

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

ESCUELA DE DERECHO

**“EVALUACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DEL
DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA POLÍTICA
CRIMINAL COSTARRICENSE Y SU LEGITIMIDAD”**

DIEGO GATGENS GUTIÉRREZ

25 DE ABRIL 2019

Tabla de Contenido

PORTADA	
Índice.....	2
Capítulo 1. Introducción.....	3
Planteamiento del problema.....	3
Objetivo General.....	8
Objetivos específicos.....	8
Justificación.....	9
Antecedentes.....	13
Historia del tema.....	13
Investigaciones internacionales.....	19
Investigaciones nacionales.....	23
Proyecciones.....	25
Capítulo 2. Marco Teórico.....	26
Teorías absolutas de la pena.....	31
Teorías relativas de la pena.....	39
Teoría de la prevención general.....	41
Teoría de la prevención especial.....	44
Teoría mixtas de la pena.....	48
Incorporación de los elementos de la investigación al marco teórico.....	53
Derecho penal del enemigo.....	53
Política Criminal.....	56
Legitimidad.....	60
Capítulo 3. Marco Metodológico.....	64
Enfoque de la investigación.....	65
Diseño de la investigación.....	65
Muestras de la investigación.....	66
Unidades de análisis.....	66
Procedimiento para la recolección de datos.....	67
Método de análisis.....	67
Capítulo 4. Desarrollo.....	68
Conceptualización y caracterización de la doctrina del derecho penal del enemigo.....	68
Estructuras del Derecho Penal del Enemigo en Costa Rica.....	72
Proceso de Flagrancia.....	73
Ley contra la delincuencia organizada.....	95
Proyecto de ley de extinción de dominio.....	107
Capítulo 5. Conclusiones y recomendaciones.....	118
Referencias Bibliográficas.....	123

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

Planteamiento del Problema

En la actualidad, la sociedad costarricense se enfrenta a niveles de criminalidad y violencia sin precedentes en su historia. Desde el año 2012, la tasa anual de homicidios en el país ha continuado en crecimiento, registrándose así en el 2017 el nivel más alto de homicidios en la historia de Costa Rica, con la cifra de 603 asesinatos, los cuales en su mayoría están vinculados al crimen organizado. Esta cifra equivale a 12,1 homicidios por cada 100.000 habitantes, por lo que según el criterio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) la problemática ha alcanzado el nivel de epidemia, al sobrepasar los 10 homicidios por cada 100.000 habitantes.

En este sentido, vale recalcar que tal encrucijada no es exclusiva de Costa Rica, sino que por el contrario, muchas naciones alrededor del mundo atraviesan una situación similar. En el caso de la región latinoamericana y especialmente en Centroamérica, el daño causado por la criminalidad a la sociedad civil ha alcanzado cuotas alarmantes, ya que el crimen organizado ha conseguido unos niveles de sofisticación en sus operaciones altamente avanzados. Tal situación ha generado un malestar y clima de inseguridad entre los habitantes de la zona, mismo que es continuamente exacerbado por los medios de comunicación, lo que ha causado una presión popular hacia los órganos judiciales y legislativos para aumentar y endurecer las medidas punitiva.

Los miembros del poder judicial han visto como año tras año la guerra contra el crimen se encruce más y más, y ante tal panorama, muchos se cuestionan si nuestra legislación penal se ha quedado desfasada ante la nueva realidad de inseguridad a la que se enfrentan. En este sentido, es importante aprovechar este apartado de la investigación para hacer una breve reseña histórica de la normativa penal en Costa Rica.

Como primer antecedente en esta materia, se encuentra el Código General de 1841, también llamado el Código de Carrillo, al ser el mismo promulgado por el jefe de Estado Braulio Carrillo Colina, el cual se componía de tres partes. La primera parte veía todo lo relativo a la materia civil, la segunda parte regulaba lo concerniente al derecho penal sustantivo, y la tercera parte se dedicaba a lo procesal, tanto en materia civil como en materia penal.

Luego, en 1910 entraría en vigencia el Código de Procesamientos Penales, que era predominante de carácter escrito. Tal código establecía el proceso en dos etapas, una sumaria y una plenaria, donde un único juez indaga, instruye, dirige y sentencia. Sobre la naturaleza del proceso establecido por esta normativa, Gadea Nieto manifiesta:

“En este nuevo código predominó el sistema inquisitivo en la primera parte del proceso, teniendo el juez amplias facultades para rechazar la prueba del Ministerio Público y el imputado en caso de que no las considerara pertinentes, lo cual provocaba que existiera mucha arbitrariedad por parte del juzgador. Además, se consideraba que en caso de que el imputado se negara a prestar la prueba confesional, era considerado como indicio de culpabilidad y si, por el contrario, era anuente a prestar dicha confesión, era causa de atenuación, lo cual refleja una gran manipulación contra el imputado propia del sistema inquisitivo. La etapa inicial finalizaba con un auto de enjuiciamiento y prisión dictado por el juez y la ley daba la posibilidad de prescindir del debate en los casos en que el imputado confesaba el delito.” (2003, p.p 279)

Posteriormente, en 1975 surgiría un nuevo Código de Procesamientos Penales, reemplazando a la normativa anterior. Bajo este código, se daba un procedimiento ordinario de instrucción formal dirigido a delitos de acción pública con penas privativas de libertad mayores a tres años de prisión, que luego de dicho proceso, un tribunal superior conocía del caso durante la etapa de juicio. También existía un procedimiento sumario que se aplicaba para los delitos con penas de máximo tres años de prisión o que solo fuesen castigados por días multas.

Finalmente, el Código de Procedimientos Penales de 1975 saldría de vigencia para cederle el espacio al actual Código Procesal Penal de 1998, buscando reformas en la normativa que respetara los derechos del imputado. Además, se debe destacar el cambio que implicó en una mayor importancia de la parte oral en el proceso. Al respecto del Código Procesal Penal vigente, Gadea Nieto expresa:

“Actualmente, el sistema procesal mixto es el que impera en nuestro país, el cual se configura con la unión de características y principios más sobresalientes de sus dos predecesores, el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio. Como consecuencia de ello surge la característica más importante de este sistema cual es, la división del proceso en dos etapas: una de investigación o instrucción, en cuyo seno dominan los principios inquisitivos, y la fase de juicio en donde se manifiestan ampliamente los principios del sistema acusatorio.” (2003, p.p 280)

Enlazando con lo anterior, es posible concluir la naturaleza dinámica del Derecho ante los constantes cambios sociales, económicos, políticos y tecnológicos del mundo, y por lo tanto ante una problemática creciente como es el crimen dentro de las sociedades contemporáneas, surge el cuestionamiento válido si el ordenamiento jurídico se ha quedado atrasado con respecto a las más recientes manifestaciones del fenómeno delictivo.

Como mecanismo de respuesta ante esta situación, varios países democráticos desde hace ya algunos años, parecen estar migrando de un Derecho Penal Liberal o ideal, en el que todas las personas somos iguales, a lo que el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, el profesor Günther Jakobs define como un “Feindstrafrecht” o “Derecho Penal del Enemigo”.

Mediante dicho modelo, Jakobs defiende la aplicación de un derecho penal diferenciado, uno dirigido hacia los ciudadanos, aquellos a los que se pueden dar una garantía cognoscitiva de apego al ordenamiento jurídico, y otro para enemigos, considerando estos como aquellos sujetos que no pueden garantizar tal condición. Al respecto se refiere el autor de la siguiente manera:

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. (Jakobs y Cancio, 2003, p.p 47).

A partir de esto, se puede concluir que para el jurista alemán, una política criminal efectiva tiene el deber de suprimir la amenaza que representan aquellos que no puedan adecuarse a este, y cuyas acciones ponen en peligro al Estado de Derecho, o de lo contrario, estaría fallando en tutelar un bien jurídico fundamental como es la seguridad de los ciudadanos

En otras palabras, quienes no ofrezcan garantía de un comportamiento conforme a derecho, están renunciando tácitamente a su condición de ciudadanos, por lo que dejan de contar con las mismas garantías y derechos dentro de un proceso penal, de quienes sí gozan de esta condición. Como síntesis, para Jakobs: “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo” (2003, p.p 56). Por consiguiente, es entendible que tal teoría pueda ser vista como una solución válida dentro del derecho penal en la “guerra contra el delito”.

En esta misma línea, tal modelo ha ganado aceptación entre muchos juristas de diversos Estados alrededor del mundo, incluyendo Costa Rica. Si bien dicho beneplácito a la teoría no se ha dado de forma expresa, no puede negarse que si ha existido una tolerancia en la aplicación fáctica de medidas especiales ante ciertos sujetos de alta peligrosidad, los cuales calzarían con la definición de enemigo de la sociedad planteada por Jakobs.

Sobre este mismo tema, es importante aclarar que si bien la doctrina de Jakobs ha encontrado una gran cantidad de adeptos, al mismo tiempo han surgido tanto a nivel nacional e internacional muchos profesionales en derecho manifestando una clara oposición a esta, al considerar que violenta gran cantidad de principios y derechos fundamentales, como por ejemplo el principio de presunción de inocencia.

El enfrentamiento entre ambas posturas ha revivido el antiguo debate de la seguridad colectiva enfrentada a la libertad individual, tanto a nivel Estatal como a nivel supranacional, especialmente luego de los atentados del 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos de América, con situaciones como la de los presos en la prisión de Guantánamo, quienes vieron sus derechos fundamentales violentados en nombre de la seguridad.

Es dentro de este marco, que la investigación buscara evaluar las estructuras dentro del derecho penal sustantivo y procesal costarricense, que si bien no de forma expresa, son manifestaciones de un derecho penal del enemigo presente en la política criminal costarricense, ya que como se analizara más adelante, conllevan un trato diferenciado ante ciertos grupos específicos. Posteriormente se examinara si en un Estado social de Derecho como lo es Costa Rica, dichas estructuras pueden considerarse como instrumentos legítimos para garantizar la seguridad de los ciudadanos.

De esta manera, este estudio pretende traer a la luz de forma individual las prácticas propias del derecho penal del enemigo presentes en nuestro ordenamiento jurídico, que al ser en teoría un derecho penal liberal e igualitario, debería presentar las mismas garantías normativas y procesales para todos los que componen la sociedad. Esto independientemente de la gravedad de los delitos que se estén achacando al imputado o el grupo social al que este pertenezca, pero como se verá más adelante, esto no siempre es así en la realidad.

A continuación, el trabajo examinará las ventajas y desventajas que dichas prácticas conllevan, tanto su efectividad como herramienta en la lucha contra distintas formas de delincuencia, así como su riesgo potencial para la sociedad costarricense, a corto y largo plazo, si al poner sobre la balanza todos estos factores, se puede considerar compatible o inclusive deseable el formalizar un derecho penal del enemigo dentro de un Estado social democrático como es Costa Rica.

Finalmente, recopilando todo lo expuesto anteriormente es que se plantea la siguiente interrogante: *¿Son las estructuras propias del derecho penal del enemigo en la política criminal costarricense instrumentos legítimos para garantizar la seguridad de los ciudadanos?*

Objetivos

Objetivo General

Evaluar las principales estructuras del Derecho Penal del Enemigo en la política criminal costarricense y su legitimidad

Objetivos específicos

1. Conceptuar los elementos históricos, filosóficos y teóricos de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo.
2. Identificar las estructuras propias del Derecho Penal del Enemigo presente en la política criminal costarricense
3. Justificar la existencia del Derecho Penal del Enemigo dentro de un Estado social democrático, como garante de la seguridad de sus ciudadanos.

Justificación

A través de la historia, el Derecho se ha consolidado en una herramienta para regular las diferentes manifestaciones que el comportamiento humano puede desplegar dentro de una sociedad. Al ser el cambio algo inevitable en todos los diversos aspectos de la vida, las sociedades humanas han evolucionado de manera continua en sus diferentes facetas a lo largo de la historia y esto por consiguiente ha repercutido inevitablemente en una construcción social como es el Derecho.

En la opinión personal del investigador, se considera que el papel que la rama penal del derecho ha jugado dentro de la construcción de los Estados democráticos ha sido muy importante, por ser fundamental en el desarrollo de la política criminal de las naciones y todo lo que ello implica, al constituirse en una especie de faro para conducir a los entes estatales involucrados es la lucha contra la delincuencia.

En esta misma línea, la efectividad de las políticas y medios con los que un Estado pretende suprimir la actividad criminal tienen una increíble importancia para la construcción y el mantenimiento de una sociedad funcional, lo que constituye el pilar de un Estado social de Derecho. Esto pues es inconcebible una nación donde no existan al menos la garantía de un mínimo de seguridad personal y colectiva para sus habitantes y el correcto desenvolvimiento de sus actividades.

Por consiguiente, se puede afirmar que un Estado donde el *Ius Puniendi* de este ha pasado a ser no otra cosa que un mero simbolismo, en que los poderes estatales correspondientes son incapaces de cualquier aplicación real y significativa del poder sancionatorio ante quienes desafían al ordenamiento jurídico, debe ser considerado como un Estado fallido, al no poder salvaguardar el bien común de los ciudadanos.

En este contexto, es verdaderamente conveniente el profundizar en el estudio de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo. Lo anterior debido a la gran influencia que esta corriente de pensamiento ha estado ejerciendo durante los últimos años en el tratamiento de la política criminal en diferentes países, incluyendo a muchos en la región latinoamericana, entre los cuales se encuentra Costa Rica.

Retomando lo anterior, a pesar de que el derecho penal del enemigo es una corriente que cuenta con un gran número de detractores dentro de los profesionales en Derecho, no sería de ninguna manera correcta el negar la aceptación que esta teoría ha logrado alcanzar entre muchos juristas. Para una gran cantidad de académicos afines a esta teoría, la misma representa una respuesta válida ante el aumento de la criminalidad en las sociedades modernas.

Así mismo, es sustancial analizar el viraje que ha venido teniendo la legislación penal en Costa Rica, producto de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo. Si bien es cierto que con la instauración del actual código procesal penal de 1998 se buscó salvaguardar tanto las garantías de la víctima como del imputado, en los últimos años da la impresión de que a nivel legislativo se está emigrando de un derecho penal de acto, a un derecho penal de autor. Esto es evidente es la intención de sacar adelante en la corriente legislativa a proyectos como el de la ley de extinción de dominio, que es un ejemplo de que dicha tendencia aparenta continuar a futuro.

Además, se debe señalar que esta temática posee una gran relevancia social, ya que es innegable el impacto que puede tener en distintas formas, e intensidad con que se pueda manifestar el poder punitivo del Estado y la ejecución de la pena como instrumento para castigar al delincuente en vez de rehabilitarlo, tal y como lo pregona el derecho penal del enemigo, tienen en la sociedad civil un enorme impacto, especialmente considerable en aquellos sectores de la población que regularmente son sujetos de etiquetamiento y procesos de selectividad por parte de las autoridades judiciales.

En esta misma línea, este tipo de investigación es trascendental para el país, pues permite evaluar la repercusión que tiene para la sociedad costarricense la configuración de ciertos sujetos en enemigos de los ciudadanos, si esto puede considerarse como algo legítimo en la búsqueda del bien común, que en este caso implicaría el de aquellos con condición de ciudadano. Una vez estudiado esto, se puede analizar si por el contrario, se estaría agravando a largo plazo el problema de la criminalidad, por culpa del crecimiento de una brecha social entre sectores de la población nacional.

El presente trabajo buscara profundizar en un tema que si bien es cierto y como se ha mencionado, ha alcanzado popularidad tanto a nivel nacional como internacional, es solo fuera de Costa Rica donde esto se ha visto reflejado en el desarrollo de una gran cantidad de investigaciones académicas abordando tan interesante y compleja temática como es el Derecho Penal del Enemigo.

Si bien es cierto que se han dado investigaciones sobre el tema en el país, a nivel nacional han sido pocos los autores que lo han desarrollado en comparación con el exterior.

Producto de esta situación, es que la existencia de una investigación acerca del Derecho Penal del Enemigo, y sus estructuras encubiertas en el supuesto Derecho Penal igualitario costarricense, como la que este estudio se plantea, es completamente viable y justificable, ya que se materializa como un esfuerzo importante para ampliar la cantidad de investigaciones en el desarrollo del tema dentro del marco nacional.

En este sentido, este trabajo busca evaluar si las estructuras del Derecho Penal del Enemigo en la política criminal costarricense pueden considerarse justificables y legítimas ante la realidad del país en el tema de la seguridad, o si por el contrario, tales prácticas son contrarias e incompatibles en su totalidad al Derecho Penal nacional, y por tanto no son justificables, cualesquiera que sean las circunstancias.

Retomando lo anterior, se reafirma el carácter viable de la creación de este estudio, debido a que se propone, en la medida de sus posibilidades y por medio de los alcances propuestos, el aliviar el vacío que existe en el país en lo que ha estudios sobre un tema tan rico como este se refiere. De esta manera, la presente investigación pretende constituirse como un antecedente importante en lo concerniente a la temática a tratar, para las futuras investigaciones sobre el Derecho Penal del Enemigo.

Recopilando lo anterior, si bien debe reconocerse que muchos teóricos costarricenses han manifestado su rechazo a esta doctrina, por denunciar su incompatibilidad dentro de un Estado social y democrático como es Costa Rica, lo cierto del caso es que se debe evaluar de manera objetiva la efectividad del tipo de medidas inspiradas en el Derecho Penal del Enemigo, así como examinar sus falencias y potenciales riesgos a corto y largo plazo, para determinar si puede considerarse como una solución válida ante la nueva realidad en materia de inseguridad que enfrenta el país.

Por otra parte, resulta importante el estudio de este tipo de iniciativas, ya que a nivel práctico puede tener un impacto significativo, al ayudar a descubrir falencias dentro de la política criminal costarricense. Dicho descubrimiento puede darse tanto en el proceso generativo durante la concepción de la legislación penal, en otras palabras, lo que concierne al Derecho Penal sustantivo,

así como en la fase ejecutoria de dicha política, es decir, en los mecanismos procesales del Derecho Penal.

Enlazando con lo anterior, si bien la realización de este tipo de trabajo investigativo es en principio y en su mayoría un ejercicio netamente académico, no se debe subestimar la relevancia y huella que el mismo puede llegar a tener en la realidad. Todo estudio académico de una disciplina con la relevancia social que contiene el derecho, tiene el potencial de generar cambios sociales importantes, a corto y largo plazo.

En esta misma línea, el hecho de evaluar de manera realista las virtudes y fallos de las estructuras propias del Derecho Penal del Enemigo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, implica necesariamente que este estudio sobrelleva grandes implicaciones prácticas, pues puede repercutir en una búsqueda de maximizar la eficiencia de tales estructuras en su formulación y ejecución.

De lo expuesto anteriormente, es oportuno recalcar la gran importancia y pertinencia que este trabajo representa, no solo para los teóricos del Derecho, sino más bien para toda la sociedad costarricense. No es ningún secreto para nadie que el país está atravesando una situación extremadamente difícil en su combate contra el crimen, en todas y cada vez más diversas y sofisticadas manifestaciones, por lo que hoy más que nunca esta investigación adquiere una gran relevancia.

Finalmente, y a manera de síntesis de lo anterior, se debe resaltar el carácter significativo del desarrollo y estudio de este tipo de proyectos, que busca abordar una temática sumamente compleja, pero que puede ser clave para hacer frente a la tan grave realidad nacional de Costa Rica en la actualidad. Se debe asumir tal tarea, para evaluar hasta qué punto es legítimo y necesario la adopción del derecho penal del enemigo, inclusive de manera formal a futuro, o si por contrario, la búsqueda de la seguridad no justifica de ninguna manera el limitar derechos fundamentales frente al Ius Puniendi del Estado

Antecedentes

En esta sección se expondrán los antecedentes más relevantes con respecto al objeto de estudio de la investigación. De esta manera, se realizara una breve reseña histórica de las corrientes de pensamiento más importantes en cuanto a su relación con el derecho penal del enemigo, así como también se señalaran las principales investigaciones nacionales e internacionales que guarden algún vínculo significativo con el estudio.

Lo anterior con la finalidad de brindar al lector, independientemente de su bagaje académico, un panorama general del contexto del tema a desarrollar, el derecho penal del enemigo. Esto con la finalidad de conocer el origen y posterior abordaje que le ha dado al objeto de estudio a nivel investigativo. Dicho conocimiento permitirá a la persona que estudie el presente trabajo académico un mayor aprovechamiento del mismo, al estar al tanto de los antecedentes más significativos de la temática.

Historia del tema

Si bien fue en el año de 1985 durante la realización de un Congreso de Profesores Alemanes de derecho penal celebrado en Frankfurt, que Günther Jakobs menciono por primera vez su teoría del Derecho Penal del enemigo, la realidad del asunto es que el teórico alemán estaba reintroduciendo una temática que en tiempos pasados ya había sido abordada por notables filósofos a través de la historia humana.

En este sentido, es importante mencionar algunos de los más celebres filósofos, pues mediante tal ejercicio será posible reconocer las bases filosóficas que empleo Günther Jakobs para construir su teoría del Derecho Penal del Enemigo. Además, tal análisis también permitirá reconocer los fundamentos filosóficos y jurídicos con los que dicho autor pretende legitimar la existencia de un derecho penal diferenciado.

En primer lugar, el pensador suizo Jean-Jacques Rousseau es uno de los filósofos influyentes en la doctrina del derecho penal del enemigo. En su obra más conocida “El contrato

social”, considera que aquellos que rompan el pacto social, abandona su condición de ciudadano y debe ser considerado como un enemigo. Al respecto este autor expresó que:

...todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido” (1999, p.p 32)

De lo anterior se puede concluir que para Rousseau, la identificación y posterior eliminación de los enemigos del Estado, se constituye en un asunto de sobrevivencia para este último, por lo que su accionar contra el enemigo se encuentra totalmente justificado. En otras palabras, el enemigo gana tal condición al, por su libre voluntad, quebrantar el contrato social entre sí mismo y el Estado, por lo que pasa a un estado de guerra.

En esta misma línea, el también filósofo contratista de origen alemán, Johann Gottlieb Fichte señala, de igual manera a Rousseau, que aquel que rompiese el contrato social, luego de que lo hubiese aceptado, quedara despojado de cualquier tipo de derechos y garantías. Al punto que inclusive el Estado deberá de dejar de considerar al mismo siquiera como un ser humano, manifestando que:

...quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derecho” (Fichte (1796) citado por Jakobs et al (2003), p.p 27)

Al estudiar lo anterior, se puede una clara similitud en las ideas de Rousseau como de Fichte, por lo que es posible concluir como se iba construyendo cierta línea de pensamiento sobre el tema. Si bien ninguno utiliza el término de derecho penal del enemigo, es fácil ver la influencia que estos pensadores han tenido en la construcción y el desarrollo de dicha teoría por parte del profesor Günther Jakobs.

