garantista de este tipo de delitos, considero que se establece un límite para las conductas que suponen una amenaza o una probabilidad de lesión a ciertos bienes jurídicos, en ese sentido, se le garantiza protección a ciertos bienes ya sean personales o colectivos, por lo que todos en esta sociedad gozamos de esa protección sin ningún tipo de distinción.

2. Sobre la antijuridicidad material en delitos de peligro abstracto, sobre este particular se debe analizar el principio de lesividad el cual delimita cuales conducta podrían estar dentro del ámbito penal a efectos de verse sancionadas, en ese sentido, el riesgo que corren cierto bienes jurídicos con la realización de ciertas conductas, ejemplo el conducir en sobre vías públicas en estado de ebriedad por encima del límite permitido, esto evidentemente afecta a una colectividad y potencialmente están en riesgo bienes de suma importancia como la integridad física de cualquier persona, de allí que no se trata de un peligroso presunto sino potencial.

3. Considero que se afecta el principio de lesividad y de mínima intervención.

Muestras tomadas en el Ministerio Público de Puntarenas

- **Lic. Luz Annia González Alvarado , fecha de la entrevista 21/08/2019.**

1. Los delitos de peligro abstracto son aquellos que nos basta que algo suceda para que el delito se configure, dado que, con solo el riesgo asumido en aquellos y la infracción a la norma, ya existe. Por lo que considero que, desde una posición garantista, que no amerita que algo ocurra para su persistencia. No requiero una consecuencia material.

2. Considero que, en este tipo de delincuencias, sí se da la antijuricidad material, esto porque recordemos que socialmente la norma se crea para la protección de bienes jurídicos, y debido a ello y por la lesividad que pueden causar y que a mi criterio sí se da la antijuricidad material.

3. Considero que este tipo de delitos el principio violentado en cierta manera es de culpabilidad, dado la manera y el tratamiento que se ha dado a este tipo de delincuencias y la "satanización" inclusive de algunos tipos penales, como concurre en los delitos de narcotráfico, por ejemplo. Y, por otro lado, considero que también podría pensarse que el principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición de sanciones en estas delincuencias, al no existir un análisis más hilado en cuanto a la antijuricidad material.

Muestras tomadas en el Ministerio Público de Puntarenas

- **Lic. Andrey Guerrero Fuentes, fecha de la entrevista 22/08/2019.**

1. Se consideran como delitos imposibles porque no hay vulneración al bien jurídico que se pretende tutelar.
2. No existe antijuricidad material porque el bien jurídico no se afecta de forma directa.
3. Principio de lesividad y legalidad.

Muestras tomadas en el Tribunal Penal de Puntarenas

- **Msc. Rafael Saborio Jenkins (exletrado de la Sala Constitucional), fecha de la entrevista 31 mayo 2019.**

1. De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política, nuestro país eligió un sistema democrático para la organización del Estado. Desde esa perspectiva, únicamente un Derecho Penal democrático tendría la posibilidad de aplicarse en nuestro país, para ser consistente con esta disposición Constitucional. Ahora bien, el Derecho Penal Democrático parte de una característica esencial: Un derecho Penal que proteja bienes jurídicos. Es así como en tesis de principio -y afirmo esto por los criterios de la Sala Constitucional- para que una acción pueda ser calificada como delito, debería primero que todo, pretender proteger, con la prohibición, algún bien jurídico, y, en segundo lugar, que la acción que realiza el agente al menos ponga en peligro un bien jurídico. Los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque no es posible identificar, en concreto, cuál es la puesta en peligro del bien jurídico, por lo que desde esta perspectiva los delitos de peligro abstracto, vistos desde la óptica del garantismo, no contienen los requerimientos suficientes para poder ser sancionado como delito.

2. La antijuricidad material implica que la acción que se realiza, para ser considerada antijurídica, debe poner en peligro o lesionar el bien jurídico que se tutela, por lo que la determinación de ésta es incompatible con los delitos de peligro abstracto, donde como dije antes, la característica esencial de estos delitos es que no puede identificarse, en concreto, cuál es la puesta en peligro al bien jurídico. La Sala Constitucional ha identificado en estos casos la antijuricidad material por la determinación del legislador de que una conducta resulte peligrosa en sí misma. Esta lógica de la Sala Constitucional nos llevaría a considerar que la tipicidad es ratio essendi de antijuricidad, debiendo concluir que todos los delitos de peligro abstracto, por el hecho de ser típicos serían entonces antijurídicos. Es por este último motivo que el razonamiento de la Sala Constitucional resulta inconsistente con el derecho penal democrático, donde de acuerdo con el artículo 28 de la

Constitución Política, se requiere además de la tipicidad un razonamiento de antijuricidad, por lo que la tipicidad se convertiría en ratio cognoscendi de antijuricidad.