Por otra parte, el filósofo inglés Thomas Hobbes en su obra “El leviatán” no es tan extremista como los dos pensadores anteriores, pero sin embargo considera que el caso del crimen de rebelión de un ciudadano frente a la autoridad estatal es de tal magnitud, que provoca que el que se revelase pasara a ser considerado enemigo. Sobre esto y la naturaleza de la rebelión manifiesta que:

La naturaleza de esta ofensa consiste en la renuncia a la subordinación, lo cual constituye una recaída en la condición de guerra, comúnmente llamada rebelión; y quienes así ofenden no sufren como súbditos, sino como enemigos, ya que la rebelión no es sino guerra renovada.” (Hobbes, s/f, p.p 193)

Para Hobbes, el súbdito que se revele contra el Estado lo convierte de manera automática en enemigo de este, poniéndolo en confrontación de guerra con la autoridad estatal. En otras palabras, el caso de rebelión implica que el rebelde abandona su condición de ciudadano del Estado ante el cual se revela, por lo que para efectos prácticos será tratado por dicho Estado como si se tratase de un adversario dentro del marco de un conflicto de carácter militar.

Retomando todo lo anterior, si bien las consideraciones de los filósofos mencionados pueden parecer arcaicas y obsoletas en la actualidad, no es posible negar el valor que tienen al ser un antecedente necesario y sumamente importante en el estudio del derecho penal del enemigo. Gracias al conocimiento de tal contexto es posible comprender como Jakobs formalizo y modernizo tales conceptos antiguos hasta desarrollar su Derecho Penal del Enemigo, sin desmerecer de ninguna manera el aporte intelectual propio del profesor alemán.

A manera de antecedentes más recientes e inmediatos para Jakobs en el desarrollo de su teoría del Derecho Penal del Enemigo, es preciso mencionar a los también alemanes Niklas Luhmann y Claus Roxin. Lo anterior debido a que ambas figuras constituyen una influencia fundamental en la construcción de la teoría de Jackobs, por lo que es necesario hacer mención del trabajo académico de ambos.

En primer lugar, el sociólogo Niklas Luhmann es relevante en relación con Jackobs y el derecho penal del enemigo, gracias al desarrollo de su famosa teoría de los sistemas sociales. Si bien más adelante en el apartado de marco teórico se analizara dicha teoría a mayor profundidad, de igual manera se aprovechara este espacio dentro de los antecedentes para hacer una breve reseña inicial al respecto de este tema.

Para Luhmann, un sistema es de carácter cerrado y autorreferencial, en el sentido que los cambios y transformaciones que tales sistemas experimentan son productos de la retroalimentación de lo que ocurre dentro de sí mismos. Lo anterior conlleva que los sistemas no se ven influenciados por algún entorno externo, como tal. En este sentido, el autor Sánchez González lo explica de la siguiente forma:

“Para Niklas Luhmann un sistema es un entramado de operaciones fácticas que producen diferencia respecto de su entorno. La relación entre sistema y entorno, dice, es necesariamente recursiva, ya que dichas operaciones deben reconocer aquéllas que pertenecen al sistema y excluir a las que no... Luhmann refiere que los sistemas se encuentran clausurados operacionalmente, lo cual implica que las operaciones que lo constituyen son producidas al interior del sistema y no provienen de su entorno...De esta clausura operativa se desprende el concepto de autorreferencia, el cual refiere a que un sistema, para la producción de sus propias operaciones, se debe remitir a la red de operaciones propias y, en este sentido, reproducirse a sí mismo” (2009, p.p 196)

Retomando este tema, también es importante mencionar el papel fundamental que juega la comunicación dentro de la teoría de sistema de Niklas Luhmann. Esto por cuanto el sociólogo alemán visualiza a la comunicación como el elemento esencial básico del que se componen los sistemas sociales. Sobre como Luhmann precisaba la comunicación dentro de los sistemas, Sánchez González menciona:

“Luhmann consideró que operación fáctica esencial que componía los sistemas sociales era la comunicación por virtud de que:

- La comunicación es social, dado que necesita de al menos dos personas para producirse.

- La comunicación es pasajera, apenas comienza también empieza a desvanecerse.

- La comunicación va dejando puentes, va tendiendo conexiones con otras comunicaciones que permiten continuar la autopoiesis del sistema social

...Luhmann consideró que la comunicación era una síntesis de tres selecciones:

- Selección de información: ¿Qué voy a decir?

- Selección de una expresión o acto de comunicar: ¿Cómo lo voy a decir?

- Selección de una comprensión o incomprensión. ¿Qué va a entender el interlocutor?

Esta dinámica comunicativa se realiza con base en sentido, por lo que cada uno de los interlocutores esperará cierta respuesta o conducta por parte del otro. A esto Luhmann lo denomina como expectativa.... Por lo anterior, si en la dinámica comunicativa no se produce la conducta o respuesta esperada por un interlocutor, se sufre una decepción. En estos casos se debe dilucidar si, ante la decepción, la expectativa debe ser abandonada, transformada o mantenida a pesar de ello. En pocas palabras: si la expectativa es capaz o no de aprender... Las expectativas dispuestas al aprendizaje son estilizadas como cogniciones, ya que pueden ser transformadas cuando la realidad le muestra aspectos distintos o inesperados. Por otra parte, las expectativas no dispuestas al aprendizaje son estilizadas como normas, ya que son mantenidas incluso en caso de decepción y en contra de los hechos” (2009, p.p 197-198)

A partir de este último punto es que se puede realizar el enlace del campo de la sociología al campo del derecho, como sistema compuesto por una serie de normas cuya función es el orientar la conducta de los individuos en sociedad. Para Jakobs, cuando las expectativas de cumplimiento a dichas normas se ven decepcionadas, es cuando entra en juego el papel de la pena, para reafirmar la validez de la norma, independientemente de cualquier infracción.

Por otra parte, es importante referirse también al pensamiento del jurista Claus Roxin, debido a la influencia que este ha ejercido sobre Günther Jakobs. Si bien posteriormente en el apartado sobre los fines de la pena dentro del marco teórico de este trabajo, se analizara algunas de las ideas más relevantes de Roxin, se aprovechara este espacio para un primer acercamiento a su obra, desde el punto de vista de la imputación objetiva, tema en el que han aportado enormemente tanto su persona como Jakobs.

La imputación objetiva hace referencia a la manera en que se debe establecer el nexo causal entre una conducta típica realizada por un sujeto y un resultado típico. En otras palabras, señala durante cuales supuestos una conducta típica deberá ser imputable al sujeto que la hubiese realizado. En este sentido, sobre lo que entiende Roxin por imputación objetiva, Vélez Fernández afirma lo siguiente:

“Roxin, a quien se considera el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo, “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre

dentro del alcance del tipo (3)”... Se trata a juicio de Roxin, de que la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. Este autor pretendió con la teoría de la imputación objetiva, restringir de modo “objetivo” el concepto ilimitadamente “objetivista”. A Roxin le importó, ante todo, confrontar, a través de una perspectiva objetiva de la imputación, la incorporación del dolo al tipo del ilícito.” (2008, p.p 2)

Por otra parte, como antecedente más directo y relevante del tema del derecho penal del enemigo, esta los propios enunciados de parte de Günther Jakobs. La primera vez que Jakobs haría mención del derecho penal del enemigo sería durante un congreso de penalistas alemanes en Frankfurt, durante mayo de 1985, en su ponencia titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. Sobre el contenido de dicha ponencia, López Capdevila expresa que:

“En la misma, critica a una serie de preceptos del StGB, que realizan en su opinión criminalizaciones excesivamente anticipadas, llegando a castigar los actos preparatorios. Estos preceptos para el profesor —caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal del ciudadano y pertenecen al Derecho penal del enemigo y afirma que —no se pueden legitimar en un Estado de libertades. Estas criminalizaciones, a juicio de Jakobs, hacen que el autor no tenga esfera privada, —ningún ámbito para una conducta todavía-no-socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico” (2015, p.p 8)

Años después, en Octubre de 1999 Jakobs retomaría el tema del Derecho Penal del Enemigo, en Berlín, durante un congreso titulado “La Ciencia alemana del Derecho Penal ante el cambio de milenio, reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro”. En esta época Jakobs cambió de manera evidente su opinión respecto al Derecho Penal del Enemigo, opinando que un Derecho Penal del Enemigo bien delimitado, es la única alternativa posible contra cierto tipo de delitos en la actualidad.

En esta misma línea, las principales ideas del Derecho Penal del Enemigo serán finalmente plasmadas por el profesor Günther Jakobs junto al catedrático español Manuel Cancio Meliá con mayor profundidad en su libro “*Derecho penal del enemigo*”, cuya primera edición fue publicada en el año 2003, a lo que seguiría una segunda edición en el año 2006.

Investigaciones internacionales

Sin pretender de ninguna manera hacer un listado exhaustivo de las investigaciones realizadas sobre el derecho penal del enemigo a nivel internacional, a continuación se expondrán menciones de los estudios que a criterio del investigador han sido las más significativas e influyentes para el desarrollo del tema propuesto. Se hará mención de forma breve de los principales objetivos y conclusiones conseguidas por parte de los investigadores que realizaron los estudios.

En primer lugar, Calderón Sánchez (2012) en su Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho “El discurso de la seguridad democrática en el metarrelato de la lucha global contra el terrorismo bajo la retórica del derecho penal del enemigo”, empleando un enfoque cualitativo, busco analizar la política de “Seguridad Democrática” del gobierno de Álvaro Uribe Vélez en Colombia, enmarcada en el discurso del poder global y su lucha contra el terrorismo, influido por conceptos del denominado Derecho Penal del Enemigo.

Calderón concluye que se ha dado una evolución histórica acerca de la cuestión criminal, y que se ha migrado de una derecho penal liberal hacia etiquetamientos del comportamiento humano socialmente peligroso, cuya consecuencia final es un derecho penal del enemigo en el que se pasa de una tipificación de los hechos a una tipificación de autores, especialmente en lo relacionado con el terrorismo y narcotráfico.

Desde Sevilla, España, la autora Palacios Valencia (2014) trata el tema del Derecho Penal del Enemigo en su tesis para optar por el título de Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo “Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional: Práctica antagónico a la defensa de los derechos humanos”. Mediante un enfoque cualitativo, Palacios se planteó como objetivo visibilizar lo que ella considera la tendencia actual del Derecho Penal que es el utilizar los derechos humanos para legitimar medidas extremas de seguridad en casos especiales de riesgo.

Al finalizar su investigación, Palacios Valencia llega a la conclusión que el discurso de Jakobs ha adquirido un papel central en la comunidad internacional para enfrentar al terrorismo, y

que ha trascendido de la política interna de los Estados hacia el derecho penal internacional, de manera que el derecho penal internacional ha pasado a ser un ejemplo claro del Derecho Penal del Enemigo.

En Guatemala Afre Hernández (2014), para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, expone en su tesis el tema “Análisis Jurídico del Derecho Penal del enemigo en la política criminal del Estado de Guatemala”. Haciendo uso de un enfoque cualitativo, el autor se propuso demostrar mediante su investigación el carácter inconstitucional del Derecho Penal del Enemigo en el Estado guatemalteco y las condiciones criminológicas que han permitido su arraigo en algunos Estados de la región.

El investigador concluyó la existencia de la inconstitucionalidad y la incompatibilidad del Derecho Penal del Enemigo dentro del sistema penal de Guatemala. Considera que la existencia del Derecho Penal del Enemigo dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco constituye una amenaza grave para los instrumentos jurídicos racionales que ya existen en la política criminal del Estado Guatemalteco.

También desde Guatemala, el autor Ordóñez Nájera (2015), en su tesis para optar por el grado de doctorado en Derecho “El Derecho penal y procesal penal del enemigo en la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer de Guatemala”. Por medio de un enfoque cualitativo, Ordóñez determino como objetivo el analizar la ley en contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, desde el marco de referencia de la tesis de Jakobs del derecho penal y procesal penal del enemigo.

El investigador considera que la ley es una representación del Derecho Penal del Enemigo, ya que conlleva el adelantamiento de los límites de la punibilidad, el aumento sustancial de las penas y el relajamiento de garantías procesales. Además, concluye que tales leyes constituyen violaciones de varios derechos fundamentales, y junto a esto, no han tenido una efectividad real en combatir la violencia contra la mujer.

Finalmente, en lo que ha tesis internacionales se refiere, se encuentra el estudio del peruano Robles Trejo (2015) para optar por el título de abogado: “El Derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú”. Mediante un enfoque cualitativo, transversal y explicativo, el investigador se propuso

analizar las incompatibilidades del Derecho Penal del Enemigo con respecto a los principios emanados de la constitución del Perú, que son los encargados de regir la justicia penal procesal y sustantiva.

El autor peruano concluye que el Derecho Penal del Enemigo es incompatible con el Estado democrático de derecho, ya que obliga a los particulares a sacrificar su libertad a cambio de una seguridad aparente. Además, señala que el Derecho Penal del Enemigo no solo contradice los principios constitucionales de Perú, sino que también a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Además de las tesis de investigación, también se ha dado una gran serie de ensayos científicos y artículos publicados en revistas jurídicas sobre el tema del derecho penal del enemigo, constituyéndose como antecedentes importantes en el desarrollo de esta temática a nivel iberoamericano, por lo que se realizara una breve mención de los más destacados a opinión del autor.

En primer lugar, el catedrático español Muñoz Conde (2008), en su artículo “¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?”, publicado en la revista penal número 21 de la Universidad Pablo Olavide, cuestiona la tesis del Derecho Penal del Enemigo. El autor concluye que tanto en tiempos de paz como de guerra, no es necesario el Derecho Penal del Enemigo para hacer frente a amenazas como el terrorismo, solamente se requiere lo que él define como un “Imperio del Derecho”, que debe buscar la justicia y no la venganza.

El artículo del profesor chileno Núñez Leiva (2009) “Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario”, analiza la compatibilidad de la doctrina de Jakobs con el concepto de dignidad humana. Al finalizar concluye que en los ordenamientos jurídicos que incluyan la noción de dignidad humana a nivel constitucional, las normas del derecho penal del enemigo son totalmente inconstitucionales.

Por otra parte, el colombiano Paz Mahecha (2010), en su artículo “¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?”, publicado en la revista Papel Político, numero 15 (1), páginas 309-323, también pretende rebatir algunas de las tesis defendidas por Jakobs. Al concluir, el investigador considera que el Derecho Penal del Enemigo es incompatible

con el Estado de derecho y los derechos fundamentales, y que en el caso colombiano, responde a la importación de modelos de represión de otras latitudes.

El también colombiano Rivera Loaiza (2010) en su ensayo “El derecho penal de enemigo y el corpus internacional de los derechos humanos. Análisis comparativo”. En este trabajo, el autor se propone estudiar mediante un análisis comparativo del Derecho Penal del Enemigo y del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, lo que el ensayista define como el “corpus internacional de los derechos humanos”. Concluye que en la búsqueda por la seguridad, la implementación de medidas propias del Derecho Penal del Enemigo ha tenido como repercusión el debilitamiento de los límites formales del Estado de derecho.

Finalmente, el peruano Bonilla Leonardo (2012) en su ensayo “Eficacia y constitucionalidad del derecho penal del enemigo”, el ensayista se refiere a la expansión del Derecho Penal tanto a nivel internacional como en su país, Perú. Al finalizar, el autor concluye que mientras exista el Derecho Penal del Enemigo dentro del derecho positivo, no podrá ignorarse del todo esta tesis, por lo afirma que deben establecerse correctamente los límites del poder punitivo del Estado.

A modo de síntesis de este subsección, puede asegurarse que el aporte al desarrollo del tema del derecho penal del enemigo por medio de la realización de investigaciones a nivel internacional ha sido verdaderamente significativo. Lo anterior ha sido producto de que, tal y que como se ha podido constatar, los trabajos académicos llevados a cabo por autores internaciones engloban una diversa cantidad de enfoques sobre tan interesante teoría, y le brindan el análisis profundo que amerita el hacer un estudio serio en Derecho.

Enlazando con la siguiente subsección, es importante hacer la aclaración de que si bien es cierto que existe un gran número de trabajos de investigación de excelente calidad sobre el derecho penal del enemigo, realizados por autores de origen internacional, también se han elaborado a nivel nacional investigaciones y artículos de gran valor académico. Tales trabajos representan un gran aporte para la presente investigación, por lo que los mismos serán abordados en la siguiente subsección.

Investigaciones nacionales

En lo que concierne al ámbito nacional, si bien es cierto que tal y como se mencionó anteriormente, el Derecho Penal del Enemigo no ha sido una temática que ha sido emprendida por una gran cantidad de teóricos del derecho, si debe reconocerse la existencia de un par de trabajos académicos realizados por autores costarricenses de excelente calidad. Por tanto, en este apartado se hará mención de las investigaciones que a juicio del autor se han constituido un recurso invaluable para analizar el contexto nacional.

Por un lado está la tesis de Gutiérrez Carro (2009) para optar por el grado de licenciatura en derecho, la cual se titula: “Una exploración genealógica de la guerra contra las drogas: Desentrañando el derecho penal del enemigo”. Por medio de un enfoque cualitativo, y tal y como su nombre lo indica, el objetivo de esta investigación es realizar un análisis genealógico de la llamada “guerra contra las drogas” para conocer sus fines ocultos. Dentro de este análisis, el autor concluye que la guerra contra las drogas es la última etapa de un proceso persecutorio de más de 100 años, y que como todo proceso persecutorio, posee un carácter autoritario propio del Derecho Penal del Enemigo.

Por otra parte, Cambroner Torres (2014) en su tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, titulada: “Derecho penitenciario del enemigo: Hacia un análisis político-criminal del sistema penitenciario costarricense”. Haciendo uso de un enfoque cualitativo, la autora buscó como fin del estudio el examinar las prácticas penitenciarias de Costa Rica, así como también la legislación vigente y otros tipos de manifestaciones, que generan condiciones propensas a desarrollar un derecho penitenciario del enemigo. La investigadora concluye que las transformaciones del derecho sustantivo, procesal y penitenciario buscan la marginación de la población privada de libertad, en vez de una mayor seguridad ciudadana.

Aunado a estas tesis de investigación, una cantidad importante de teóricos costarricenses han elaborado una serie de ensayos y artículos de revista que abordan la temática del derecho penal del enemigo. Por tanto, dada la escasa información sobre el tema visto desde un enfoque costarricense, estos trabajos, si bien con pretensiones más modesta que un trabajo investigativo

como tal, de igual manera ofrecen un gran valor académico para la realización del presente trabajo de investigación, por lo que también se les realizara una merecida mención en este apartado, al sintetizar sus puntos más relevantes.

En primer lugar, Morera Araya (2009) en su artículo publicado en la revista IVSTITIA, Año 23. Números 271-272, correspondientes a julio y agosto del 2009, “La ley contra la delincuencia organizada. Un claro ejemplo de la peligrosa expansión del poder punitivo estatal” examina la que en su opinión ha sido la expansión desmedida del ius puniendi estatal dentro del derecho penal procesal costarricense, utilizando el caso de la ley contra la delincuencia organizada como foco principal de análisis. Entre otras ideas, concluye que las recientes reformas legislativas en el proceso penal se han traído abajo los avances garantistas que se habían logrado en Costa Rica, lo que ha tenido un alto costo humano en cuanto al respeto de los derechos fundamentales se refiere.

Posteriormente, Orozco Solano (2009) realizó un artículo titulado “Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva” en el que describe la noción del Derecho Penal del Enemigo y sus implicaciones sobre los principios que rigen el derecho penal sustantivo y el Derecho Penal de fondo. El autor concluye que el Derecho Penal del Enemigo relativiza el goce de los derechos fundamentales.

Finalmente, el profesor Chan Mora (2012), en su artículo publicado en la revista digital de la maestría en ciencias penales de la Universidad de Costa Rica, titulado “¿Derecho penal del enemigo? aportes críticos acerca de un debate desenfocado”. En este interesante análisis, Chan Mora considera que falta precisión de lo que conlleva el término “derecho penal del enemigo” y que esto implica que la discusión alrededor del tema ha estado desenfocada y que el concepto acorta poco al análisis jurídico-penal. Concluye que se debe dejar atrás la dependencia del concepto, ya que esto tiende a inmunizar los defectos del modelo penal vigente.

Retomando lo anterior y a modo de cierre de esta parte, es posible llegar a la conclusión de que si bien la investigación en torno al tema del Derecho Penal del Enemigo en Costa Rica podría considerarse como limitada en cuanto a cantidad, esto de ninguna forma les resta el gran valor que poseen a los trabajos anteriormente citados, caracterizados todos por contener muy interesantes enfoques y reflexiones sobre la temática.

Proyecciones

Mediante el trabajo de investigación se pretende evaluar las estructuras dentro de la política criminal costarricense, que si bien no de manera formal, se constituyen de manera material como propias del derecho penal del enemigo. De esta manera, se describirán dichas estructuras y se evaluará por qué encajan dentro de la teoría propuesta por Jakobs, esto con el fin de establecer su realidad material, por sobre su aparente carácter formal compatible con los principios fundamentales del Derecho Penal.

Para realizar esto, se conceptualizarán los diferentes elementos de la doctrina del Derecho Penal del enemigo y se determinará el nexo entre la teoría del profesor Jakobs y las estructuras a analizar en este trabajo. Una vez concluida esta evaluación, en la segunda parte de la investigación se realizará un debate jurídico-filosófico para concluir si puede considerarse a tales estructuras y al derecho penal como una herramienta legítima para proteger la seguridad de los ciudadanos costarricenses.

Por medio de este análisis, se pretende lograr contribuir a la discusión nacional de las autoridades legislativas y jurídicas en torno al debate de cuáles deberán ser las medidas a tomar para enfrentar los actuales y futuros niveles de criminalidad en la sociedad costarricense. Ya sea que el Derecho Penal del Enemigo puede ser considerado compatible con la tradición democrática y de Estado social de derecho en Costa Rica, y por lo tanto ser un modelo de utilidad para combatir la delincuencia, o si por el contrario, se trata de una tendencia peligrosa dentro del ordenamiento jurídico nacional que se debe revertir. Es por esta razón que el estudio tiene como finalidad generar un impacto que pueda contribuir a restaurar la armonía social en el país.

CAPÍTULO 2: MARCO TEORICO

Debido a la complejidad del tema de estudio, se hace necesario la implementación de un marco teórico, por presentar una importante serie de ventajas para un apropiado desarrollo de la investigación. Las ventajas que aporta la inclusión de un marco teórico en la exploración profunda de un tema, permiten que el trabajo académico pueda alcanzar el nivel de rigurosidad científica requerido.

Por tanto, a manera de introducción de este apartado de la investigación, se llevara a cabo una breve mención de algunos de los aportes más significativos que brinda la construcción de un marco teórico para un trabajo académico. Lo anterior con el fin de justificar la realización e inclusión de un marco teórico en el presente trabajo académico. Una vez realizado esto, se abordaran propiamente el contenido teórico del marco.

En primer lugar, ofrece al investigador la posibilidad de analizar varias visiones para tratar el tema por desarrollar; para posteriormente decantarse por la visión más acorde al trabajo. Esto resulta una gran herramienta; especialmente, para un estudio en Derecho, debido a su naturaleza compleja, en donde resulta mucho más útil, un análisis que permita el estudio de diferentes paradigmas.

En segundo lugar, la escogencia de un marco teórico, le ofrece al estudiante la posibilidad de elegir a su discreción y con su conocimiento de la temática por desarrollar, al autor o los autores que presenten las teorías más acordes para la justificación del objeto de estudio. Dicha elección, producto de un estudio exhaustivo, conlleva a la escogencia de un sustento teórico lo más apropiado para la investigación.

En tercer lugar, un marco teórico tiene como característica el ser flexible a la hora de desarrollarse, debido a los diferentes elementos teóricos que lo componen, lo que permite que este se adapte de la mejor manera posible a las diferentes partes de las que se compone una investigación; siempre y cuando todo el conjunto de la investigación permanezca dentro del marco de aplicación de la única teoría escogida.

En cuarto lugar, un marco teórico construido de forma correcta justifica al objeto de estudio de forma integral, ya que luego de analizar una serie de teorías posibles, este le permite al autor abordar la temática de investigación a profundidad, desde un plano general hasta un plano más específico, permitiendo de esta manera el tipo de análisis integral que una investigación jurídica requiera.

Finalmente, la dinámica que implica la realización de un marco teórico le brinda la posibilidad al investigador de examinar teorías de diversas épocas, tanto del pasado como del presente, más relevantes en el sentido de que guarden relación alguna con el tema de investigación. Por medio de este análisis, al contrastar las diferentes teorías alrededor del objeto de estudio, el investigador puede construir un fundamento teórico que dotara de la formalidad científica requerida a la tesis.

El estudio del Derecho es una disciplina altamente compleja; debido a la relevancia e impacto que su desarrollo implica en la siempre cambiante sociedad. En este contexto, es que los trabajos de investigación científica dentro de las ciencias jurídicas, se ven beneficiados con la construcción de un marco teórico, como también sucede en otras disciplinas. Dicho marco teórico se compone de una teoría, que viene a ser el pilar o soporte académico de un estudio y le aporta el respaldo teórico de la investigación.

De lo expuesto anteriormente, se concluye que un marco teórico es altamente eficiente a la hora de realizar cualquier tipo de investigación en el área del Derecho, y especialmente en la rama del Derecho Penal; porque este posee un respaldo científico significativo. Tal respaldo permite una mayor incorporación de paradigmas relevantes que brindan la posibilidad de desenvolver de manera apropiada un trabajo académico, y por consiguiente para poder construir un análisis lo más completo posible.

En este contexto, dentro de las teorías fundamentales que componen la rama del Derecho Penal, se encuentran las teorías sobre la función de la pena. Tales teorías son las que se encargan de responder las cuestiones relacionadas con cuál es el sentido, la función y la justificación que tienen las sanciones penales dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. Al ser la pena el principal instrumento con el que cuenta una nación para combatir la criminalidad, este tema es poseedor de una gran importancia dentro del desarrollo de la política criminal de un país.

Por consiguiente, debido al tratamiento que hacen las teorías sobre la función de la pena de una cuestión tan altamente compleja como la justificación y el papel que deben tener las sanciones penales dentro de una sociedad, es que es posible afirmar que tales teorías gozan de una enorme relevancia en las discusiones jurídicas y filosóficas de la rama penal del derecho, lo que inevitablemente termina impactando fuertemente en la práctica del derecho. Al respecto de esta relevancia y sus efectos, García expresa que:

“La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado.” (2006, p.p 1)

En vista de lo anterior, es constatable el peso que los debates teóricos sobre la función de la pena pueden tener en dentro de todo el sistema penal, especialmente en el marco donde se formulan las normas, es decir, en el plano legislativo. Tal y como se menciona, esto verdaderamente significativo en determinación de la legitimidad de una pena. Sin embargo, las teorías de la función de la pena también están presentes durante la imposición de la sanción penal. Sobre esta relación, García manifiesta que:

“La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente. Por el contrario, en una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor. Por el contrario, si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría

encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.” (2006, p.p 2)

A partir de lo expuesto anteriormente, queda constatado como las teorías de la función de la pena pueden llegar a tener una influencia determinante en la forma en que un juez le impone una pena a una persona que haya delinquido. En otras palabras, la visión que tenga el juez sobre la finalidad que debe tener la pena, está altamente relacionada con el concepto de legitimación de la sanción penal.

En esta misma línea, las conclusiones derivadas a partir del análisis de las teorías de la función de la pena no solo tienen utilidad práctica durante la formulación de las normas a nivel legislativo, o cuando un juez impone una sanción penal durante la sentencia, sino que también incurren en la fase de ejecución de la pena. Sobre este vínculo entre la función penal y la etapa ejecutoria, García dice lo siguiente:

“La fase de ejecución de la pena tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria. Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semilibertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia.” (2006, p.p 3)

Retomando todo lo mostrado anteriormente, queda en evidencia la preeminencia e impacto que consiguen alcanzar los postulados teóricos sobre la función de la pena dentro de la totalidad del sistema penal de un Estado de derecho. En este sentido, el análisis de las teorías de la función penal presupone una alta utilidad práctica en todos los ámbitos del derecho penal, especialmente en lo relacionado a temas de legitimidad. En consecuencia, la profundización de la función penal dentro de este marco teórico se constituye en un recurso invaluable para el correcto tratamiento del tema de la presente investigación.

Debido a esto, cabe manifestar que dentro de la discusión teórica-doctrinal de las teorías de la función penal, se suelen distinguir tres grupos en torno a las cuales gira el debate. Debido a las proyecciones a alcanzar por este trabajo académico, se procederán a desarrollar en profundidad la totalidad de estas durante este capítulo, con el objetivo de la realización de un marco teórico apropiado. Los grupos de teorías correspondientes son:

- ❖ Teorías absolutas de la pena
- ❖ Teorías relativas de la pena
- ❖ Teorías mixtas o de la unión

Con estos grupos de teorías se puede abordar de la manera más apropiada el tema de estudio; pues permiten un análisis de forma complementaria entre sí. Además, el estudio de todas las vertientes de las teorías de la función penal, permite el contar también, con una mayor versatilidad en el escrutinio de cualquier objeto de estudio. De esta forma, se brindan un mayor soporte y comprensión en el proyecto de investigación, gracias a una mejor interpretación de su sustento teórico.

En esta misma línea, es necesario un análisis completo de las diferentes corrientes de las teorías de la función de la pena. Por lo tanto, se desarrollara ampliamente su contenido; con el fin de conocer: sus aportes, las limitaciones y sus diferentes aplicaciones dentro de la investigación. Además, se expondrán las principales similitudes y diferencias que guardan los grupos de teorías de la pena entre sí.

Retomando lo anterior, se justifica como estas tres corrientes van a formar parte en la construcción del marco teórico, que aporta en el desarrollo de la investigación, al aplicarse dentro del análisis de resultados; según sea el caso. Esto por medio de la identificación y establecimiento de unidades de análisis para el trabajo académico. Posterior al análisis de estas teorías, se determinara la más apropiada para la construcción del marco teórico para el objeto de estudio de la presente investigación. Esto será viable al relacionar la finalidad de las sanciones penales con la legitimidad de las mismas, y aplicar el análisis realizado a la evaluación de las estructuras del derecho penal del enemigo en la política criminal costarricense.

Teorías absolutas de la pena

En primer lugar, se procederá a desarrollar lo concerniente al grupo conocido como las teorías absolutas de la pena. Estas teorías se caracterizan por ser aquellas que sostienen que la pena es un fin en sí misma, por lo que se le considera absoluta, de ahí su nombre, en el sentido de que el valor de la sanción penal es totalmente independiente de su utilidad o los efectos sociales que pudiese tener.

En este orden de ideas, se considera que la imposición de una pena tiene como misión la retribución de la justicia en el caso que la misma se vea lesionada y no la realización de algún efecto a nivel social. Producto de esto, es que a las teorías absolutas de la pena se les identifica también con el nombre de teorías de la retribución. Sobre las teorías retributivas, Lesch expresa lo siguiente:

“...a la teoría de la retribución se le trata como una teoría que asigna a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social. Según se dice, no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor ya de por sí, el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el derecho (poena absoluta ab effectu)” (1999, p.p 8)

Dicho concepto de retribución se ha visto fundamentado a través de la historia por diferentes elementos, cada uno propio de las diferentes percepciones y condiciones inherentes de los momentos históricos donde tuvieron su origen. En este sentido, se pueden enumerar tres, y tales fundamentaciones de las teorías de la retribución son: la justicia divina, la moral o el ordenamiento jurídico vigente.

En el caso de la retribución divina, se consideraba que la justificación para la aplicación de la pena tenía un origen divino. En las civilizaciones del mundo antiguo y hasta pasada la edad media, existía en los Estados la convicción de que el poder del soberano tenía su origen en el poder divino, y por tanto las normas y castigos que emanaban de estas se consideraban justificadas por el vínculo entre los detentadores del poder y la voluntad divina.

Con respecto a la retribución moral, esta consiste en la idea de que ante una mala acción, es natural que deba corresponder la ejecución de un castigo. Lo anterior obedece al pensamiento de que en presencia de un delito, debe proceder la aplicación de una pena correspondiente, esto en cuanto es imperativo la retribución para salvaguardar la moral y un valor de naturaleza suprema como es la justicia.

En el caso de la retribución jurídica, es el Estado, como el poseedor exclusivo del Ius Puniendi, al que le concierne ejecutar la sanción penal, en el caso de la ejecución de que ocurra una acción delictiva. Esto se justifica en que el Estado tiene como uno de sus deberes más importantes, el mantenimiento del orden social, el cual depende del orden jurídico y del derecho. Por tanto, la aplicación de un castigo se fundamente en retribuir el daño causado por un delito al orden jurídico y por tanto al derecho.

En este sentido, se puede reconocer que la pena es un instrumento que mira hacia el pasado y no ha futuro, ya que busca subsanar el daño causado a la justicia por el comportamiento antijurídico, que es un hecho ya ocurrido. Por consiguiente, y tal y como se afirmó, la pena no tiene fines más allá de este, y no contempla lo que serían acciones preventivas a futuro. Al respecto, Duran manifiesta que:

“Tal idea se basa en el concepto de "dignidad humana" sustentado por los partidarios de la teoría de la retribución, concepto que se vería conculcado en el caso de que el hombre fuese utilizado -como un animal- para orientar su comportamiento en sociedad a través de la pena. Sea con la amenaza de ésta, para que se abstuviera de realizar ciertas conductas, o con la aplicación directa de la sanción penal con la cual se le amenazó, si efectivamente realiza las conductas prohibidas, con el fin de evitar que en el futuro vuelva a cometer dichas conductas prohibidas.” (Duran, 2010, p.p 127).

De lo anterior se puede concluir que el concepto de “dignidad humana” juega un papel fundamental dentro de las teorías absolutas de la pena, debido al hecho que dicho concepto se consideraría violentado en caso de que la sanción penal fuese utilizada como un instrumento de orientación social, pues los defensores de estas teorías lo consideran de forma similar a una técnica de adiestramiento en el caso de animales.

Dentro de esta teoría, para que la pena sea considerada como una retribución justa y que la misma no quebrante el carácter absoluto de la justicia, la misma debe guardar proporcionalidad

con el delito cometido por el delincuente. En esta línea, acerca de la relación entre las teorías absolutas de la pena y el principio de proporcionalidad, Duran expresa que:

“...La pena tiene que ser porque debe imperar la justicia. Por esta razón, además, se explica que la teoría de la retribución tenga directa relación con el principio de proporcionalidad, dado que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.” (Duran, 2010, p.p 126).

Como toda corriente de pensamiento relevante en el derecho, es importante tomar en cuenta las circunstancias históricas que dieron origen a estas teorías, ya que el desarrollo de las ciencias sociales tiende a estar estrechamente vinculado con el contexto geográfico y temporal en el que surgen sus teorías más relevantes. En este orden de ideas, y sobre el origen histórico que tiene esta corriente, el autor Mario Durán afirma que:

“El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre -como tal y en sí mismo- y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración...En este sentido, con razón se señala que tanto La metafísica de las costumbres de Kant como La filosofía del Derecho de Hegel, deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época...” (Duran, 2010, p.p 125).

En este contexto, a las teorías absolutas de la pena se les conoce también como teorías clásicas, ya que se considera que fueron los mencionados filósofos alemanes Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel los que las formularon y desarrollaron con la mayor profundidad (Hassemer, 1989, p.p 150). En este sentido, es importante revisar algunas de los postulados teóricos de ambos autores clásicos, en lo que respecta al tema.

Las vertientes de ambos autores se tienden a denominar como un sub tipo de las teorías absolutas de la pena, conocidas como teorías retributivas, ya que ambas tienen como principal característica la asignación de un carácter restaurador a la pena. Para Kant, la aplicación de la pena solo tiene como única finalidad la retribución de la culpabilidad, y la ejecución de la pena es

únicamente para restituir la justicia, por lo que cualquier otra finalidad que quisiese dársele va en contra de la naturaleza propia de la sanción penal. Sobre el concepto de retribución para Kant:

"La pena jurídica que difiere de la pena natural por la cual el vicio lleva en sí su propio castigo, y a la cual el legislador no mira bajo ningún aspecto, no puede nunca aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real..." "Cualquier otro fin constituiría, para él, una afrenta a la dignidad de la persona, ya que jamás un hombre puede ser utilizado como instrumento o degradado a la condición de objeto" (Kant (1796) citado por Cabrera (2005), p.p 4)

Tomando en cuenta lo anterior, puede deducirse que para Kant la libertad del hombre es un presupuesto fundamental para que se dé la culpabilidad del mismo, ya que solo un hombre libre y razonable tiene la facultad de elegir entre el bien y el mal. Para Kant, es este libre albedrío el que dota a las personas de dignidad humana, por lo que la pena solo puede tener un carácter de retribución, y no así de orientación de la conducta, ya que esto atentaría contra la autonomía de la voluntad del sujeto. Por otra parte, Kant también afirma que:

"...El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquél que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable en todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico: "Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo un pueblo, porque cuando la justicia es desconocida los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra" (Kant (1796) citado por Cabrera (2019), p.p 5)

Retomando lo anterior, es posible deducir que para Kant la retribución es necesaria para mantener valores supremos como son la justicia y la armonía social que esta tiene como consecuencia. A pesar de esto, en las teorías absolutas de la pena, es inadmisibles justificar la aplicación de la sanción penal al delincuente por fines utilitarios, ya sea para él o para la comunidad, ya que esto violenta su dignidad humana y su autodeterminación, por lo que para el filósofo alemán la finalidad de la pena solamente está ligada a la restauración de la justicia.

En esta misma línea, a esta vertiente de las teorías absolutas de la pena se le conoce como la versión subjetivo-idealista de las mismas. Al respecto, nada deja tan en claro la filosofía kantiana con respecto a la pena y la función restaurativa que la sanción penal debe tener con respecto a un valor supremo como la justicia, como el célebre ejemplo de la isla, en el que este filósofo alemán afirma lo siguiente:

“Incluso aunque se deshiciese la sociedad civil por unanimidad de todos sus miembros (por ejemplo que el pueblo que habita en una isla decidiese separarse y dispersarse por todo el mundo), habría que ejecutar primero al último de los asesinos que se encontrase todavía en prisión, para que todo el mundo supiese el valor que tienen sus hechos, y para que la culpa no aprisionara al pueblo que no ha exigido tal punibilidad: porque entonces se le podría considerar como participe en este daño público a la justicia.....si la justicia se extingue, ya no tiene valor que el hombre siga viviendo sobre la tierra” (Kant (1796) citado por Lesch (1999), p.p 9)

De igual manera, Immanuel Kant fundamenta la proporcionalidad que debe guardarse a la hora de elegir y ejecutar la sanción penal correspondiente con la gravedad del delito que se hubiese cometido, en el sentido que debe existir un principio de equivalencia entre ambas acciones. Esto es a lo que tradicionalmente se conoce como la Ley del Tali3n, y al respecto Kant manifiesta lo siguiente:

“¿Qu3 tipo y qu3 medida de la pena convierte la justicia p3blica en principio y medida indicativa? No otro que el principio de la igualdad (siendo fiel a la balanza de la justicia), de no tener m3s a un lado que al otro. Por tanto: el mal que sin culpa le inflijas a otro del pueblo, ese mismo mal te lo causas a ti mismo. Si le insultas, te insultas a ti mismo; si le hurtas, te hurtas a ti mismo, si le matas, te matas a ti mismo. Tan solo el derecho de resarcimiento-ius talionis (...) puede determinar con exactitud la calidad y cantidad de la pena” (Kant (1796) citado por Lesch (1999), p.p 10)

Por otra parte, en lo que concierne al tambi3n fil3sofo alem3n, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, su versi3n de las teorías absolutas de la pena considera que la pena surge como respuesta ante el delito, que se constituye en una negaci3n del derecho. Por lo tanto, al igual que Kant, Hegel le atribuye a la sanción penal un car3cter restaurador o retributivo que mira hacia el pasado, para negar la validez de la acci3n cometida por el delincuente, y por lo tanto mantener vigente el valor del derecho.

La funcionalidad de la pena y su carácter de negación ante una acción ilícita, la desarrolla Hegel de la siguiente forma:

“Con un delito se ve algo alterado, y la cosa existe en esa alteración; pero esta existencia es lo contrario de ella misma y por lo tanto, en sí, nula. Lo nulo es haber eliminado el Derecho en cuanto Derecho. En efecto, el Derecho, en cuanto absoluto, no puede ser eliminado, por lo que exteriorizar el delito es en sí algo nulo, y esa nulidad es la esencia del actuar delictivo. Pero lo que es nulo debe manifestarse como tal, esto es, presentarse a sí mismo como autolesionable. El hecho delictivo no es algo principal, positivo, al que sigue la pena como negación, sino que es algo negativo, de tal manera que la pena es tan sólo negación de la negación. El Derecho efectivo es pues la superación de esa lesión; el Derecho muestra precisamente con ello su validez y se acredita como algo que necesariamente tiene que existir de forma mediata” (Hegel (1820) citado por Lesch (1999), p.p 17)

Con respecto a lo expuesto anteriormente, puede concluirse que para Hegel la existencia de la pena es extremadamente importante para salvaguardar el carácter absoluto del derecho, ante cualquier acción delictiva que pretenda cuestionarlo. Para Hegel, el derecho al ser de carácter absoluto, no puede ser negado, la pena simplemente viene a reafirmar dicha naturaleza absolutoria. En este sentido, sobre la negación del delito en la concepción hegeliana de las teorías absolutas de la pena, Cabrera afirma que:

“Así, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico, que resulta negada por la "voluntad especial" del delincuente. Si la "voluntad general" es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Por cuanto el método dialéctico hegeliano; "la voluntad general" es la tesis, la negación de la misma por el delito es la antítesis, y la negación de esta negación será la síntesis, que tendrá lugar mediante el castigo del delito. Por cuanto la pena se concibe como reacción que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.” (2010, p.p 5)

A partir de lo anterior, se puede deducir que para Hegel la fundamentación de la pena y su aplicación tiene un enfoque jurídico, lo que lo diferencia de la concepción Kantiana, que veía en la fundamentación de la pena un origen moral, sustentado en la existencia de un precepto natural supremo como es la idea de justicia, y la necesidad de restaurarla. Para Hegel, si bien la pena

también tiene una función restaurativa hacia el pasado, lo que esta busca es que devolver el derecho, y por tanto al orden jurídico, al estado anterior de la lesión causada por el delincuente.

En esta misma línea, al hacer la comparación entre ambos filósofos europeos, se debe hacer hincapié en el hecho de que para las vertientes de pensamiento de ambos autores, a pesar de sus diferencias, el papel de la libre voluntad del sujeto culpable también se constituye en un elemento fundamental para la aplicación de la sanción penal. Hegel contextualiza tal relación de la siguiente forma:

“La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa en sí –puesto que es justa, es a la vez su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su Derecho-, sino que esa lesión es también Derecho en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. En efecto, en su acción, puesto que es acción de un ser racional, se encuentra implícito que es algo general, que mediante esa acción se formula una ley que él ha reconocido en ella para sí y bajo la cual por lo tanto puede él ser subsumido como bajo su derecho” (Hegel (1820) citado por Lesch (1999), p.p 15)

A partir de lo expuesto anteriormente, es posible concluir como para Hegel la pena se constituye en un reconocimiento del delincuente como ser racional, y de la acción delictiva como manifestación de la voluntad del mismo, estando plenamente consciente de las consecuencias negativas, la sanción penal, que conlleva la realización del acto ilícito. En este mismo sentido y en relación específica con Hegel, García afirma que:

“En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de HEGEL entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la extendida afirmación de HEGEL de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de pena al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verificaría con independencia de las consecuencias empíricas que produciría. No se trata, por tanto, de un reestablecimiento empírico, sino de un reestablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo.” (2006, p.p 4)

En este orden de ideas, es posible llegar a la conclusión de que al igual que para Kant, para Hegel la idea de que la pena pudiese tener cualquier tipo de fin utilitario sobre el delincuente o la sociedad como un todo, es completamente inaceptable, ya que esto conllevaría la negación del ser humano como ser racional y que goza del libre albedrío para manifestar por completo su voluntad con total autonomía.

Por otra parte, y adentrándose más en como Hegel concebía la función de la pena, y en el marco de la comparación con Kant, al igual que este, la función restauradora de la pena implica que la acción a tomarse, en otras palabras, la sanción penal, sea acorde con el delito ocurrido. En otras palabras, Hegel también se adhiere a la idea de aplicar la ley del talión. Al respecto, Alfonso afirma que:

“Para Heguel la pena es la negación de la negación del derecho. Cumple entonces un papel restaurador o retributivo y por tanto según sea el quantum o la intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena.” (2013, p.p 28)

Como síntesis del análisis anterior, es posible concluir que para Hegel la pena tiene como finalidad en sí misma la retribución del derecho y del orden jurídico, ante la manifestación de la voluntad del delincuente, que pretende poner en tela de duda la validez de estos conceptos. Por lo tanto, para Hegel la respuesta del ordenamiento jurídico ante la comisión de acto ilícito debe ser de igual magnitud que dicha manifestación.

Por otra parte, y tal y como se examinó, si bien existen múltiples similitudes entre los postulados de Kant y los pensamientos de Hegel, en cuanto a las teorías absolutas de la pena, lo cierto es que de igual manera también existen los suficientes elementos diferenciadores entre ambas corrientes. Por tanto se les considera dos corrientes diferentes de una misma teoría, y a la versión de la teoría de Hegel se le conoce como objetiva-idealista.

Recopilando lo expuesto anteriormente y a modo de conclusión de esta primera parte del marco teórico, es meritorio mencionar que en la gran mayoría de los Estados alrededor del mundo, esta concepción de la función penal se considera como superada, debido a que no se considera viable que la pena pueda verse como una finalidad en si misma aislada de todo posible impacto socio-cultural.

Teorías relativas de la pena

Una vez concluida la explicación sobre las teorías absolutas de la pena, en esta subsección se pasara a desarrollar los aspectos más importantes en cuanto al segundo grupo de teorías. Las teorías relativas de la pena, tal y como su nombre sugieren, asumen una postura antagónica a las teorías absolutas, por lo que es importante para esta investigación el profundizar en sus principales postulados.