3. Básicamente considero que el principio fundamental que más infringen los delito de peligro abstracto, es el principio de lesividad, determinado en el artículo 28 de la Constitución Política, donde se establece normativamente, la necesidad de que la conducta además de típica, para ser considerada delito, y pueda estar sujeta a una sanción, debe ser también antijurídica desde un punto de vista material -lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-, por lo que evidentemente esta resulta, desde mi perspectiva, la mayor vulneración a los derechos fundamentales de este tipo de delitos.

Muestras tomadas en el Tribunal Penal de Puntarenas

- **Luis Angulo Montero, fecha de la entrevista 01/08/2019.**

1. Sí considero que los delitos de peligro abstracto contemplan garantía ya que, ha sido ampliamente discutido por nuestra Sala Constitucional sobre su constitucionalidad o no, siendo que después de una amplísima discusión tanto doctrinal como jurisprudencial, se ha concebido en que este tipo de delitos sí son constitucionales y respetan las garantías constitucionales.

2. En realidad desde una visión objetiva considero que no, ya que lo que ocurre con este tipo de delitos es que se hace un juicio ex ante, que no exige la afectación al bien jurídico tutelado, siendo que, con solo la realización de la conducta típica se tiene por perfeccionado el delito.

3. Para mí se tienen violentados el principio de lesividad y el de mínima intervención del Estado en el Derecho Penal.

Muestras tomadas en el Tribunal Penal de Puntarenas

- **Msc. Fabricio Wong Álvarez, fecha de la entrevista 19/08/2019.**

1. Este tema en estudio está en el límite del *Ius Puniendi* del Estado. Desde un punto de vista estrictamente garantista están por fuera del poder punitivo del Estado, sin embargo, dependiendo, si amplificas un poco la visión, este tipo de delito entra dentro de la corriente normal de delitos; Si los delitos son concebidos desde un punto de vista antropológico, en aras de preservar la coexistencia social, este tipo de delitos, resiste un análisis de constitucionalidad, por ejemplo, el portar un cuchillo en un parque a medianoche, genera una alarma social, afecta a la ciudadanía.

2. Para entender la antijuricidad material en estos delitos, debe entenderse que la afectación no necesariamente debe ser tangible, pues una alarma en un ciudadano, no necesariamente puede observarse, pero posteriormente puede materializarse cuando el ciudadano llama a la policía para poner en aviso sobre la portación del cuchillo en circunstancias anómalas.

3. Si se parte desde un punto de vista antropológico en la construcción de delitos, no se vería afectado ningún principio fundamental.

Muestras tomadas en el Tribunal Penal de Puntarenas

- **Lic. Julianita Morales Mora, fecha de la entrevista 20/08/2019.**

1. En mi caso los peligros de delito abstracto son siempre delitos de mera actividad cuya punición descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, según la valoración que realice el legislador.

2. En mi caso considero que sí existe antijuricidad material, ya que, los delitos de peligro abstracto no requieren expresamente la efectiva situación de peligro, sino que basta la peligrosidad de la conducta, como es el caso de los delitos de la ley de psicotrópicos.

3. En mi consideración el principio de lesividad.

Muestras tomadas en el Tribunal Penal de Puntarenas

- **Lic. Franklin Lara Fallas, fecha de la entrevista 21/08/2019.**

1. Me parece que se conciben como tipos penales de mayor rigurosidad en su análisis, pues la valoración ex ante que debe hacerse pondera la efectiva puesta en riesgo, es decir no puede quedarse en el plano de la antijuricidad formal.

2. Por supuesto que debe existir antijuricidad material para que se configure delito, ejemplo el delito de venta de droga, si solamente se cuenta con compras controladas no se causa una puesta en riesgo aun y cuando exista antijuricidad material. Debe recordarse que la tipicidad es ratio cognoscendi de la antijuricidad y por tal razón debe determinarse la efectiva puesta en riesgo del bien jurídico.

3. En realidad no considero que se violenten principios, con un correcto análisis de la teoría del delito y el principio de lesividad puede arribarse a conclusiones acordes con la puesta en riesgo de bienes jurídicos.