En este sentido, las teorías relativas de la pena son aquellas que manifiestan la idea de que la pena encuentra su razón de ser en que es poseedora de un fin ulterior, y por tanto no es un fin en sí misma, como lo afirman las teorías absolutas de la pena. Dicho fin será entendido como la prevención de la actividad delictiva, por medio de la constitución de la pena como un instrumento disuasivo.

Enlazando con lo anterior, para este grupo de teorías la existencia y aplicación de sanciones penales se encuentra justificada en la necesidad de una sociedad para evitar en la medida de lo posible la comisión de futuros delitos. Además de la finalidad mencionada, algunas de las teorías relativas de la pena, puede también tener dentro de sus fines la rehabilitación de aquellos sujetos que ya han cometido acciones delictivas.

En este sentido, las teorías relativas de la pena establecen que ya que las sanciones penales tienen finalidades específicas que justifican su existencia, tal razón de ser conlleva que las penas solo pueden crearse e imponerse dentro de la medida que busquen cumplir tales objetivos. Una pena que no tenga como fin la prevención de futuros delitos es totalmente injustificada en cuanto a su existencia y aplicación.

Producto de lo anterior, puede concluirse que para este grupo de teorías, el Estado busca prevenir la ocurrencia del delito antes de que este se lleve a cabo. Esto por medio de su poder coactivo y la amenaza implícita que significa la existencia de la pena, lo que se traduce como su potencial aplicación a todo aquel que actúe incumpliendo lo que está establecido en el ordenamiento jurídico.

A partir de lo expuesto anteriormente, es posible el llegar a deducir que el concepto de las teorías relativas de la pena se encuentra íntimamente ligado a la certeza del supuesto. En este sentido, dichas teorías parten de que el ser humano, como ser racional, se abstendrá de todo comportamiento que pudiese generarle consecuencias negativas. Por consiguiente, es posible afirmar que para este grupo de teorías, la pena tiene una finalidad hacia futuro, pues busca evitar que se cometan delitos que aún no han ocurrido.

En este sentido, sobre el espacio temporal en el que las diferentes teorías de la función penal consideran que se llevara a cabo la finalidad de la sanción penal, y retomando las diferencias que se encuentran entre las teorías absolutas de la pena y las teorías relativas de la pena, Séneca expresa que: “las justificaciones retribucionistas miran al pasado; las utilitaristas miran al futuro” (1986, p.p 63)

En este mismo orden de ideas, y en vista de que para el conjunto de teorías relativas de la pena solo se ve justificada la existencia y ejecución del castigo que encierra la sanción penal bajo la condición de que las mismas tengan una finalidad específica, es que puede llegarse a determinar el hecho de que las penas poseen un carácter utilitario. Es producto de esta condición inherente de las teorías relativas de la pena, que a las mismas también se les conoce bajo el nombre de teorías utilitarias.

Retomando lo anterior, si bien las teorías relativas de la pena comparten que la sanción penal debe tener un carácter utilitarista de prevención, existen diferencias sustanciales en cuanto al mejor abordaje posible para conseguir dicho objetivo. Además de lo anterior, también hay diferencias entre las teorías, en lo concerniente al sujeto receptor al que se dirige el mensaje que implica la existencia de la pena.

En vista de la concurrente necesidad del presente trabajo académico de realizar la construcción de un marco teórico, y el consiguiente análisis exhaustivo del contenido teórico del tema que ello implica, con ánimo de obtener las ventajas anteriormente señaladas que tal dinámica logra brindarle a la investigación, es que se realizara a continuación el análisis de las diferentes vertientes de las teorías relativas de la pena, así como también de las principales variaciones de cada una.

Teoría de la prevención general

Una de las principales corrientes de pensamiento pertenecientes a las teorías relativas de la pena es aquella que se suscribe a la noción de que la finalidad de la pena, la prevención de la delincuencia, debe estar dirigida a la colectividad de ciudadanos, de forma anónima, y no a ningún sujeto en particular. Por tanto, a esta vertiente teórica se le conoce con el nombre de teoría de la prevención general.

En este sentido, se puede afirmar que la teoría de la prevención general encaja dentro de la principal característica de las teorías utilitarias, ya que ve a la pena como poseedora de un fin específico. Sin embargo, llama poderosamente la atención que en esta teoría, al estar la pena dirigida a la colectividad de sujetos dentro de una sociedad, esto implica que la pena no va orientada a los delincuentes, sino que incluye indistintamente a todos los ciudadanos dentro de un Estado de Derecho.

Dentro de los antecedentes históricos de esta teoría, si bien destacan muchos autores de diferentes épocas, resalta por la claridad con que desarrollo el tema el autor, criminalista y filósofo alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, famoso por concebir el principio de legalidad: “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*” (No hay delito ni pena sin ley previa). En el desarrollo de su teoría utilitarista, Feuerbach puso un especial énfasis en el componente psicológico de temor que ejerce la pena sobre un ciudadano con intenciones de delinquir. Al respecto, Feuerbach lo desarrolla de la siguiente forma:

“A esto le sigue, que la vinculación del mal con el delito tiene que ser amenazada por una ley. La ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. Quien realiza esa acción, tiene que sufrir la pena; nadie que realice la acción debe librarse de la pena. La pena y el delito se encuentran condicionadas mutuamente: Nadie puede querer una cosa sin la otra; nadie puede determinarse para el hecho contrario a la legalidad, sin querer a la vez someterse al mal. El fin de la ley y de la amenaza contenida en ella es por tanto el efecto intimidatorio del hecho que esta conminado con un mal.” (Feuerbach (1798) citado por Lesch (1999), p.p 23)

Analizando lo anterior, queda completamente en evidencia la importancia que para Feuerbach tiene la pena dentro de una sociedad, al tener como función la prevención de futuros delitos, por medio de un efecto intimidatorio dirigido a toda la sociedad, ya que como menciona, la ley es de carácter general. Sobre esto y el carácter psicológico de la intimidación penal, Alfonso expresa sobre Feuerbach lo siguiente:

“Para este autor se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos. “El impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho”. Esta teoría se debate entre dos ideas: 1) La utilización del miedo y 2) la valoración de la racionalidad del hombre.” (2013, p.p 30)

De lo anterior queda claro como para Feuerbach resulta necesario que el Estado coaccione a los ciudadanos para evitar el cometer acciones delictivas, por medio de la intimidación. Tal amenaza se debe generarse ante la posible aplicación de una sanción penal, en caso de la comisión de un hecho delictivo por parte de cualquier miembro de la comunidad. De manera compatible con el utilitarismo, para Feuerbach la pena debe buscar la evitación de delitos mediante la generación de efectos en la colectividad.

En este sentido, según Feuerbach la finalidad primordial de la aplicación de la sanción penal es influir en la colectividad de los ciudadanos, para que mantengan su comportamiento en concordancia con el ordenamiento jurídico, más que evitar que el delincuente que recibe directamente la pena reincida o cualquier tipo de retribución como señalan las teorías absolutas de la pena.

En esta misma línea, lo primordial es el mensaje de la pena para aquellos que no han cometido aún ningún delito y por tanto se abstengan de cometerlos, ya que en caso contrario serían sometidos a recibir la sanción penal correspondiente. Sin embargo, para Feuerbach la ley que establece la pena no constituye por sí misma un elemento disuasivo suficiente, si la misma no se ve reflejada en la realidad. Sobre esto Feuerbach expresa que:

“ni la sola amenaza de la ley, ni la sola causación de un mal por un delito cometido, lo que puede lograr que se superen los impulsos hacia el delito de quien está determinado a ello. Antes bien, ambas cosas deben aunarse para lograr esta finalidad. La ley debe lograr que el delincuente se represente la necesidad del mal;

el cumplimiento de la ley, debe a su vez lograr que el autor se represente la existencia real de la ley. La ley contiene la amenaza; el ejercicio de la ley otorga a la amenaza realidad. La ley determina que la vinculación del mal con una lesión del derecho sea una vinculación necesaria jurídicamente, la ejecución por su parte, que ese ordenamiento jurídico no sea simplemente idealista, sino que la amenaza de la pena no sea una amenaza aparente, sino una amenaza real” (Feuerbach (1798) citado por Lesch (1999), p.p 25)

Por otra parte, la teoría de la prevención general cuenta con versiones, conocidas como positiva y negativa. Ambas tienen como característica en común que ven a la pena desde un punto de vista utilitarista, cuya finalidad es la prevención de la comisión de delitos mediante un mensaje dirigido a la colectividad. Sin embargo existen dos corrientes antagónicas dentro de la prevención general, en cuanto al mensaje exacto.

Por un lado, esta lo que se conoce como el aspecto negativo de la prevención general o prevención general negativa, que es aquella vertiente que expone que la prevención del delito, es decir la finalidad de la pena, se alcanza mediante la intimidación que la sanción penal provoca en los delincuentes potenciales. Es decir, es la corriente de la prevención general expuesta por Feuerbach y que ya fue anteriormente analizada en este capítulo. También se le conoce con el nombre de prevención general clásica.

Por otra parte, también existe otra corriente de la teoría de prevención general, que se conoce como el aspecto positivo de la prevención general o prevención general positiva. Esta vertiente manifiesta que la aplicación de la pena sobre quien sea culpable de cometer un delito, tiene como propósito el reestablecer la confianza en el ordenamiento jurídico dentro de la colectividad.

En esta misma línea, la corriente positiva se fundamenta en el hecho que dicha confianza fue quebrantada por la comisión de un delito, entonces la pena debe reafirmar el derecho ante los ciudadanos. De esta manera, el conjunto de ciudadanos se abstendrá de cometer delitos, ya que han recobrado la confianza en la vigencia del derecho y su capacidad para mantener el correcto funcionamiento de la sociedad.

Retomando lo anterior y a manera de síntesis, si bien ambos aspectos de la prevención general tienen en común la utilización de un componente psicológico, mediante un mensaje

enviado a la comunidad en el momento de la aplicación de la pena, existen diferencias importantes entre las corrientes. Mientras que la vertiente negativa se enfoca en generar temor e intimidación, la vertiente positiva por el contrario busca generar entre la generalidad un sentimiento de confianza, y por consiguiente de fidelidad, hacia el ordenamiento jurídico.

Teoría de la prevención especial

Una vez concluido el análisis de la teoría de prevención general que se llevó a cabo en el sub apartado anterior de la presente investigación, corresponde en esta sección del trabajo académico el realizar el desarrollo de la otra gran corriente de pensamiento dentro de las teorías relativas de la pena. Dicha vertiente teórica se le conoce con el nombre de teoría de la prevención especial.

Para la corriente conocida como la teoría de la prevención especial, la pena también tiene como finalidad evitar la comisión de delitos, por lo que se enmarca dentro de las teorías relativas de la pena o utilitaristas. Sin embargo, al contrario de la teoría de la prevención general, la sanción penal actúa no sobre la colectividad, sino de manera particular e individualizada sobre aquel sujeto que ya hubiese cometido un delito y que por tanto mediante sus acciones ilícitas al violentado al ordenamiento jurídico.

Retomando lo anteriormente expuesto, es evidente que para la teoría de la prevención especial la finalidad de la pena es disuadir al potencial autor de futuros delitos de que cometa nuevos actos ilícitos a corto o largo plazo. En otras palabras, la prevención especial lo que busca es evitar que se de cualquier tipo de reincidencia posible. Por tanto, dentro de este esquema de pensamiento, la pena se justifica en la medida que consiga es objetivo.

Como parte del contexto histórico de la teoría de la prevención especial, puede afirmarse que un gran número de autores con diversos trasfondos profundizaron en esta corriente, destaca de entre ellos, por considerarse su mayor exponente, el jurista y político alemán de origen austríaco Franz Ritter von Liszt. Este autor desarrollo sus principales postulados de la prevención especial

en su denominado “Programa de Marburgo” de 1882, en el que explico el método de aplicación de la pena, de la siguiente manera:

“La pena es coacción. Ella se vuelve contra la voluntad del delincuente puesto que (la pena) daña o elimina los bienes jurídicos en los que la voluntad se ha corporeizado. Como coacción, la pena puede tener una doble naturaleza:

a) Coacción indirecta, mediata, psicológica, o motivación. La pena proporciona al delincuente los motivos que le faltan y que son adecuados contra el delito, y le incrementa e intensifica la motivación que ya posea. La pena se muestra como una forma de adaptar artificialmente al delincuente a la sociedad:

- bien mediante la corrección, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones altruistas y sociales.

- O bien mediante intimidación, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones egoístas, pero que tienen un efecto en la misma dirección que los altruistas.

b) Coacción directa, inmediata, mecánica, o violencia. La pena es secuestrar al delincuente; un hacer inocuo temporal o permanentemente, una exclusión de la sociedad o internamiento. La pena se muestra como una selección artificial de los individuos que no son aptos socialmente. La Naturaleza postra en la cama a aquel que le ha faltado, el Estado los envía a prisión.” (Von Liszt (1882) citado por Lesch (1999), p.p 32)

En este mismo orden de ideas, luego de desarrollar sus ideas sobre la naturaleza de la pena, Von Liszt también propone, mediante su “Programa de Marburgo”, una clasificación de delincuentes. Una vez ya establecido el estrato dentro del cual pertenece el sujeto que cometiese el delito, deberá aplicársele la pena correspondiente. La metodología propuesta, Von Liszt la desarrolla de la expresa de la siguiente forma:

“Puesto que la corrección, la intimidación, el hacer inocuo, son realmente los únicos efectos esenciales de la pena y con ello las únicas formas de protección de bienes jurídicos mediante la pena, esas tres formas tienen que corresponderse también con tres categorías de delincuentes. Así pues, contra esas tres formas de delincuentes y no contra tres clases de delitos se dirige la pena; el delincuente es el portador de bienes jurídicos, cuya lesión o eliminación supone la esencia de la pena (...). En general podemos tomar la siguiente clasificación como punto de partida de ulteriores observaciones:

- 1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;
- 2) Intimidación del delincuente que no requiere corrección;

3) Inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección” (Von Liszt (1882) citado por Lesch (1999), p.p 32)

De lo anterior, es posible rescatar que si bien para Von Liszt la pena tiene como finalidad la prevención de que ocurran hechos delictivos dentro de una sociedad, la función específica que tendrá la sanción penal durante su aplicación será acorde al tipo de delincuente sobre el que se ejecute la reacción penal. En otras palabras, para este jurista alemán resulta necesario que la función penal se adapte a cada sujeto. Por ejemplo, no será igual la función de la pena para un delincuente habitual, que para un delincuente ocasional.

En esta misma línea, dentro de los postulados del jurista Von Liszt también puede rescatarse que en su versión de la teoría de la prevención especial, que además de la prevención de futuros delitos, la pena puede tener como función la reeducación, y por tanto, la reinserción social del delincuente. Sin embargo, tal y como expuso el autor alemán, esto dependerá del tipo de delincuente del que se trate.

Por otra parte, al igual que la teoría de la prevención general, la teoría de la prevención especial también cuenta con dos corrientes, llamadas igualmente positiva y negativa. Ambas vertientes tienen en común la el utilitarismo característico de las teorías relativas, así como también el carácter “especial” al estar su efecto dirigido a un particular en específico. Sin embargo existen diferencias en cuanto a los efectos buscados por la prevención.

En primer lugar, existe lo que se conoce como el aspecto negativo de la prevención especial o prevención especial negativa. La prevención especial negativa es aquella corriente que va dirigida a los sujetos que han incurrido en un comportamiento ilícito, y que plantea que la sanción penal tiene la función de neutralizar al delincuente y por este medio prevenir que el mismo reincida en su comportamiento antijurídico.

En esta misma línea, es posible que la prevención negativa se pueda identificar con lo planteado por Von Liszt en cuanto a la función de la pena en el caso de los delincuentes incorregibles. Lo anterior producto de que para Von Liszt no se hace posible el llevar a cabo un proceso de reinserción social para este tipo de criminales. Por tanto, la posición de este autor encaja dentro de la prevención negativa.

Por otra parte, también es posible encontrar la existencia del llamado aspecto positivo de la prevención especial o prevención general positiva. Es una vertiente antagónica a la prevención especial negativa, ya que al contrario de esta, se fundamenta en que la pena tiene una función o papel de resocialización, al reeducar al delincuente luego de que este hubiese cometido el delito ocurrido.

En este sentido, es de esta manera que la pena busca prevenir la comisión de delitos en el futuro. Esto mediante la acción de inculcar al delincuente el respeto por el ordenamiento jurídico, mediante la aplicación de la sanción penal correspondiente. Por consiguiente, para la teoría de la prevención especial positiva la pena es un medio de reeducación ejercido sobre el sujeto que cometió el acto ilícito.

Por medio de un proceso de resocialización y rehabilitación del sujeto que cometió el acto ilícito, se busca infundir en el delincuente el acatamiento por la ley, para su posterior reinserción social. Si bien la noción de la pena como medio de resocialización suena como un fin bastante noble, algunos autores se oponen a esta concepción. En este sentido Lesch manifiesta:

“Pero también la dimensión de la prevención especial denominada «positiva», esto es, la resocialización como fundamento y fin de la pena, es criticable, y en verdad, como ya se insinuó, en especial su aspecto de la legitimación de un tratamiento terapéutico del delincuente. No es que se trate ya del perro del que hablaba Hegel, contra el que se levanta el palo, sino que en sentido kantiano «se mezcla a la persona entre los objetos del Derecho de cosas»: Según la teoría ahora criticada, el individuo es eliminado como persona libre y amoldado a las convicciones generales de forma coactiva. La cuestión es pues: Que legitima a una mayoría de la población a que una minoría se tenga que amoldar coactivamente a las formas de vida que prefiera esa mayoría? De donde proviene el derecho a educar y a tratar a personas adultas contra su voluntad? Porque no se puede negar que la resocialización, puesto que supone la exigencia colectiva de adaptarse coactivamente, implica un alto grado de intervencionismo estatal, que seguro tiene poco que ver con una tradición liberal” (1999, p.p 34)

A partir de lo anterior, se puede llegar a concluir que una de las principales críticas de los juristas opositores a la vertiente especial positiva de la teoría de la prevención es que se considera que la misma violenta el ámbito individual del delincuente y su voluntad. Lo anterior debido a que se considera que el proceso de resocialización implica una acción del Estado en contra de la voluntad del criminal.

Enlazando con todo lo expuesto anteriormente, y a manera de resumen, puede llegarse a concluir que si bien ambas corrientes de la teoría de la prevención especial tienen muchas características en común, como la justificación de la sanción penal fundamentada en el tema preventivo y cuya aplicación está orientada hacia el futuro, existe una diferencia fundamental entre las dos vertientes.

Por un lado, la prevención especial negativa está enfocada en la neutralización del delincuente como medio para lograr evitar la realización de futuros crímenes. Por otra parte, la prevención positiva por el contrario enfoca sus esfuerzos en la reeducación y consiguiente reinserción social del sujeto que haya delinquido, como forma de acabar con la reincidencia del mismo.

Teorías mixtas de la pena

Finalmente, en esta parte del segundo capítulo se procederá a profundizar en el último grupo de las teorías de la función de la pena. Las llamadas teorías mixtas de la pena, también conocidas como teorías de la unión, surgen tal y como su nombre sugieren como un intento de combinar los enfoques retributivos y preventivos de la pena, para de esta manera subsanar las deficiencias que se les achacan por separada a cada una.

En este sentido, las teorías mixtas de la pena proponen una especie de síntesis entre ambos enfoques. Los autores de este grupo de teorías consideran que los enfoques retributivos y preventivos por si solos presentan vacíos para justificar la pena. Por lo tanto se considera que la pena se ve fundamentada a partir de una combinación de ambos fines, tanto de prevención como de retribución.

De esta manera, las teorías de la unión buscan hacer uso de los fundamentos teóricos más relevantes de las teorías preventivas y retributivas, y desechar los que considera son sus puntos débiles. De esta manera, este grupo de teorías tiene como objetivo alcanzar un punto medio entre las escuelas de pensamiento de la retribución y la de prevención, al conciliar sus principales postulados.

En esta misma línea, son varios los principales exponentes de las teorías mixtas de la pena. De entre dicho grupo, sobresale por el peso que ha tenido en el desarrollo de las teorías del derecho penal, el conocido autor y jurista alemán Claus Roxin, por su célebre teoría dialéctica de la unión. La teoría dialéctica de la unión la define Roxin en su libro “Problemas básicos del Derecho Penal”, de la siguiente manera:

“...Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual. Se trata, si se me permite darle un nombre a esta concepción, de una teoría unificadora dialéctica...se puede denominar dialéctica dicha concepción, en cuanto acentúa lo antitético de los diversos punto de vista e intenta reunirlos en una síntesis. Dicho procedimiento no es un esquema constructivo, sino que viene prefijado por la naturaleza de las cosas” (Roxin, 1976, p.p 34)

En este mismo orden de ideas, se concluye de lo anterior como la teoría dialéctica de la unión de Roxin encaja dentro de las teorías mixtas o de la unión, ya que como el afirma, es producto de una síntesis realizada a partir de punto de vistas opuestos, y asimismo manifiesta que tal procedimiento es predispuesto por la realidad social, por lo que es claro que para este jurista alemán las escuelas tradicionales de la teoría de la función penal no son aplicables en la práctica.

Además, mediante esta teoría, Roxin en su planteamiento le atribuye una función diferente a la pena, dependiendo esta del momento durante el cual se encuentre la misma. El autor alemán hace distinción de tres momentos específicos relativos a la pena, primero como norma penal, luego en la imposición penal y finalmente durante la ejecución penal. García la explica de la siguiente manera:

“En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de la unión formulada por ROXIN, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia: en el momento de la norma penal la pena cumple una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad; en la imposición judicial de la pena los fines preventivos son limitados por la culpabilidad del autor (retribución); y en el momento de la ejecución penal adquieren preponderancia los fines de resocialización” (2006, p.p 12)

A partir de lo expuesto con anterioridad, puede comprenderse con claridad que para Roxin, la existencia, imposición y ejecución de la sanción penal requieren cada una justificación por separado, que en conjunto responde a la finalidad como un todo del derecho penal. Por tanto, puede concluirse que para este autor, la pena como estructura jurídica se encuentra condicionada por el espacio temporal en el que se manifieste, con respecto a la comisión de un acto ilícito.

En línea con lo anterior, se deduce que para este jurista alemán la pena se caracteriza por tener un carácter multifuncional. Tal función de la pena dependerá de lo más efectivo que se requiera en un momento específico, en relación con el alcance de los objetivos del derecho penal. Por consiguiente la pena pasara por distintos fines variados, incluyendo la resocialización, dependiendo de la etapa en que esta se encuentre.

Por otra parte, la teoría unificadora de Claus Roxin está fundamentada y desarrollada a partir de tres postulados básicos. Mediante estos fundamentos, el autor alemán busca concederle a su teoría dialéctica de la unión la suficiente coherencia intelectual. Lo anterior con el objetivo de que tal teoría pueda constituirse en una opción válida en el debate sobre la función de la pena. En este sentido, Demetrio enumera los postulados de la siguiente manera:

“Su teoría unificadora preventiva descansa en tres postulados básicos:

1.º) El fin exclusivamente preventivo de la pena, bajo el entendimiento de que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y un orden social que está a su servicio. Aquí adquieren singular importancia los problemas relativos a las antinomias de los fines de la pena, y en particular, los conflictos que pueden presentarse entre las exigencias preventivo-generales y preventivo-especiales en el marco de la determinación de la pena. En este punto entiende que por motivos preventivo-especiales la pena no puede ser reducida hasta tal punto que quebrara la confianza en el ordenamiento jurídico.

2.º) La renuncia a toda retribución, de modo que, bajo su punto de vista, no sería correcto afirmar que el castigo de los criminales nazis ya integrados socialmente y que no representan ningún peligro sólo se justificaría desde un punto de vista retribucionista, pues existe una necesidad preventivo-general de castigar estos hechos dado que de lo contrario podría estremecerse gravemente la conciencia jurídica general.

3.º) El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención. El autor reconoce que, pese a la renuncia a toda retribución, este elemento decisivo de

la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva por él defendida. Según esto la pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. Para Roxin, el principio de culpabilidad tiene una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, que debería conservarse en un Derecho penal moderno. Según este principio la cuantía de la pena no puede en ningún caso ser superior a la culpabilidad del autor, si bien, no existiría inconveniente en admitir una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad, si a ello no se oponen las exigencias mínimas preventivo-generales.” (2009, s.p)

A partir de lo citado anteriormente, se pueden sacar varias conclusiones sobre la escuela de pensamiento de Roxin. En primer lugar, queda constatado que si bien la teoría dialéctica de la unión se encuentra dentro del grupo denominado como las teorías mixtas, resulta evidente que para Roxin es más relevante enmarcar la pena dentro de la teoría de la prevención, tanto en su forma general o especial, que en su carácter retributivo, al renunciar del todo a este aspecto.

En este sentido, para Roxin la pena consiste de una naturaleza preventiva en vez de retributiva, y es esta la que fundamenta la existencia de la sanción penal. Si bien la retribución también no forma parte de la pena, se rescata de esta teoría el elemento de la culpabilidad. Además, para el jurista alemán tal principio de la culpabilidad es imprescindible pues delimitada la aplicación de la sanción penal, idea claramente en contraposición con las ideas del derecho penal del enemigo de Jakobs.

Por otra parte, si bien han generado gran impacto en la discusión del tema de la función penal, las teorías mixtas también cuentan con un número significativo de detractores, los cuales las consideran un ejercicio intelectual fútil, al tratar de hacer parecer compatibles, teorías que no lo son. En este sentido, y criticando el uso de la culpabilidad por parte de Roxin, manifiesta el también alemán Lesch lo siguiente:

“El problema de las teorías de la unión reside en definitiva en su carácter ambiguo: No están en condiciones ni de dar a la finalidad de la pena estatal una dirección y un fundamento consistente, ni de proponer una regla funcional que conceda preferencia a una teoría o a otra en los puntos de colisión. Las teorías de la unión solo pueden entenderse como meras propuestas que no pueden ser fundamentadas de una forma convincente. Además de esto, el principio de compensación de la culpabilidad pierde su función originaria de fundamentación de la pena y queda

reducido a tan solo un criterio delimitador de la pena que no puede ser aclarado funcionalmente.” (1999), p.p 42)

A pesar de lo anterior, se debe manifestar si bien las teorías mixtas cuentan con varios opositores, de igual manera el grupo de teorías de la unión ha ganado muchos adeptos entre juristas alrededor del mundo, que encuentran satisfactorio la forma en que abordan la cuestión de la función penal, al reconciliar las diferentes posturas clásicas al respecto, para el alcance de los objetivos que debe tener el Derecho Penal en su conjunto. Dentro de esta posición se expresa Demetrio de la siguiente forma:

“La figura de Claus Roxin es determinante en el entendimiento moderno del Derecho penal. Con él recobra actualidad la perspectiva integradora propuesta en su día por von Liszt, en lo que supone un avance metodológico que ha influido decisivamente el desarrollo de la Ciencia Penal contemporánea. Desde esta perspectiva es fundamental no perder de vista que nuestro universo conceptual no se agota en las categorías dogmáticas, aisladas de valoraciones de carácter político-criminal. Tan cierto como esto último es también, sin embargo, que las valoraciones político-criminales tampoco determinan -por sí mismas y en todo caso- la corrección o incorrección de los resultados obtenidos dogmáticamente.” (2009, s.p)

Retomando lo anterior, se debe recalcar que independientemente de la postura que se aborde con respecto a la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin, no puede desmerecerse el aporte intelectual que ha significado en el debate de las corrientes tradiciones de las teorías de la función de la pena, al provocar la reevaluación de los conceptos de ambas vertientes y su relevancia en las el derecho penal de las sociedades modernas.

A manera de cierre de esta parte del capítulo, se debe recalcar que independientemente de la postura que se aborde con respecto a la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin, o las teorías clásicas que se han analizado, ya sea a favor o contra de una u otras, es innegable el impacto que todas han tenido en el desarrollo del derecho, y especialmente en la evolución de las concepciones del derecho penal.

Incorporación de los elementos de la investigación al marco teórico

Una vez finalizado el análisis de las diferentes escuelas de pensamiento que componen las teorías de la función penal, corresponde realizar en esta sección del capítulo la incorporación de los elementos del trabajo de investigación con fundamento teórico, dentro del marco teórico. El ejercicio anteriormente mencionado se realizara con el objetivo de explicar cómo tres aspectos relevantes del tema se enmarcan dentro de la teoría anteriormente desarrollada.

En este sentido, se lograra justificar la construcción y posterior utilización de este marco teórico, ya que mediante esto se conseguirá aportar a los elementos seleccionados de la investigación el contenido teórico que requieren. Lo anterior será con la finalidad de desarrollar de la forma más apropiada y exhaustiva posible desde un punto de vista teórico al objeto de estudio de esta investigación.

En este contexto, para la presente investigación se considera que la pena debe tener como fin la prevención general positiva, es decir, la sanción penal tiene como función la reafirmación de la vigencia de la norma, ante la ejecución de un hecho delictivo que pretenda negarla. De esta manera, la pena logra ratificar ante la colectividad la vigencia de la norma jurídica dentro de un Estado de derecho, lo que permite mantener la estabilidad del orden social.

Una vez identificada la teoría a utilizar en la realización del marco teórico para la presente investigación académica, se debe realizar un esquema teórico con el objetivo de enmarcar los elementos seleccionados de la investigación, dentro del marco teórico. Por consiguiente, y para tal finalidad, los elementos seleccionados para esto serán: Derecho Penal del Enemigo, Política criminal y legitimidad.

A continuación, y a manera de cierre de este marco teórico, se procederá a la construcción esquemática previamente señalada en el párrafo anterior, haciendo uso de los elementos seleccionados y señalados con anterioridad. De esta manera, en primer lugar se abordara el tema del derecho penal del enemigo, posteriormente la política criminal y finalmente se dará cierre al capítulo con la legitimidad.

Derecho Penal del Enemigo

En primer lugar, es necesario profundizar en qué consisten los fines de la pena para el alemán Günther Jakobs. Esto debido a que gracias a su posición como autor de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, se hace meritorio profundizar en el pensamiento de este autor en relación a esta temática. Lo anterior con la finalidad de enmarcar al Derecho Penal del Enemigo dentro de la prevención general positiva. Sobre la finalidad de la pena, este autor realiza la siguiente observación:

“En Derecho penal, no se trata de modo primario de prevenir delitos -de esto ha de ocuparse principalmente la policía-, sino de una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de la mayoría de todas las personas, por lo que las víctimas potenciales puedan tener la certeza de que no sólo tienen derecho a ejercer sus derechos, sino que podrán ejercerlos quedando incólumes, a menos que se ubiquen en los márgenes de la sociedad. Por consiguiente, los destinatarios de la pena no son sólo -ni siquiera lo son en primera línea- el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de éstas: deben conservar su fidelidad al Derecho y su confianza en la norma. Se habla de prevención general positiva, positiva, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, prevención, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto del conjunto social, por ello, prevención general.”(2004, p.p 43)

Como conclusión de lo expuesto anteriormente, queda constancia de que para Jakobs los fines de la pena corresponde al de la prevención general positiva. En este sentido, es relevante analizar el papel que juega la doctrina del Derecho Penal del Enemigo en relación con la teoría de la prevención general positiva y que tan compatibles en son ambos conceptos, al menos en el plano teórico.

En esta misma línea, cabe recordar que la doctrina del Derecho Penal del Enemigo plantea la existencia de dos tipos de derecho penal diferenciado, el Derecho Penal del ciudadano, dirigidos a aquellos cuyo comportamiento brinda la suficiente seguridad cognitiva con respecto al

ordenamiento jurídico, y un Derecho Penal del Enemigo, dirigido a aquellos sujetos que por su profesionalidad y habitualidad en la conducta delictiva, ponen en peligro la existencia del ordenamiento jurídico.

A partir del concepto anterior, es que se logra determinar que la finalidad de la pena debe estar profundamente relacionada con el tipo de derecho a aplicar. Continuando con esta idea, se puede afirmar que el Derecho Penal aplicado a los ciudadanos tendrá como fin el mantenimiento de la vigencia de la norma, para resguardar la confianza de la comunidad hacia el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, al aplicarse un derecho penal del enemigo, la función de la pena será diferente a la prevención general positiva. Esto debido a que para el Derecho Penal del Enemigo, los sujetos considerados enemigos se han apartado por completo del ordenamiento jurídico, por lo se constituyen en un elemento altamente peligroso dentro de una sociedad. Por tanto, las penas dirigidas a los enemigos responden a la finalidad de la eliminación de peligros futuros. Al respecto, Jakobs hace desarrollar la distinción de la siguiente forma:

“...sí que hay nominalmente "penas" en una serie de leyes recientes que el legislador llama leyes para la "lucha" contra el delito, es decir, casos en los que le importa menos mantener la configuración normativa, la vigencia del ordenamiento jurídico, sino en los que, por el contrario, se trata de prevenir delitos. Se pretende "luchar" contra la criminalidad económica, el terrorismo, el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada, los delitos sexuales, y, finalmente e incluyéndolo todo, los hechos graves en general. Si se observa qué es aquello -más exactamente: quienes son aquellos- contra lo(s) que se pretende "luchar", se constata que se trata de individuos que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para el trato como persona en Derecho.” (2004, p.p 59)

A manera de síntesis sobre el rol del derecho penal del enemigo, dentro de la teoría de la prevención general positiva, queda claro que si bien el mismo implica un fin de la pena distinto al que plantea tal vertiente, si es compatible con la misma. Lo anterior debido a que el derecho penal

del enemigo como doctrina implica necesario la existencia de su antítesis, es decir el Derecho Penal del ciudadano, y será este mismo el que se aplique en la mayor cantidad de casos.

En este sentido, tal y como lo plantea Jakob, la finalidad preventivo general se mantiene dentro del derecho penal del ciudadano, que es el que mayormente se aplica, ya que el derecho penal del enemigo es de carácter excepcional. Por consiguiente, al darse ambos tipos de derecho penal en la realidad, se dan de igual manera las dos finalidades de la pena, según sea el caso. Sobre esto, Jakobs lo resume de la siguiente forma:

“En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos.” (2003, p.p 55)

A manera de cierre de esta parte del capítulo, y retomando lo expuesto anteriormente, para la doctrina del derecho penal del enemigo es necesario que tanto este como el derecho penal del ciudadano existan desde posiciones independientes y autónomas. Por consiguiente, al estar ambas caras del derecho penal apropiadamente delimitadas, será posible alcanzar los fines de la pena correspondientes según fuere el caso.

Política Criminal

Por otra parte, respecto a lo concerniente a la política criminal y su relación con la teoría de la prevención general positiva, es necesario primeramente el señalar una definición del concepto que resulte aplicable para los fines de este trabajo académico. En esta misma línea, si bien son innumerables la cantidad de definiciones de lo que entiende por política criminal de un Estado, se ha escogido la definición de Alberto Binder, por su profundo análisis conceptual, donde expresa lo siguiente:

“La política es una actividad compleja, que se manifiesta de muchas y diversas maneras. A veces utiliza la fuerza. Cuando esa fuerza o violencia se desarrolla desde el Estado (o desde el poder institucionalizado) se le suele llamar “coerción estatal”. Cuando esa coerción alcanza un cierto nivel de intensidad o se canaliza a través de

ciertas formas culturales (lo que comúnmente llamamos “penas”) hablamos de “coerción penal”....La política criminal es, en consecuencia, el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.” (2014, p.p 44)

Retomando lo anterior, la rigurosidad analítica que provee el autor argentino con su definición del concepto de política criminal resulta ideal para el desarrollo de un marco teórico como el de la presente investigación. Lo anterior debido a que Binder aborda el concepto desde sus diferentes dimensiones, desde el plano de formulación de la política criminal, así como pasando por sus instrumentos de coerción penal. Al respecto, el jurista profundiza más el concepto de la siguiente forma:

“La política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico valorativas) relativas, a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales (que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinara que esa infracción ha existido, quienes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quien será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esas sanción)” (2014, p.p 47)

A partir de lo anterior, queda plasmado la multifuncionalidad de la política criminal dentro de un Estado de derecho. Sin embargo, algunos autores consideran que la política criminal no está limitada únicamente a la lucha contra la criminalidad por medio de los instrumentos de la coerción social, sino que la misma también debe conllevar medidas de carácter preventivo. En este sentido, la autora costarricense Acevedo Matamoros manifiesta:

“No obstante, la política criminal no solo se circunscribe a las conductas que se evaluaron como delitos y a las cuales se le asignaron una sanción; implica además, una serie de respuestas extrapenales que se realizan muchas veces con participación de organismos no gubernamentales o grupos sociales, tendientes a la prevención temprana de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas; como por ejemplo, programas de educación, de empleo, de socialización, de integración comunitaria, de resolución de conflictos previos a los penalizados, etc. Así, el objeto de estudio de la Política Criminal se encuentra integrado no sólo por el Derecho Penal sino también por aquellas instituciones que tengan como fin, desde la perspectiva política, la prevención y el control del delito y la criminalidad.” (2014, p.p 41)

En este sentido, podemos hablar de dos aspectos de la política criminal dentro de un Estado de derecho. Por una parte, existe una dimensión coercitiva de la misma, aplicable ante los hechos delictivos una vez ocurridos los mismos. Pero además, la política criminal se compone de una dimensión preventiva, mediante la cual combate la criminalidad al atacar sus posibles causas, con el objetivo de disminuir los delitos a futuro.

Por otra parte, antes de relacionar la política criminal con la teoría de la prevención general positiva, es altamente relevante exponer aunque sea de forma breve, la concepción histórica que este término ha tenido y la que se ha considerado su relación con la ciencia del Derecho Penal. En este sentido, sobre la relación tradicional entre el Derecho Penal y la política criminal, el autor Borja Jiménez manifiesta lo siguiente:

“...la Dogmática penal y la Política Criminal eran considerados como dos sectores del conocimiento humano en relación con el delito y sus consecuencias, con ámbitos de actuación y fines autónomos, separados y limitados entre sí. El Derecho penal era concebido como una ciencia estructurada en torno a unos principios de garantía de las libertades del ciudadano (legalidad, culpabilidad, intervención mínima, etc.), sistematizada con una firmeza lógica inquebrantable y cuya finalidad estaba más próxima a limitar al poder punitivo que a tutelar a la sociedad. La Política Criminal, por el contrario, se contemplaba como un conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar altas tasas de criminalidad...De esta forma, esos poderes públicos intentarían a través de una determinada política criminal auspiciar al máximo la seguridad ciudadana, y el Derecho penal pretendería limitar esa actividad del Estado para respetar los derechos de los individuos sospechosos, acusados o condenados en relación con la perpetración de un delito. Así fueron concebidas las relaciones entre Derecho penal y Política Criminal desde los tiempos de Franz Von Liszt...” (2003, p.p 114)

La contextualización de la autonomía del Derecho Penal y la política criminal entre sí, que estableció Von Liszt hace más de un siglo, se mantuvo vigente desde entonces. No sería sino hasta en el siglo XX que el autor alemán Claus Roxin cuestionaría el carácter funcional de la pretendida autonomía entre ambos sectores. Sobre la visión del autor alemán sobre este tema, Borja Jiménez expone lo siguiente:

“La propuesta del citado profesor alemán, como acabo de señalar, pretende superar, desde el punto de vista metodológico, la propia constitución hermética y fuera de la realidad de la sistematización dogmática, por un lado; y el excesivo casuismo con la consiguiente dificultad de ausencia de axiomas científicos, del pensamiento problemático, por otro lado. Para lograr tal fin, señala el autor, se tiene que acabar

con la tajante separación entre Derecho penal y Política Criminal llevada a cabo por von Liszt hace más de un siglo. Y, en efecto, en la medida en que la Dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser perfectamente correctas desde la lógica interna que la guía, pero totalmente desacertadas desde el punto de vista político-criminal. Y viceversa, remedios eficaces ofrecidos por la Política Criminal pueden ser, desde la perspectiva dogmática, totalmente incomprensibles. Se postula entonces en favor de un sistema de Derecho penal abierto, esto es, susceptible de recibir las valoraciones que tildan sus conceptos y principios por la vía político-criminal”. (2003, p.p 115)

Para el autor de este trabajo de investigación, el planteamiento intelectual de Roxin sobre la política criminal, es un gran aporte para el desarrollo del presente estudio, ya que analiza este concepto desde un punto de vista funcional con respecto al derecho penal, y viceversa. Por consiguiente, se adopta esta posición de un derecho penal abierto a los diversos insumos que la política criminal pueda brindarle en la práctica.

Retomando lo anterior, será a partir de esta propuesta que se describirá la relación entre la política criminal de un Estado de derecho, y los fines de la pena, en este caso en específico, la finalidad preventiva general positiva. La prevención general positiva como fin de la pena y por tanto parte del sistema del derecho penal, debe ser compatible con los principios fundamentales de la política criminal de un país.

En esta misma línea, la política criminal de una sociedad, en todas sus manifestaciones, pero en especial en su vertiente coercitiva penal, deberá ser coherente con la finalidad preventiva general positiva. Lo anterior debe ser especialmente relevante al momento en que se elaboren en la corriente legislativa las sanciones penales a aplicarse en el caso de la ocurrencia de un hecho ilícito.

Asimismo, las decisiones que fundamenten el establecimiento de penas, así como también los medios o instrumentos de su aplicación, deberán asentarse en el objetivo de la reafirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico y el derecho frente a la generalidad de la sociedad, ante el surgimiento de un acto ilegal que pretenda negarlo. Producto de esto, se lograra mantener la estabilidad social.

Legitimidad

Por otra parte, sobre el concepto de legitimidad, vale aclarar que se trata de un término que se ha tratado de definir a través de diferentes ramas del saber. En este contexto, se destacan los estudios sobre tal temática dentro de la filosofía política, así como también de la filosofía jurídica. Por consiguiente, al tratarse la presente investigación de un trabajo académico, se abordara el concepto desde la óptica jurídica, y en especial dentro del derecho penal.

En esta línea, se distinguen dos vertientes principales que desarrollan la cuestión de la legitimidad en relación con la rama penal del derecho. Por un lado, para una de las teorías la legitimidad del sistema penal proviene de la Constitución Política, mientras que para la otra alternativa teórica la legitimación del Derecho Penal proviene de dogmas jurídicos propios del mismo sistema. Sobre la primera, expone Bernate Ochoa lo siguiente:

“...la legitimación del derecho penal se deriva directamente del contenido de la Constitución que, como norma superior, establece los fines y las funciones que debe cumplir el ordenamiento represor, para que produzca los efectos buscados por el ordenamiento constitucional, aun a costa de renunciar a la construcción de un sistema como tal. Lo anterior depende de la solución en cada caso, así como de lo político-criminalmente deseable de acuerdo con las pautas establecidas....Esta corriente ideológica encuentra en las propuestas de Roxin, su principal exponente mundial en la actualidad. Para este autor, el fin del derecho penal se deriva del Estado, y consiste en garantizar la vida en común de los ciudadanos sin que sea puesta en peligro.” (2004, p.p 63)

A partir de lo expuesto anteriormente, se puede concluir que para esta vertiente de pensamiento se establece como legitimación del Derecho Penal, aquellos principios y fines que señale la constitución política de un Estado, como norma de carácter supremo dentro de un nación. En otras palabras, dentro de esta concepción de legitimación del Derecho Penal, tal carácter le sería brindado por un elemento ajeno a cualquier tipo de sistema penal existente.

En esta misma línea, para esta teoría, la constitución y su naturaleza de norma suprema dentro de un Estado, establece que todo el ordenamiento jurídico, sin distinción de la rama, está supeditado a sus principios como guía irrenunciable. Por consiguiente, el derecho penal está

obligado a respetar las directrices propias de la Carta Magna, y al acatar las mismas, adquiere legitimidad su existencia y por consiguiente sus actuaciones.

Por otra parte, la segunda vertiente sobre la legitimación del derecho penal es aquella que se conoce como la propuesta normativista. Al contrario de la teoría analizada anteriormente, que se fundamenta en un criterio estrictamente jurídico, la vertiente normativista hace uso de diversos criterios, algunos que no son de carácter estrictamente jurídicos, como por ejemplo la sociología. En este sentido, su principal exponente fue Niklas Luhmann. Sobre el origen del orden social para este autor, Bernate expone lo siguiente:

“Luhmann señala que la génesis y el mantenimiento del orden social están dados por la complejidad y por el fenómeno de la doble contingencia. Con el concepto de complejidad, este autor se refiere al conjunto de todos los sucesos posibles, y abarca el campo ilimitado de mundos posibles...Luhmann presenta la situación originaria a través de lo que denomina la doble contingencia, en la cual se establece un contacto entre dos sujetos, donde aún no se ha reducido la complejidad, por lo que a ninguno le es posible saber qué puede esperar del otro sujeto. En este estado no hay orden, el cual aparece mediante la reducción de la complejidad, que se inicia cuando uno de los sujetos hace algo y cuando con su actuar pone fin a la indeterminación. Al actuar, realiza una oferta al otro sujeto, quien puede elegir si la acepta o no...Cualquiera que sea la respuesta, operará como selección, con lo que la otra parte se podrá enlazar en idéntica clave, que es el momento en el cual ha existido una comunicación entre las partes...El carácter de fundante de lo social que reviste este acto se encuentra en su valor de conexión para la otra parte, y permite que se genere el componente de toda estructura social, las expectativas...Así, tenemos que la sociedad surge gracias a la superación del fenómeno de la doble contingencia, con lo cual se supera la complejidad indeterminada y no manipulable, pues se establecen las posibilidades que se pueden desarrollar en su interior. Pero ello es sólo el inicio de un proceso que debe continuar con la permanente reducción de la complejidad, generando subsistemas” (2004, p.p 66)

Retomando lo anterior, queda claro el análisis totalmente sociológico que realiza Luhmann sobre el origen de las estructuras sociales y el papel fundamental que juega la comunicación dentro de dicho origen, como base de las mismas. Para esta teoría, una vez establecido un orden y estructura social, es necesario seguir reduciendo la complejidad, lo que implica el nacimiento de diferentes subsistemas. Dentro de esta concepción, se considera al Derecho Penal uno de esos subsistemas. Sobre las características de estos subsistemas, Bernate afirma:

“Para resolver el problema de la sobresaturación surgen, a partir del sistema social global, nuevos sistemas sociales que se presentan como subsistemas suyos, sin dejar

de ser —por ello— sistemas auténticos y autónomos. El factor fundamental en la construcción de los subsistemas lo determina su función reductora de la complejidad operante en la sociedad, con miras a su reproducción, en cuanto permiten un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de la complejidad de que se ocupan, con lo cual los otros subsistemas podrán prescindir de su tratamiento y apreciarán la reducción de la complejidad” (2004, p.p 68)

Es decir, una vez constituida la estructura social inicial, es necesario seguir reduciendo el caos que implica la complejidad, por tanto, se da el surgimiento de subsistemas, que si bien derivan del sistema inicial, en la práctica son autónomos. En este sentido, y manera de síntesis de lo anteriormente expuesto y su relación concreta con la legitimación del derecho penal, Bernate manifiesta lo siguiente:

“Gracias a los referentes que obtenemos del sistema social y al entendimiento de la sociedad en los términos de Luhmann, podemos concluir que el derecho penal encuentra su justificación y su legitimación en una sociedad que surge a partir de la solución de la doble contingencia y que, a medida que va avanzado, la complejidad que ello supone torna en imperativa la necesidad de contar con un mecanismo que permita que las comunicaciones, elemento fundamental del sistema social, se desenvuelvan de una manera adecuada, previsible, y de allí deviene la necesidad del derecho como mecanismo que permite lo anterior...Igualmente, al ser la sociedad un ente organizado de la manera descrita y al ser el derecho una necesidad, la pena —como consecuencia de la inobservancia de los roles que asume la persona— surge a partir de la necesidad de proteger las expectativas normativas de los demás miembros de la sociedad, quienes como personas —por ende portadoras a su vez de determinados roles— pueden confiar en que los demás miembros igualmente observarán en su actuar las pautas establecidas para los procesos de comunicación en el interior del grupo social...De no existir la protección de las expectativas, la sociedad estaría, indiscutiblemente, destinada a disolverse, en cuanto reinaría el caos y se regresaría a un estado de violencia en el cual, simplemente, prevalecería el más fuerte sobre los demás. Así, entonces, la legitimación del derecho penal estaría dada por el mantenimiento de las expectativas necesarias para la comunicación dentro de la sociedad. El derecho penal se ocuparía de mantener las estructuras normativas sobre las cuales se sustenta todo el orden social.” (2004, p.p 76)

Tomando como punto de referencia lo anteriormente expuesto, para los fines de esta investigación se tomara como fundamento de legitimación del derecho penal y sus normas, la teoría normativista de Niklas Luhmann. En este sentido, la finalidad de la prevención general positiva le

permite al derecho penal el mantener las expectativas de comportamiento necesarias de los sujetos de una sociedad, para que esta se mantenga estable.

En esta misma línea, mediante la fe en la vigencia del Derecho Penal, como estructura reguladora de los canales de comunicación social, la norma penal se constituye como un instrumento legítimo para procurar que los sujetos dentro de una sociedad actúen de acuerdo a las expectativas que garanticen el bienestar general de toda la colectividad, y por tanto el mantenimiento de la estructura social en beneficio de todos. En otras palabras, la prevención general positiva como fin de la pena, reviste de legitimidad a la misma, como medio de salvaguarda de un sistema social funcional.

CAPÍTULO 3: MARCO METODOLOGICO

En el capítulo tres se desarrollara el marco metodológico para la presente investigación. Lo anterior con el objetivo de profundizar en la metodología empleada en este trabajo académico. Por este medio se logra brindarle la rigurosidad científica que requiere un estudio en derecho, al posibilitar la revisión y el examen del método empleado por el autor para llevar a cabo el análisis de los resultados producto del estudio.

Enfoque de la investigación

En este sentido, la presente investigación se caracteriza por tener un enfoque cualitativo, lo que implica la exploración de fenómenos a profundidad, lo que es ideal para este trabajo académico, que indaga sobre una temática altamente compleja. Además, el enfoque cualitativo también se caracteriza por conducirse en ambientes naturales, el cual para este estudio corresponde a la política criminal costarricense.

Continuando con lo expuesto anteriormente, se debe recalcar también que el enfoque cualitativo se caracteriza por extraer significados relevantes para la investigación a partir de los datos recolectados en la misma. Así mismo, en el enfoque cualitativo los resultados se fundamentan no por análisis de algún tipo de estadísticas, sino más bien por los significados anteriormente mencionados.

La adopción de un enfoque cualitativo para el estudio a desarrollar, conlleva la realización de un proceso inductivo, es decir, que a partir de premisas particulares se buscara obtener conclusiones que pueda tener una aplicación general. El proceso se caracterizara también como recurrente, pues implica una cierta regularidad, misma que es necesaria para concatenar los diferentes datos que ira proporcionando la investigación.

En esta misma línea, el proceso de un enfoque cualitativo se caracteriza adicionalmente porque permite analizar múltiples realidades subjetivas, gracias a la aplicación de las preguntas de la investigación a diferentes expertos del tema, cada uno poseedor de una visión particular sobre el

mismo. Se debe hacer énfasis también, en que la naturaleza de este proceso no es lineal, ya que la recolección de datos puede llegar a retroalimentar la investigación y reformular la misma en algunos aspectos.

Por otra parte, pero siempre relacionado con el enfoque cualitativo, el mismo ha sido escogido para esta investigación por una serie de beneficios que le ofrece a la misma. Entre estas, brinda la posibilidad de dotar de una profundidad de significados al trabajo académico, por medio de la formulación de las preguntas de investigación y la recolección de datos. Esto se traduce en una mayor riqueza interpretativa para el estudio, ya que se contextualiza de la forma más completa posible, al objeto de estudio, brindándole al mismo una mayor amplitud.

Diseño de la investigación

Dentro de este enfoque, se aplicara un diseño de teoría fundamentada, con el objetivo de obtener la información necesaria para desarrollar las cuestiones planteadas por la investigación. Para este diseño el objeto de estudio corresponde a un fenómeno, proceso, acción o interacciones entre individuos dentro de un contexto específico. En el caso específico de este estudio, se refiere al fenómeno del Derecho Penal del Enemigo dentro del contexto de la política criminal costarricense.

En este sentido, el diseño de teoría fundamentada busca que la investigación tenga como producto la generación de una explicación o teoría que responda al planteamiento de la investigación. Para el presente estudio, se busca explicar el fenómeno de las estructuras propias del Derecho Penal del Enemigo dentro de la política criminal costarricense y si estas pueden considerarse un instrumento legítimo para salvaguardar la seguridad de los ciudadanos.

Lo señalado con anterioridad se llevará a cabo mediante la formulación de preguntas sobre procesos y relaciones de conceptos que conforman un fenómeno. Para responder al problema planteado por esta investigación, es necesario relacionar el fenómeno del Derecho Penal del Enemigo con el concepto de legitimidad, esto dentro de los procesos propios de la política criminal de Costa Rica. Por tanto, es justificado la utilización de un diseño de teoría fundamenta, ya que es el que responde a las necesidades del presente estudio.

Retomando lo anterior, el diseño de teoría fundamentada implica la realización de entrevistas, por lo que es necesario caracterizar la muestra a la cual se le aplicaran las preguntas a realizar. Dada la complejidad del objeto de estudio a tratar, se hace necesario que el tipo de muestra consista en personas conocedoras y experimentadas en el derecho. Por consiguiente, se han seleccionado a un conjunto de abogados con amplia experiencia en la corriente legislativa, que es donde se desarrolla gran parte de la política criminal.

Muestra de la investigación

En este orden de ideas, se escogió al Abogado, Notario y diputado de la Asamblea Legislativa por el partido Acción Ciudadana, Víctor Manuel Morales Mora. El señor Morales es licenciado en Derecho graduado en la Universidad de Costa Rica, además de contar con una extensa carrera política.

En este mismo contexto, se seleccionó al también al Abogado, Notario y diputado de la Asamblea Legislativa por el partido Unidad Social Cristiana, Erwen Yanan Masís Castro. Al igual que el licenciado Morales, el señor Yanan Masís también ha desempeñado una amplia carrera política.

Unidades de análisis

Por otra parte, para efectos de este trabajo de investigación se utilizaran unidades de análisis que son productos de los objetivos, tal y como han sido propuestos por Roberto Hernández Sampieri en su libro de Metodología de la investigación (2014). Al respecto, las unidades de análisis para el presente trabajo de investigación son del tipo denominado “procesos”, esto por cuanto las estructuras del Derecho Penal del Enemigo son acciones que se realizan de forma continua con un fin determinado, el combatir la criminalidad.

En este mismo sentido, las unidades de análisis correspondientes para el presente trabajo de estudio se derivan a partir de los objetivos específicos establecidos dentro del mismo en su primer capítulo. De esta manera, del primer objetivo específico se deriva al “Derecho Penal del Enemigo”,

del segundo objetivo específico se obtiene “La política criminal costarricense” y del tercer objetivo específico se extrae “Estado social democrático”.

Procedimiento para la recolección de datos

Una vez debidamente establecidos los expertos que componen la muestra de la investigación y las unidades de análisis, se debe señalar que el procedimiento para la recolección de datos fue por medio de la utilización del instrumento de la entrevista estructurada. Lo anterior porque dicho instrumento permitió recopilar una gran variedad de criterios subjetivos, lo que concedió a la investigación una mayor amplitud de datos sobre el tema. Las entrevistas se llevaron a cabo durante el mes de Marzo del 2019.

Método de análisis

Finalmente, a modo de cierre del presente capítulo, se debe mencionar que el método de análisis a emplearse en este trabajo académico será el método de factorización. Este método de factorización está basado en el método propuesto por Roberto Hernández Sampieri en su libro de Metodología de la Investigación, que consiste en que a partir de los objetivos específicos se extraen las unidades de análisis, que tienen contenido en el marco teórico y se dividen en categorías para describirlas y analizarlas, interpretar los datos y contestar la pregunta de investigación.

CAPÍTULO 4: DESARROLLO

Conceptualización y caracterización de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo

Como primer punto dentro del desarrollo de este trabajo es preciso definir y caracterizar al Derecho Penal del Enemigo. Si bien ya en la primera parte del trabajo se expuso que se entiende por tal doctrina, en esta parte se profundizara más en sus principales elementos y características, resulta oportuno compilar algunos de los aportes teóricos más relevantes con respecto a esta doctrina, dado su papel central en esta investigación

Como ya se mencionó anteriormente durante esta investigación, mediante el Derecho Penal del enemigo, Jakobs aboga por la aplicación de un Derecho Penal diferenciado. Por un lado el derecho penal de ciudadanos, dirigido a quienes pueden dar una garantía cognitiva de su apego al orden jurídico, y por otra parte un derecho penal dirigido a los enemigos, quienes no aportan una seguridad cognitiva de un comportamiento conforme a derecho. Sobre esta distinción, Cambronero Torres señala lo siguiente:

“La sociedad del miedo que identifica Jakobs narra la historia de dos figuras protagónicas de una crisis de seguridad: “el enemigo”, quien no presta el mínimo cognitivo de seguridad sobre su comportamiento personal, esto en relación con la necesidad del Estado de tener conocimiento sobre el comportamiento que llevan a cabo sus ciudadanos, en relación con los roles que debe cumplir cada persona (de acuerdo con Jakobs las personas son titulares de roles establecidos), por lo que el enemigo es aquel que no cumple con el rol y ocasiona un déficit cognitivo, faltando a las expectativas que se esperan de él. El enemigo se asocia con el individuo que persigue la elaboración de actos ilícitos en constante perjuicio de los bienes jurídicos tutelados por el derecho, por lo que simboliza un riesgo por no ser obediente al rol.

Por otra parte se encuentra “el ciudadano”, representado por el sector social que sí reconoce las reglas y con quienes da un buen resultado la normativa penal ordinaria, es decir, aquellos que cumplen con el rol y sobre quienes el objeto de la pena cumple su función, al disuadir o sancionar conductas contrarias al orden establecido; los ciudadanos se ajustan a las reglas sociales y normativas de convivencia, y por consiguiente, a las expectativas sociales sobre su comportamiento.

Surge entonces una guerra entre los enemigos, quienes cometen constantemente atentados a la vida, la propiedad, la salud y seguridad pública; y los ciudadanos, quienes procuran salvaguardar su integridad.” (2014, p.p 14)

Es a partir de esta concepción de la sociedad, que Jakobs justifica la existencia de un derecho diferenciado que garantice un bien jurídico fundamental como es la seguridad de los ciudadanos y suprima la amenaza que representan aquellos sujetos que no cumplan con sus deberes conforme a derecho. En este sentido, para Jakobs el derecho penal del enemigo se caracteriza de la siguiente forma:

“Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de-como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas” (Jakobs, citado por Cancio, 2003, p.p 79)

Es decir, dentro del Derecho Penal del Enemigo se pueden generar normas que castiguen actos previos a que el hecho punible sea cometido. En otras palabras, en el caso de los enemigos se produce un adelantamiento a la línea de la punibilidad, a diferencia del Derecho Penal normal dirigido a los ciudadanos, en el que no puede existir una persecución penal sino hasta el momento de que se hubiese llevado a cabo el tipo penal. Al respecto Portilla Contreras lo resume de esta manera:

“El Derecho penal de la posmodernidad exhibe simultáneamente dos caras opuestas. En una de ellas, el sujeto sólo responde por la lesión del valor tutelado, la pena adquiere funciones preventivas y no se interrumpen las garantías constitucionales. En la otra, por el contrario, el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo potencial para la seguridad del Estado. Es el reingreso de la guerra justa y preventiva como paradigma del nuevo sistema penal. Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir futuras amenazas, y que restringe garantías fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado.” (2007, pp.197-198.)

La segunda característica establecida por Jakobs en su doctrina del Derecho Penal del Enemigo se trata del agravamiento de las penas, en opinión de Cancio, altamente desproporcionado. Como se verá más adelante en este capítulo, esto se puede ver reflejado en la

política criminal costarricense, mediante la creación de leyes especiales que conllevan de manera significativa el aumento de penas e inclusive plazos procesales, en perjuicio del imputado.

Como tercera característica, se señala la relativización o inclusive omisión completa de garantías procesales a favor del imputado dentro del procedimiento penal. Por tanto, es evidente que el derecho penal del enemigo no se limita solamente al plano sustantivo, sino que además se manifiesta dentro de las estructuras del Derecho Procesal Penal. Sobre este punto, Jakobs se expresa de la siguiente manera:

“En este sentido hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones, otras investigaciones secretas y la intervención de investigadores encubiertos. Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.” (2003, p.p 45)

Tal como lo evidencia Jakobs, mediante el certero ejemplo de la intervención de las telecomunicaciones, tema que se abordara más adelante durante este capítulo, el Derecho Penal del Enemigo está presente en el ámbito de los procedimientos penales, y no se limita solo al Derecho Penal sustantivo. Sobre el relajamiento y omisión de las garantías procesales, Portilla Contreras lo expone así:

“Lo normal en el presente es la conversión del Derecho penal en un derecho de autor en el que se acaba confundiendo al enemigo con las “clases peligrosas”, la guerra con la actuación policial, las relaciones internacionales con la política interior. En ese desconcierto entre las finalidades represivas y policiales se relativizan los principios de culpabilidad, proporcionalidad y del hecho, a través de una perspectiva orientada al autor en la que desaparecen las garantías procesales. Con todo, esta categoría limitadora no supone una novedad alguna, ha sido el método más habitual en la represión de determinado grupo de delitos; así, el sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se viene caracterizando por una constante restricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como del Derecho procesal penal, hasta el punto de conformar un Derecho penal-procesal “distinto”. Lo sorprendente no es, por tanto, la existencia de esa legislación y la constante anulación de garantías para los afectados por ella, sino la aparición de un sustento doctrinal que avala –no sólo reconoce- la existencia de un Derecho garantístico para personas y otro, sin los clásicos derechos, para las no-personas.” (2007, pp.200-201.)

Si bien las características estipuladas por el profesor Günther Jakobs se consideran las definitorias para la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, otros autores han considerado otras características sumadas a las ya mencionadas. En este sentido, para los fines de esta investigación, debido a la amplitud y claridad con que son definidas, se adoptaran las características ofrecidas por Bravo Peña:

I) Anticipación de la punibilidad de aquellos actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Se criminalizan conductas en el estadio previo en razón de la falta de seguridad cognitiva que presenta quien actúa delictivamente (enemigo). Esto también se relaciona con la búsqueda y protección de la seguridad por sobre cualquier otro bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico.

II) Desproporcionalidad de las penas. No se reduce la pena estipulada respecto de la fijada para los hechos que se sancionaron en el estadio previo (actos preparatorios).

III) Restricción e incluso anulación de garantías y derechos procesales del imputado. Se transgreden principios como la presunción de inocencia y el principio de legalidad. Además se viola el derecho al debido proceso lo que lleva a la trasgresión de los diversos procedimientos establecidos para juzgar a un imputado. Se reivindica incluso la tortura.

IV) Las leyes que componen al Derecho Penal del Enemigo, no son normas penales, sino que son normas de “lucha o combate”. El enemigo es una no persona contra la que procede todo tipo de coacción física si el fin es la obtención de seguridad. El Estado está en guerra contra los enemigos.

V) Restricción de derechos penitenciarios y endurecimiento de las condiciones de presidio de los enemigos. Forma en cómo se clasifican a los internos, requisitos para otorgar la libertad condicional, entre otras.

VI) Disminución de la edad de responsabilidad penal criminal. El adelantamiento de la punibilidad tiene implicancias respecto de expandir el universo de potenciales enemigos y por tanto el Estado crea normas para prevenir que los posibles focos de delincuencia se desarrollen, criminalizando no los hechos cometidos, sino a las personas que potencialmente puedan cometer un acto en contra la sociedad y su seguridad.” (2007, p.p 26)

Sumado a las tres características principales definidas por Jakobs, el esquema presentado por Bravo Peña añade tres elementos adicionales. De esta manera, resulta un análisis altamente valorable para el desarrollo de este trabajo de investigación, gracias a su mayor amplitud.

Estructuras del derecho penal del enemigo en Costa Rica

En el presente capítulo se evaluarán las estructuras del Derecho Penal del Enemigo vigentes en Costa Rica. Si bien para los alcances prácticos de este estudio, y debido al plazo limitado para realizar el mismo, resulta imposible entrar a evaluar la legitimidad de cada una de las posibles manifestaciones del Derecho Penal presentes dentro del país, se han seleccionado las que, en opinión del autor, son las más significativas, por los alcances que han tenido las mismas.

En esta misma línea, el actual trabajo evaluará en su capítulo de desarrollo, a la Ley No. 8754, conocida como la Ley contra delincuencia organizada vigente desde el 24 de julio del 2009. De esta misma forma, también se evaluará a la Ley No. 8720, conocida también como Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, vigente desde el 22 de abril del 2009.

La anterior delimitación obedece principalmente a dos razones. En primer lugar, ambas leyes fueron aprobadas en el año 2009, se podría afirmar que de forma casi simultánea. En segundo lugar, la aprobación de ambas leyes significó la instauración de dos procedimientos de carácter especial, por lo que el efecto de ambas se ve directamente reflejado en el ámbito procesal del derecho penal.

La evaluación de ambas leyes se concentra en analizar el efecto que ocasionan a nivel procesal, en especial contraposición con las garantías procesales contempladas por nuestro ordenamiento jurídico. Esto con el objetivo de evidenciar si constituyen una posible violación al debido proceso, bajo la justificación que aporta el derecho penal del enemigo para la persecución de ciertos sujetos.

Además de estas leyes, se evalúa el significado que contiene el actual proyecto de Ley Especial de Extinción de Dominio, actualmente discutido en la asamblea legislativa en el expediente 19571. Esto debido a su carácter representativo de hacia dónde se dirige la política criminal nacional, y por consiguiente el posible rumbo a tomar por el derecho penal moderno en Costa Rica.

Proceso de Flagrancia

El proceso de flagrancia es distinto de cualquiera de los otros procesos contemplados en nuestro Código Procesal Penal, ya sea del más general como es el proceso ordinario, así como también de otros procesos especiales que se emplean en supuestos específicos. Si bien existen varios precedentes relacionados al concepto de flagrancia en Costa Rica, para los objetivos propuestos en esta investigación se limitara a analizar la normativa que regula actualmente al proceso de Flagrancia en el país.

Por consiguiente, es necesario hacer mención primeramente del origen del procedimiento expedito para los delitos en flagrancia que se encuentra vigente en la actualidad. Dicho procedimiento tuvo su origen mediante la Ley 8720, “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal”

Por medio del artículo 18 de esta ley vigente desde el 22 de abril del 2009, se crea el título VIII dentro del Código Procesal Penal, en la parte de procedimientos, libro II, dentro de los procedimientos especiales. La creación de esta nueva sección dentro del Código Procesal significaría el agregar a la normativa procesal penal un total de 15 artículos adicionales, donde se viene a regular el proceso de flagrancia.

Además de lo mencionado anteriormente, el Código Procesal Penal establece en el artículo 236 los supuestos de hecho bajo los cuales el imputado ha incurrido en la flagrancia. En otras palabras, dicho imputado deberá someterse al procedimiento expedito para los delitos de flagrancia. De forma específica, sobre los momentos en que habrá flagrancia, nuestra normativa procesal penal señala lo siguiente:

ARTÍCULO 236.- Flagrancia

Habrà flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

En base a lo anteriormente expuesto, queda definido en que consiste el concepto de flagrancia dentro de la legislación penal costarricense. Una vez que se ha establecido tal concepto, es importante analizar cómo queda definido en el Código Procesal penal el proceso de Flagrancia, a partir de los artículos creados por la ley 8720. En este sentido, el artículo 422 del Código Procesal Penal señala lo siguiente:

Artículo 422.- Procedencia

Este procedimiento especial, de carácter expedito, se aplicará en los casos en los cuales se trate de delitos en flagrancia e iniciará desde el primer momento en que se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo de tal especie. En casos excepcionales, aun cuando se trate de un delito flagrante, se aplicará el procedimiento ordinario, cuando la investigación del hecho impida aplicar aquel. Este procedimiento especial omitirá la etapa intermedia del proceso penal ordinario y será totalmente oral.

Lo anterior implica que ante la comisión de ciertos delitos cometidos en flagrancia, la respuesta ha sido una tramitación especial cuya principal característica ha sido la celeridad. La aplicación de este proceso de Flagrancia se ha visto reflejado en una reducción significativa del tiempo que conlleva el realizar la investigación, el posterior juicio y la resolución de un caso con el dictado de la sentencia.

En línea con lo anterior, a partir de este artículo quedan plenamente estipuladas algunas de las principales características del procedimiento expedito para los delitos en flagrancia. Se debe resaltar la particularidad de la omisión de la etapa preparatoria y de la etapa intermedia, ambas propias del proceso ordinario. Lo anterior con el fin de obtener una mayor celeridad a la hora de realizar el proceso.

A sí mismo, debe destacarse que el artículo deja abierta la posibilidad para que aun cuando se esté ante un delito flagrante, si el fiscal lo considera necesario, este podrá decidir aplicar el procedimiento ordinario. En otras palabras, no basta por sí misma la naturaleza flagrante de un delito para que este sea tramitado en un procedimiento expedito, sino que es necesaria la aprobación del fiscal luego de que este hubiese analizado el caso.

Una vez que se presente ante el tribunal correspondiente la solicitud ejecutada por el fiscal requiriendo la aplicación de un proceso de Flagrancia, y siempre y cuando el Tribunal de Flagrancia la admita, el procedimiento expedito procederá hacia una nueva fase. A esta etapa se le conoce bajo el nombre de trámite inicial. Este trámite se encuentra regulado por nuestra normativa, en el artículo 423 del código procesal penal, que lo describe de la siguiente manera:

Artículo 423.-Trámite inicial

El sospechoso detenido en flagrancia será trasladado inmediatamente, por las autoridades de policía actuantes, ante el Ministerio Público, junto con la totalidad de la prueba con que se cuente. No serán necesarios la presentación escrita del informe o el parte policial, bastará con la declaración oral de la autoridad actuante.

Con respecto a lo anteriormente presentado, se debe acotar que durante este trámite inicial el fiscal u otros actores procesales podrán solicitar las medidas cautelares si lo considerasen necesario. Habiéndose llevado a cabo dicho trámite inicial, el procedimiento expedito de flagrancia pasara a su siguiente etapa, conocida como la audiencia inicial. El Código procesal Penal la caracteriza de la siguiente manera:

Artículo 428.-Realización de la audiencia por el tribunal

Recibida la solicitud por parte del fiscal, el tribunal, en forma inmediata, realizará la audiencia, la cual será oral y pública. De la audiencia quedará registro digital de video y audio; tendrán acceso a ella las partes, por medio de una copia. En la primera parte de esta audiencia, el fiscal expondrá oralmente la acusación dirigida en contra del imputado, donde se describan los hechos y se determine la calificación legal de estos, así como el ofrecimiento de prueba. La defensa podrá referirse a la pieza acusatoria y realizar sus consideraciones sobre ella, además de ofrecer la prueba para el proceso.

El juez verificará que la acusación sea clara, precisa y circunstanciada y que el hecho atribuido sea típico. En caso contrario, el fiscal deberá corregirla oralmente en el acto.

Inmediatamente, se conocerá de la aplicación de medidas alternativas y el procedimiento abreviado. En el caso de que no proceda la aplicación de las medidas, no se proponga por la defensa o no se acepte por el Ministerio Público o la víctima, según fuere la medida, o el tribunal las considere improcedentes, este último procederá a realizar el juicio en forma inmediata y en esa misma audiencia. En este caso, deberá calificar la procedencia y pertinencia de la prueba ofrecida por las partes.

Sobre lo anteriormente expuesto por el Código Procesal Penal con respecto a la audiencia inicial, es rescatable precisar que se trata de una audiencia bastante similar a la audiencia preliminar que se da durante el proceso ordinario, como por ejemplo en lo que respecta a la presentación de la prueba. Lo anterior claro, con la salvedad de que la audiencia inicial se lleva a cabo de una forma mucha más rápida, y de manera inmediatamente anterior a la realización del juicio.

En este mismo sentido, tal y como señala el tercer párrafo del artículo citado, llama la atención que ya habiéndose iniciado el procedimiento expedito de flagrancia, existe la posibilidad durante esta audiencia de la aplicación de medidas alternativas y el cambio hacia un proceso abreviado. Esto a pesar de la naturaleza flagrante del delito, siempre y cuando el imputado cumpla con los requisitos establecidos por el código procesal penal en el artículo 373:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

ARTÍCULO 373.- Admisibilidad

En cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público, el querellante y el actor civil manifiesten su conformidad.

Por otra parte, y siguiendo con la caracterización del procedimiento de Flagrancia, si no se llegase a dar medidas alternativas o un proceso abreviado por alguno de los motivos citados en el artículo 428 del código procesal penal, se dará por finalizada la audiencia inicial. Posteriormente y de forma inmediata, se procederá hacia la etapa de juicio. La práctica del juicio, de acuerdo a la normativa procesal penal se lleva a cabo de esta forma:

Artículo 429.-Realización del juicio

En la segunda parte de la audiencia inicial, se verificará el juicio, donde se le recibirá la declaración al imputado. En forma inmediata, se recibirá la prueba testimonial de la siguiente manera: inicialmente la declaración del ofendido y luego la demás prueba; posteriormente, se incorporará la prueba documental y las partes podrán prescindir de su lectura. Por último, se realizarán las conclusiones por el fiscal y luego, la defensa. En forma inmediata, el tribunal dictará sentencia en forma oral; si lo considera necesario, se retirará a deliberar y luego de un plazo razonablemente corto, el cual no podrá sobrepasar las cuatro horas, salvo causa excepcional que lo justifique y se comunique oralmente a las partes, sin que la ampliación del plazo exceda de veinticuatro horas luego de finalizada la audiencia de debate. Posteriormente, el tribunal se constituirá en la sala de audiencias, donde oralmente dictará sentencia en forma integral. El dictado de la resolución en forma oral, valdrá como notificación para todas las partes, aunque estas no comparezcan.

Esta etapa de juicio se define principalmente por ser de naturaleza oral, con la finalidad de que sea lo más breve posible y de esta manera aportar al objetivo que busca el procedimiento de flagrancia de la mayor celeridad posible. En este sentido, tal objetivo queda bastante explícito al ver lo bien definidos que están los plazos para diferentes actos dentro del artículo, como por ejemplo un máximo de 24 horas para dictar la resolución- Así mismo, llama la atención de que la deliberación del tribunal es opcional, solo dándose en el caso de ser necesaria.

Todo lo anteriormente señalado en esta sección del trabajo, obedece a la necesidad de primero caracterizar de forma general en que consiste el procedimiento expedito para los delitos en flagrancia. Una vez finalizada tan importante contextualización, corresponde ahora señalar algunas de los principales señalamientos que se le hacen a este procedimiento, al que se le critica que en su búsqueda de la celeridad, descuidada de forma injustificada las garantías procesales del imputado.

En esta línea, como primer supuesto se abordara una violación al derecho de defensa durante el procedimiento expedito para delitos en flagrancia. Para tal objetivo, y antes de iniciar propiamente en la evaluación de esta manifestación del Derecho Penal del Enemigo dentro de este procedimiento, es conveniente referirse a que se entiende por derecho de defensa. En este sentido y de manera amplia, la sala constitucional lo ha definido de la siguiente forma:

“En el lenguaje escueto de nuestra Constitución, el derecho general a la defensa, y tanto en lo penal como, en general, en toda materia sancionadora o que pueda desembocar en la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas, está también consagrado en el artículo 39 de la Constitución, y se desarrolla, además, extensamente en el Código Procesal Penal y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este último en sus párrafos 1, para todo proceso, y 2 a 5 específicamente para el proceso penal. El derecho general de defensa implica otros [...]:

a) El principio de intimación: Es el que de lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el primer momento-incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público-. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto solo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor.

b) El principio de imputación: Es el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse a cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es, pues, deber del Ministerio Público, aún inicialmente, y, después, de este y del juez, y comprende los de individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva. Y no se menciona el supuesto de los llamados procesos de citación directa, porque este problema no está involucrado en la consulta que nos ocupa, y obligaría a la Sala a considerar la constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales del Ministerio Público, que han sido descargadas en un órgano administrativo no jurisdiccional, lo cual puede implicar una violación de los principios de exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional a que nos hemos referido.

c) El derecho de audiencia [artículos 27 y 39 de la Constitución Política; 180 a 184 del CPP, 7.6 y 8.1 de la CADH]: Es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo.

d) El derecho de defensa en sí: También se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2°, y de los párrafos 3° y 5° del artículo 8° de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen; el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, [...]; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada -conforme al artículo 44 de la Constitución-, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez.

Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no solo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan” (Voto N.º 1739, de las 11.45 horas, del 1.º de julio de 1992 citado por Monge Herrera, p.p 184-187).

Como puede deducirse de lo expuesto anteriormente, el concepto de Derecho de Defensa es sumamente complejo, ya que se encuentra altamente ligado a una serie de principios que lo componen y que deben estar presentes durante todo proceso judicial. Se puede concluir entonces

que el Derecho a la Defensa en juicio es un pilar fundamental para que se lleve a cabo un debido proceso. Sobre la importancia que tiene este derecho dentro del proceso penal, Binder acota lo siguiente:

“El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular; por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal” (2014, p.p 151)

De esta manera resulta evidente la importancia que tiene el derecho de defensa durante el proceso judicial y porque se debe estudiar cualquier posible violación a este derecho dentro de un procedimiento. Lo anterior con mucha más razón en el procedimiento para delitos en flagrancia, ya que la naturaleza de tan breve de sus plazos, puede tender a ser un agravante en caso de una transgresión al derecho de defensa.

El estudio anteriormente mencionado se realizara con el respaldo de Monge Herrera, en cuyo trabajo la autora señala una serie de inconsistencias del proceso de flagrancia con respecto a varios principios constitucionales, y por tanto con derechos fundamentales. Lo anterior lo analiza a la luz de la Consulta Judicial resuelta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante voto 11099, de las 12.36 horas, del 10 de julio del 2009, realizada por el Tribunal Penal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de San José. En este sentido, como primer punto señala Monge Herrera lo siguiente:

“- Confusión de los roles de las partes intervinientes en el proceso, con la actividad del órgano decisor, lo que afectaba la imparcialidad. Consideró el Tribunal que no debía, “...de oficio, motivar al fiscal o al querellante a que corrija su acusación, ya que al actuar así se rompen los principios que informan el sistema acusatorio”. Es decir, que el problema no radicaba para ellos en que se corrigieran defectos a la acusación, sino en el hecho de que, según el texto del artículo 428, correspondiera a la jueza o al juez prevenirle a la fiscalía o querellante qué aspectos de la acusación presentada debían enmendarse.

- Una segunda manifestación de mezcla de roles, en la medida en que era este mismo órgano jurisdiccional quien, luego de haber efectuado prevenciones orientadas a corregir defectos en la acusación, debía, posteriormente, decidir sobre el fondo

del asunto, cosa que según el consultante “...lo que provoca es que se reviertan los roles, en contra del imputado, violando los principios de imparcialidad del juez y el derecho de defensa”. (2012, p.p 188-189)

Lo señalado anteriormente obedece a la obligación que establece el ya citado artículo 428 del Código Procesal Penal, específicamente a la parte de “El juez verificará que la acusación sea clara, precisa y circunstanciada y que el hecho atribuido sea típico. En caso contrario, el fiscal deberá corregirla oralmente en el acto.” Ante tal manifestación, la sala constitucional se pronunció en contra, alegando lo siguiente:

“Como segundo aspecto, el Tribunal Consultante manifiesta que el hecho de que el tribunal le indique al fiscal que corrija su acusación en uno u otro sentido, puede afectar el principio de objetividad e imparcialidad del juez, así como el principio de legalidad. Añade que en la fase de juicio, el tribunal no puede de oficio, motivar al fiscal o al querellante para que corrija su acusación, ya que al actuar así se rompen los principios que informan el sistema acusatorio. Los artículos 347 y 348 del Código Procesal Penal, sólo contemplan la ampliación o la corrección de la acusación en la fase de juicio, a petición de parte y nunca de oficio. El artículo 428 impugnado, señala en el párrafo segundo: “El juez verificará que la acusación sea clara, precisa y circunstanciada y que el hecho atribuido sea típico. En caso contrario, el fiscal deberá corregirla oralmente en el acto.” No estima la Sala que el control de legalidad que ejerce el juez al verificar que los elementos de la acusación se encuentren completos y claros, afecte o vulnere su deber de objetividad e imparcialidad. El artículo 15 del Código Procesal Penal, dispone que “El tribunal o el fiscal que constate un defecto saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo [...]” Asimismo, el artículo 179 señala que: “Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.” Le corresponde al juez o tribunal ser un contralor del cumplimiento del principio de legalidad y del debido proceso en general, no sólo del imputado, sino de todas las partes del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política, lo que él debe es señalar el defecto, pero no le corresponde corregirlo, esa es función del fiscal, en consecuencia su imparcialidad en relación al caso no se puede ver afectada con esa exigencia legal. Por ende, se estima que, al menos en abstracto, esa labor de verificación que debe realizar el juez, no aparece adelanto de criterio alguno” (Sala Constitucional, Resolución N° 11100 – 2009)

Si bien la sala constitucional manifiesta que la imparcialidad del juez no se ve afectada por el señalamiento del defecto, lo cierto del caso es que no existe certeza absoluta de que el juzgador

no realice un adelantamiento de criterio al momento de realizar dicho acto. No existe garantía ni forma de determinar que el juzgador no cometa tal error, por el hecho de que en caso de que se produjese, este se dará en el pensamiento del juez, sin que fuese necesaria alguna manifestación externa del caso.

Por lo expresado anteriormente, resulta desacertado que la normativa haya concentrado en un mismo tribunal el pronunciamiento sobre esta prevención, así como también el posterior dictado de la sentencia. La consecuencia jurídica del haber dejado pasar por alto la posibilidad de un adelantamiento de criterio por parte del juzgador, por mínima que esta sea, representa una potencial pero grave violación al principio de imparcialidad, el derecho de defensa, y por tanto al debido proceso. Al respecto Monge Herrera resume:

“Sin embargo en la práctica, es obvio que el órgano jurisdiccional debe indicar con precisión cuál es el defecto que encuentra en la acción que intenta interponerse contra el acusado, para que la parte proponente sea capaz de corregirlo. No se dice en el artículo que el juez debe indicarle al fiscal lo que le corresponde corregir, pero en el caso concreto, al final es eso lo que sucede, y es exactamente ahí, donde se abre la posibilidad de que el funcionario o la funcionaria que juzga haga algún tipo de manifestación que implique adelanto de criterio y, por tanto, vulnere su imparcialidad y, con ello, el Derecho de Defensa de la persona acusada.” (2012, p.p 193-194)

Por otra parte, la consulta del Tribunal de Flagrancia ante la Sala Constitucional también plantea una violación al principio de inocencia. Por lo tanto, antes de referirse a tales inquietudes, es preciso referirse al principio de inocencia. Primeramente se debe señalar que el mismo se encuentra dentro de nuestra constitución política, de manera específica dentro del contenido de los artículos 20, 22, 37, 39 y 48:

ARTÍCULO 20.

Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava.

ARTÍCULO 22.

Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.

ARTÍCULO 37.

Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

ARTÍCULO 39.

A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

ARTÍCULO 48.

Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

Sumado a lo anteriormente expuesto, son destacables las diferentes formas en que el principio de inocencia se puede manifestar en la realidad. Por otra parte, cabe señalar que el principio de inocencia también se encuentra contenido de manera específica dentro de la legislación

penal costarricense. Lo anterior se localiza en el Código procesal Penal, concretamente en sus artículos 9 y 142:

ARTÍCULO 9.-Estado de inocencia

El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado. Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido. En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

ARTICULO 142.-Fundamentación

Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces.

Una vez conceptualizado el principio de inocencia, toca entrar en la consulta constitucional en cuestión, realizada por el Tribunal Penal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de San José ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la presunta violación al principio de inocencia por medio de la publicidad de la audiencia. Sobre esto, Monge Herrera señala lo siguiente:

“...gira en torno a la publicidad de la audiencia, la cual según el texto del artículo 428, abarca desde el inicio de la misma, y no solo la etapa de juicio, como sucede

en el procedimiento ordinario. Indica que, según los artículos 296 y 316 del Código Procesal Penal, las fases previas al debate son privadas, y que, a su criterio, ello busca proteger a la persona que está siendo investigada de la exposición a los medios de comunicación y la opinión pública durante dichas etapas. Indica que, en el trámite de flagrancia, serían, entonces, públicas “...las conversaciones o tratativas de la conciliación, suspensión del proceso a prueba y el abreviado, así como la petición de imposición de medidas”, inclusive.” (Monge Herrera, p.p 235)

Es decir, el tribunal consultante considera que existe un choque entre lo planteado por los artículos 296 y 316 del Código Procesal Penal, que establecen como privadas las fases previas a juicio, y lo establecido por el artículo 428 del mismo código, bajo el cual la audiencia inicial debe ser oral y publica. Ante esto, la sala constitucional se refirió al tema de forma extensa, desestimando lo afirmado por el consultante, ya que considera que no existe una violación al principio de inocencia producida por la naturaleza oral y publica de la audiencia, contestando lo siguiente:

“Sobre la publicidad de la audiencia. Inexistencia de violación al principio de inocencia. Afirma el Tribunal Consultante que los artículos 296 y 316 del Código Procesal Penal establecen que las fases previas al juicio oral y público, deben realizarse en forma privada, con el objetivo fundamental de no exponer a la persona imputada a la publicidad y que se le señale como autor de los hechos extrajudicialmente. No obstante, el artículo 428 dispone que una vez que el tribunal recibe la solicitud de audiencia por parte del Ministerio Público, inmediatamente se realizará la misma en forma oral y pública, lo que facilita la exposición del acusado, violentando su principio de inocencia. No llevan razón los Jueces Consultantes. El artículo 9 del Código Procesal Penal establece que el imputado debe ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme. Además, indica que hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido. Esto implica que el principio de inocencia sólo se afecta cuando un juez dicta una sentencia condenatoria. La exposición del imputado al público, en sentido estricto, no afecta su estado de inocencia aunque el público pueda formarse una falsa imagen del justiciable. La Constitución Política no garantiza al imputado el no ser expuesto públicamente, lo que prohíbe es ser presentado como culpable, antes de que un juez le haya declarado tal. La fase preparatoria del proceso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 295 del Código Procesal Penal, es privada para efectos de no perjudicar la investigación realizada por el Ministerio Público y para no causar un mayor perjuicio a las partes en el proceso. La audiencia preliminar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 del Código Procesal Penal, se realiza únicamente con la presencia de las partes. Sin embargo, el procedimiento de flagrancia tiene un carácter especial en virtud de sus particularidades y conforme señala el artículo 422

in fine, omite la etapa intermedia del proceso. Los hechos son conocidos en una sola audiencia dividida en dos partes: en la primera parte el fiscal expone oralmente la acusación, que consta de los hechos, la calificación legal y el ofrecimiento de prueba. Sobre la acusación, se otorga audiencia a la defensa que puede referirse a ella, además de ofrecer prueba. Inmediatamente se conoce de la aplicación de medidas alternativas y del procedimiento abreviado. Cuando no proceda la aplicación de ninguna de las medidas, se pasa a la segunda parte, que es propiamente el juicio. La prontitud con que se realizan ambas partes de la audiencia, hace que se pueda arribar rápidamente a una solución alternativa al proceso o a una sentencia que se pronuncie respecto de la existencia de los hechos y la participación del imputado en los mismos, con base en la prueba recibida, el respeto al principio de defensa y demás reglas del debido proceso. No se estima que el hecho de que el juicio sea oral y público, vulnere el principio de inocencia del imputado, pues más bien, lo que se pretende es establecer si existen elementos de prueba suficientes que posibilitem atribuirle responsabilidad penal. La publicidad cumple la función importantísima de controlar la labor de los jueces, como aspecto propio del debido proceso en un Estado democrático de derecho. En todo caso, si la publicidad en el caso concreto, ocasiona algún perjuicio en particular, ya sea al imputado o a alguna de las partes en el proceso, el tribunal tiene la facultad de realizar el juicio en forma total o parcialmente privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 del Código Procesal Penal, así como de restringir la participación de los medios de comunicación.” (Sala Constitucional, Resolución N° 11100 – 2009)

Con base a la respuesta de la Sala Constitucional se puede resumir sus principales posturas con respecto al tema en cuestión. En primer lugar, considera la Sala Constitucional que el artículo 9 del Código Procesal Penal no permite que al imputado los medio de comunicación lo presenten como culpable con anterioridad al dictado de la sentencia, Con respecto a lo anterior, Monge Herrera opina:

“Vale decir entonces, que el denominar en la información de prensa a una persona como “sospechosa”, para efectos del procedimiento flagrante, no supone menor estigma o menor afectación a los derechos de la personalidad y el honor que esta ostenta. La garantía acerca de la inocencia de la persona procesada, y su correspondiente respeto por parte de la prensa, parece que no puede estar simplemente limitado a cambiar la “nomenclatura”, mientras que se exponen imágenes y manifestaciones verbales, no solo de quien no se ha considerado culpable todavía, sino también de las víctimas implicadas en un determinado caso y que, en los asuntos más sensibles, reciben una inevitable revictimización, a causa de esta intensa exposición pública que hacen los medios de comunicación de ellas y del asunto que es objeto de conocimiento en instancias jurisdiccionales.” (2012, p.p 239)

Por tanto, a pesar de la existencia del artículo 9 dentro del Código Procesal penal, esto no inhibe que exista la posibilidad de que se viole el principio de inocencia del imputado. Independientemente de que se utilice el término “sospechoso” en vez de culpable, no cambia la realidad de la afectación que recibe su imagen ante la publicidad que implica una audiencia oral y pública, lo que significa un etiquetamiento de los imputados en procesos de flagrancia, contrario al principio de inocencia.

En esta misma línea, sobre el presunto choque entre el artículo 428 y los artículos 295 y 316 del Código Procesal Penal, consideran que el carácter privado de la fase preparatoria no es para salvaguardar la privacidad del imputado, para que este no se vea señalado como culpable antes del dictado de sentencia, sino que tiene como objetivo el no perjudicar la investigación del ministerio público.

En lo referente al artículo 316 del Código Procesal Penal, sobre la etapa intermedia, considera la Sala Constitucional que no aplica para el procedimiento de flagrancia. Lo anterior debido a que se trata de un proceso con carácter especial, y que de conformidad con esto, y tal y como lo señala el artículo 422 del mismo código, se omite dicha etapa en este tipo de procesos, por tanto la publicidad está permitida.

Además, cierra su respuesta la sala constitucional afirmando que conforme lo dispuesto en el artículo 330 del código procesal penal, el tribunal puede restringir la publicidad, realizando el juicio de manera total o parcialmente privada. Lo anterior en el caso que el tribunal considere que la publicidad pueda perjudicar de alguna manera el proceso o a alguna de las partes del mismo, incluyendo el imputado. Retomando este y los puntos anteriormente expuestos, Monge Herrera expresa:

“Ciertamente, opera en el trámite de flagrancia una supresión de etapas –a la que ya se ha hecho alusión en el capítulo segundo. Sin embargo, parece que no puede perderse de vista la circunstancia de que, en la etapa previa contenida en dicho procedimiento especial, se mantiene la presencia una serie de actuaciones procesales idénticas a las que contempla la etapa intermedia en el ordinario, y que ellas forman parte de lo que el artículo 316 establece que debe realizarse en forma privada, es decir, con presencia únicamente de las partes involucradas. Entre estas actuaciones procesales, se rescatan las medidas alternativas, por

parecernos de absoluta trascendencia en lo que al curso del proceso se refiere, y por considerarlas bastante susceptibles de verse afectadas negativamente por esa publicidad de la audiencia.” (2012, p.p 240)

En este sentido, tal y como lo señala Herrera, si bien la Sala Constitucional menciona el carácter especial del procedimiento expedito para delitos flagrantes como motivo de que carezca de ciertas etapas que si estas presentes en un proceso ordinario, lo cierto del caso es que prevalecen la existencia de ciertos actos procesales. Tales actos se llevan a cabo en forma privada en un proceso ordinario.

Acerca de este argumento, cabe resaltar que en las medidas alternativas, tanto en la conciliación como en la suspensión del procedimiento a prueba, existen aspectos orientados a revestir de un carácter privado ambas actuaciones. Tal carácter se encuentra realizado en el proceso ordinario, pero no así sucede en lo que respecta al procedimiento de flagrancia. Sobre el respeto a la intimidad que deben poseer estas medidas, el Código Procesal Penal señala:

Suspensión del procedimiento a prueba

Artículo 25.- Procedencia

Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios.

No procederá la medida en los delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas. La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir, conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa.

Para otorgar el beneficio son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba.

En audiencia oral, el tribunal oirá sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido, así como al imputado, y resolverá de inmediato, salvo que difiera esa discusión para la audiencia preliminar. La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad.

La suspensión del procedimiento podrá solicitarse en cualquier momento, hasta antes de acordarse la apertura a juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión.

Cuando el plan de reparación del daño causado por el delito incorpore el servicio de utilidad pública, deberá observar las regulaciones del artículo 56 bis del Código Penal. (El resaltado no corresponde al original)

Artículo 36.- Conciliación

En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta Ley. Es requisito para la aplicación de la conciliación, cuando se trate de un delito de acción pública y sea procedente su aplicación, que durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptan conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados a que designen a un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando la conciliación se produzca, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito, podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliera, sin justa causa, las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará, como si no se hubiere conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o este se extinguiera sin que el imputado cumpla la obligación, aun por justa causa, el proceso continuará su marcha, sin que puedan aplicarse de nuevo las normas sobre la conciliación.

El tribunal no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervienen no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza; tampoco, en los delitos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad.

En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten, en forma expresa, la víctima o sus representantes legales.

El plazo de cinco años señalado en el primer párrafo del artículo 25, en los incisos j) y k) del artículo 30 y en este artículo, se computará a partir de la firmeza de la resolución que declare la extinción de la acción penal.

Los órganos jurisdiccionales que aprueben aplicar la suspensión del procedimiento a prueba, la reparación integral del daño o la conciliación, una vez firme la resolución, lo informarán al Registro Judicial, para su respectiva inscripción. El Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios con estas medidas. (El resaltado no corresponde al original)

Concentrando nuestra atención a lo resaltado, queda claro el carácter privado que se les imprime a las medidas alternativas, al menos en el proceso ordinario. En el caso de la suspensión del procedimiento a prueba se determina que se tratara en un tribunal donde estarán presentes solamente el fiscal, la víctima de domicilio conocido y por supuesto el imputado. En caso de que no se resolviese el tema en dicha audiencia, se continuara la discusión en la audiencia preliminar.

En la misma línea de la suspensión del procedimiento a prueba, y antes de pasar a la conciliación, se debe hacer mención también del riesgo que conlleva que las declaraciones del

imputado, si bien es cierto que de no concretarse la medida alternativa, no pueden considerarse una confesión, esto no impide la posibilidad de que debido a estas declaraciones pueda darse un adelantamiento de criterio por parte del juez.

En lo que corresponde al tema de la conciliación, tal carácter privado y respeto a la intimidad de las partes queda manifestado en la declaración de que los conciliadores deberán guardar secreto sobre las deliberaciones y discusiones de las partes a las que asistan. Es totalmente contradictorio entonces como para el procedimiento de flagrancia la conciliación debe ser oral y pública, cuando en el proceso ordinario se maneja con tal nivel de secretismo.

Por tanto, el procedimiento expedito para los delitos flagrantes presenta en sí mismo una dificultad para optar por la conciliación y otras medidas alternativas. En otras palabras, la lesión al principio de inocencia del imputado lo perjudica gravemente, ya que lo expone a la consecuencia fáctica que representa una mayor dificultad para el acceso a todo tipo de medidas alternativas, lo que lo pone en una posición de desigualdad frente al imputado de un proceso ordinario.

En cuanto a la afirmación de la Sala Constitucional de que el tribunal puede recurrir a utilizar el artículo 330 del código procesal penal para restringir la participación de los medios de comunicación durante la audiencia inicial del procedimiento expedito para delitos flagrantes, resulta cuestionable. Antes de revisar este punto, es conveniente atender a lo estipulado en el citado artículo:

Artículo 330.-Publicidad

El juicio será público. No obstante, el tribunal podrá resolver por auto fundado y aun de oficio, que se realice, total o parcialmente, en forma privada, cuando:

- a) Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes.

- b) Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia.

c) Peligro un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.

d) Esté previsto en una norma específica.

e) Se le reciba declaración a una persona menor de edad y el tribunal estime inconveniente la publicidad, en atención a su interés superior.

f) Se reciba el testimonio de víctimas y testigos de la trata de personas.

g) Se reciba el testimonio de víctimas o de testigos protegidos procesalmente.

Desaparecida la causa, ingresará nuevamente el público y quien presida la audiencia relatará brevemente lo sucedido, si el tribunal así lo dispone. El tribunal podrá imponerles a las partes que intervienen en el acto, el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron. De lo ocurrido se dejará constancia en el acta del debate.

Una vez revisado el artículo 330 que la Sala Constitucional propone como una solución, llaman la atención ciertos detalles. En primer lugar la aplicación de dicho artículo por parte de juez esta supedita a una cantidad limitada de cuestiones de fondo. Tales cuestiones normalmente se tratan en juicio, por lo que no serían aplicables a la audiencia inicial en el procedimiento de flagrancia.

Sumado a lo anterior, dichos supuestos tienen un carácter de excepcionalidad, tal como se declara en el encabezado del artículo. Tal característica constituye un impedimento en la práctica para su uso regular en la audiencia inicial de flagrancia. Por consiguiente, no puede considerarse al artículo 330 una solución razonable para los efectos negativos de la publicidad en esa etapa inicial de flagrancia.

De igual manera, siempre en relación con el principio de inocencia, se debe señalar el contenido del artículo 239 bis, inciso a, del Código Procesal Penal. Lo anterior en razón de que tales causales se incorporan producto de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás

intervenientes en el proceso penal. En este sentido, el artículo citado establece las siguientes causales para prisión preventiva:

Artículo 239 bis.- Otras causales de prisión preventiva

Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política :

a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.

c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

d) Se trate de delincuencia organizada.

(Así adicionado por el artículo 17 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervenientes en el Proceso Penal, N° 8720 de 4 de marzo de 2009)

La causal de prisión preventiva que establece la ley 8720 en el citado artículo violenta el principio de inocencia, ya que conlleva la imposición de la prisión preventiva ante un grupo de delitos. Esto va en contra del carácter de la medida cautelar, que debe utilizarse como medio de

garantizar la sujeción del imputado al proceso, por tanto debe mediar un análisis de las condiciones del imputado para determinar si es realmente necesaria.

La aplicación de manera prácticamente automática en los delitos contemplados en el inciso A del artículo 239 bis resulta discriminatoria y contraria al principio de inocencia. Se está utilizando la aparente notoriedad de un delito grave como justificante de lo que sería en la práctica la aplicación de una pena adelantada, no solo desnaturalizando el objetivo de la medida cautelar, sino también básicamente prejuzgando al imputado. Al respecto Monge Herrera expresa:

“El derecho a un juzgamiento apropiadamente ajustado a los principios procesales y derechos fundamentales de las personas, no está regido por la dificultad o sencillez que sea previsible para una investigación determinada, o por la facilidad con que sea posible acceder a la prueba para el caso concreto, del mismo modo en que la Resolución 1739 indica que no se distingue el principio de inocencia, según la gravedad del delito o de las pruebas en contra de que se disponga. Tan inocente es, según la Constitución, aquel que logra encubrir su falta de la mejor manera y durante largo tiempo, como quien por sus características personales o por las circunstancias, resulta descubierto en el acto. No distingue la Constitución al respecto, no plantea un principio de inocencia de inferior o distinta calidad para aquella persona que “todo el mundo piensa” que es responsable por el delito. El principio aplica para todos y todas por igual, del mismo modo, y se desvirtúa por las mismas vías. Ni siquiera la característica flagrante debería ser motivo para que se haga un uso de las medidas cautelares que, tal como se ha criticado con respecto a la prisión preventiva en el ordinario (al respecto, véase, entre otros, lo que indican Chinchilla & García, 2005, pp. 245-248), pero con mucha más razón acerca de las causales del 239 bis, inciso a), se convierta en una pena anticipada para quien es sospechoso o sospechosa de haber cometido delito.” (2012, p.p 245)

Recapitulando todo lo expuesto sobre el proceso de flagrancia creado por la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el proceso penal, queda evidenciado como tal procedimiento especial para delitos en flagrancia queda a deber en cuanto a las garantías procesales, al poder verse seriamente afectados elementos tan fundamentales dentro de un debido proceso como son la imparcialidad del juez y el principio de inocencia.

La ley Contra la Delincuencia Organizada

La ley Contra la Delincuencia Organizada, conocida también como ley 8754, comenzó a regir a partir del 24 de julio 2009 y representa otro instrumento de la política criminal costarricense para expandir su poder punitivo dentro del ámbito del derecho procesal penal. Lo anterior porque implica el establecimiento y aplicación de un procedimiento especial en los casos en que así lo determine la ley.

En esta misma línea, y tal y como se evaluara durante este parte del trabajo, este endurecimiento desproporcionado del poder punitivo del Estado se enmarca dentro de las características ideológicas del derecho penal del enemigo. Como primer punto, es conveniente referirse al concepto de delincuencia organizada que establece la ley contra la delincuencia organizada en su artículo 1:

ARTÍCULO 1.- Interpretación y aplicación

Entiéndese por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.

Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y los procedimientos judiciales de los casos de delitos de delincuencia organizada nacional y transnacional. Para todo lo no regulado por esta Ley se aplicarán el Código Penal, Ley N.º 4573; el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, y otras leyes concordantes.

Para todo el sistema penal, **delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.** (El resaltado no corresponde es al original)

La definición que proporciona la ley es por demás indeterminada en varios de sus diferentes aspectos. Primeramente, establece como delincuencia organizada a un grupo compuesto por dos o más personas que exista durante “cierto tiempo”, pero no se determina de ninguna forma un rango

de tiempo preciso por medio del cual establecer formalmente a un grupo como delincuencia organizada.

En esta misma línea, otro aspecto a destacar es que el citado artículo también menciona como requisito de la delincuencia organizada el que las personas deben actuar concertadamente con la finalidad de cometer uno o más delitos graves. Posteriormente en su último párrafo, la norma define como delito grave a aquel que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.

El problema que en la práctica plantea esta definición es que una gran cantidad de los delitos actualmente tipificados en el código califican dentro de los supuestos establecidos por la ley de delincuencia organizada, por lo que podrían ser considerados delitos graves. Esto conlleva el problema de una gran cantidad de delitos que podrían tramitarse tanto por la vía ordinaria como por el proceso establecido por esta ley. Sobre este punto, Morera Araya manifiesta:

“Respecto a lo anterior y a manera de ejemplo, un delito de robo simple con violencia en las personas, cometido por dos sujetos -máxime si en la práctica cuentan con antecedentes judiciales- y que acostumbran a realizar dicha actividad delictiva en forma conjunta, perfectamente podría encuadrar o pasar a considerarse como delincuencia organizada, si se determina la existencia de “cierto tiempo” en dicha actividad, término que a todas luces es bastante caprichoso y que puede dar pie a calificaciones arbitrarias de conductas que realmente no presentan la estructura formal del fenómeno “delincuencia organizada”, lo cual evidentemente rozaría con el principio de inocencia consagrado constitucionalmente. (2009, p.p 6)

En otras palabras, una gran mayoría de delitos tipificados en el Código Penal en la actualidad podrían entrar en los supuestos de la Ley de Delincuencia Organizada. Lo anterior resulta gravemente problemático ya que deja abierta la posibilidad al poder judicial de aplicar el proceso excepcional que establece esta ley de manera indiscriminada contra conductas que con anterioridad se tratarían dentro del proceso ordinario.

En síntesis, la ley 8754 ofrece una definición de delincuencia organizada excesivamente amplia e imprecisa, donde no quedan claramente delimitados sus alcances. La imprecisión con la que se redactó dicha ley tiene como objetivo el endurecimiento del poder punitivo ante ciertas conductas que posean sanciones de 4 años o más, al dejar en manos del juez la aplicación del procedimiento especial o del ordinario.

El punto anterior queda aún más claro cuando se realiza una comparación entre la normativa nacional con la definición de grupo delictivo organizado dada por la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, también conocida como la convención de Palermo, que es el principal referente internacional en la lucha contra el crimen organizado y fue firmada y ratificada por Costa Rica. Así, la convención de Palermo señala:

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Convención:

a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material

Como resulta evidente de lo anteriormente expuesto, existen algunas diferencias bastante significativas con respecto a la ley nacional. En primer lugar, la normativa interna disminuye el número de integrantes que configura una organización criminal, pasando de 3 integrantes a únicamente 2. Además, omite la finalidad lucrativa que establece el convenio internacional en su definición.

En definitiva, estos cambios han generado la imprecisión y ambigüedad en la definición de delincuencia organizada en la ley interna. Lo señalado conlleva una serie de efectos importantes en lo que respecta a la aplicación de la normativa. En este sentido, es evidente que mediante la ley 8754 el legislador tuvo como finalidad la expansión del poder punitivo del Estado. Al respecto, Peraza Stanford expresa:

“El cambio y supresión de esos elementos, respectivamente, amplían en forma exorbitante el margen de aplicación de la ley¹⁸³, sobre todo porque el número de integrantes y la finalidad de lucro son elementos objetivos que excluirían a muchos “grupos delincuenciales” de la aplicación de la L.C.D.O, ley que, como iremos viendo, significó el establecimiento de un proceso de excepción.” (2010, p.p 146)

Por consiguiente resulta evidente la intención detrás de tal cambio, que es incluir la mayor cantidad de conductas tipificadas posibles dentro del procedimiento especial que plantea la ley de delincuencia organizada. Tal procedimiento se caracteriza por una menor cantidad de garantías procesales para el imputado, en comparación con las ofrecidas para este durante un proceso ordinario. Al respecto de este procedimiento de carácter excepcional, la ley 8754 establece en sus artículo 2 y 4, lo siguiente:

ARTÍCULO 2.- Declaratoria de procedimiento especial

Cuando, durante el curso del proceso penal, el Ministerio Público constate que de acuerdo con las normas internacionales vigentes y la presente Ley, los hechos investigados califican como delincuencia organizada, solicitará ante el tribunal que esté actuando una declaratoria de aplicación de procedimiento especial. El procedimiento autorizado en esta Ley excluye la aplicación del procedimiento de tramitación compleja.

El tribunal resolverá motivadamente acogiendo o rechazando la petición del Ministerio Público. La resolución que favorezca la solicitud del Ministerio Público tendrá carácter declarativo. El tribunal adecuará los plazos; para ello, podrá modificar las resoluciones que estime necesario.

Declarado que los hechos investigados califican como delincuencia organizada, todos los plazos ordinarios fijados en el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, para la duración de la investigación preparatoria, se duplicarán

ARTÍCULO 4.- Prescripción de la acción penal

El término de prescripción de la acción penal, en los casos de delincuencia organizada, será de diez años contados a partir de la comisión del último delito y no podrá reducirse por ningún motivo.

Analizando lo expuesto por los artículos citados de la ley de Delincuencia Organizada, es posible observar ciertas particularidades. En primer lugar, la extensión del término de la prescripción de la acción penal, 10 años a partir de la comisión del último delito, tiene como efecto directo un gran aumento en el plazo de la investigación. Tal plazo no podrá reducirse por ningún motivo. En otras palabras, no aplica el artículo 33 del Código Procesal Penal:

Artículo 33.- Interrupción de los plazos de prescripción

Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo trasanterior se reducirán a la mitad para computarlos, a efectos de suspender o interrumpir la prescripción. Los plazos de prescripción se interrumpirán con lo siguiente:

- a) La comparecencia a rendir declaración indagatoria, en los delitos de acción pública.
- b) La presentación de la querrela, en los delitos de acción privada.
- c) La resolución que convoca a la audiencia preliminar.
- d) El señalamiento de la fecha para el debate.
- e) Cuando la realización del debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa, con el propósito de obstaculizar el desarrollo normal de aquel, según la declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada.
- f) El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme.

La interrupción de la prescripción opera, aun en el caso de que las resoluciones referidas en los incisos anteriores sean declaradas ineficaces o nulas posteriormente.

La autoridad judicial no podrá utilizar como causales de interrupción de la prescripción otras distintas de las establecidas en los incisos anteriores.

Es decir, dado que dentro de esta ley se consideran como graves a aquellos delitos que puedan ser sancionados con penas privativas de libertad igual o mayores a 4 años, en la práctica podría darse el caso que una investigación dure hasta 10 años, aun cuando el delito investigado sea sancionado solo con 4 años de prisión, ósea un plazo de investigación mayor al doble de la pena. Por tanto, resulta evidente la desproporción entre ambas variables.

Como se ha ido analizando, es notable la intención con la que fue redactada la ley Contra la Delincuencia Organizada, en el sentido de ser lo más restrictiva posible, por medio de la expansión del Ius Puniendi estatal. En esta misma línea, es importante también analizar los artículos 7 y 9 de la ley 8754, sobre la prisión preventiva, para ver las diferencias que se plantean con respecto al proceso ordinario:

ARTÍCULO 7.- Plazo de la prisión preventiva

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 257 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, el plazo originario de la prisión preventiva será hasta de veinticuatro meses.

ARTÍCULO 9.- Prórroga de la prisión preventiva.

A pedido del Ministerio Público, del querellante o del actor civil, el plazo originario de la prisión preventiva podrá ser prorrogado por el Tribunal de Apelación de Sentencia, hasta por doce meses más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el Tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Si se dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por doce meses más.

Vencidos dichos plazos, con la finalidad de asegurar la realización de un acto particular o del debate, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia, el Tribunal podrá disponer la conducción del imputado por la Fuerza Pública y la prisión preventiva; incluso, podrá variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas por el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

La Sala o el Tribunal de Apelación de Sentencia, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por doce meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

Atendiendo a lo señalado por los artículos expuestos anteriormente, se puede resumir que la prisión preventiva en casos de delincuencia organizada será hasta de veinticuatro meses, con la posibilidad de ser prorrogado hasta doce meses más a solicitud del ministerio público, querellante o del actor civil, ante el Tribunal de Casación. Posteriormente, si se dicta sentencia condenatoria se sumaran doce meses más. Finalmente, de darse reenvió la Sala o el Tribunal de Casación, excepcionalmente y de oficio, podrán realizar una última prórroga de hasta doce meses más.

Al contabilizar todos los plazos posibles para la prisión preventiva señalados en la ley de Delincuencia Organizada, se llega a la conclusión de un posible plazo máximo de 5 años de privación de libertad para el imputado. Lo anterior conlleva, al igual que en el caso del plazo de la prescripción de la acción penal, una desproporción desmedida para los propósitos establecidos para una medida cautelar como es la prisión preventiva. Sobre el objetivo de las medidas cautelares, la sala constitucional ha señalado:

En este punto cabe señalar que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido conteste en señalar que las medidas cautelares carecen de carácter sancionatorio, pues tienen como objeto asegurar el resultado del procedimiento (Sala Constitucional, Resolución N° 00571 – 2005)

Por consiguiente, es posible afirmar que las disposiciones de la ley Contra la Delincuencia Organizada en lo concerniente a la prisión preventiva no respeta su naturaleza fundamental como medida cautelar, cuyo objetivo es meramente procesal. El aumento del plazo máximo contemplado en el proceso ordinario, representa una utilización excesiva de esta figura, empleándola como una pena anticipada para el imputado, aun cuando no se ha demostrado su responsabilidad.

Continuando con los cambios procesales que implica la aplicación del procedimiento especial habilitado por la ley Contra la Delincuencia Organizada, se debe hacer mención del secreto de las investigaciones, o secreto sumarial. Al respecto, con el objetivo de analizar los cambios con respecto a la normativa aplicable a un proceso ordinario que señala el Código Procesal Penal en su artículo 296, se debe comparar este con el artículo 10 de la ley 8754:

ARTICULO 296.- Secreto de las actuaciones

Si el imputado no está privado de su libertad, el Ministerio Público podrá disponer, sólo una vez y mediante resolución fundada, el secreto total o parcial de las actuaciones, por un plazo que no podrá superar los diez días consecutivos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo podrá prorrogarse hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los nombrados, sus defensores o mandatarios podrán solicitar al tribunal del procedimiento preparatorio, que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva. A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá solicitar al juez que disponga realizarlo sin comunicación previa a las partes, las que serán informadas del resultado de la diligencia.

ARTÍCULO 10.- Secreto sumarial

Cuando por la dinámica de la investigación, un imputado esté en libertad **o algún sospechoso no haya sido detenido**, el Ministerio Público podrá disponer por resolución fundada, el secreto total o parcial de las actuaciones hasta por diez días consecutivos, siempre que la publicidad pueda entorpecer el descubrimiento de la verdad **o provocar la fuga de algún sospechoso. El plazo podrá extenderse hasta veinte días**, pero, en este caso, la defensa podrá solicitar al tribunal del procedimiento preparatorio que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva.

Esta facultad podrá ser ejercida solamente en dos oportunidades durante la investigación. En cada una de ellas el plazo será originario.

A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá solicitarle al juez que disponga realizarlo sin comunicación previa a las partes, las que serán informadas del resultado de la diligencia. (El resaltado no es del original)

Una vez realizada la comparación entre los artículos de las diferentes normas, se puede ver que los cambios incluyen un nuevo supuesto de aplicación, que el sospechoso no haya sido detenido, así como también una nueva finalidad, el evitar que el sospechoso se fugue. Esto conlleva una afectación al derecho de defensa del imputado, ya que el mismo queda condicionado a la no captura de un sospechoso en fuga.

Sumado a lo anterior, el plazo de prórroga para el secreto de las investigaciones se establece hasta por veinte días. De esta manera, tomando en cuenta las posibles prorrogas, mientras que en

el procedimiento ordinario el secreto de las investigaciones puede ser de un máximo de veinte días, en el procedimiento de excepción que establece la ley Contra la Delincuencia Organizada, este puede ser de hasta cincuenta días.

En este sentido, se debe considerar que tal aumento de dicho plazo resulta desproporcional, ya que coloca al imputado en un estado de indefensión excesivamente largo e injustificable. Dicha situación se da al no informar al imputado de los cargos a su nombre, en un momento procesal razonable, lo que afecta negativamente sus posibilidades reales de construir una defensa efectiva ante los cargos que se le imputan.

Posteriormente, es de importancia atender los artículos 15 y 16 de la ley en análisis, en el que se establecen los casos en los que se podrá hacer uso de la intervención de las comunicaciones en casos bajo el procedimiento especial de delincuencia organizada. Lo establecido en tal numeral representa una expansión de lo determinado por el código procesal penal. De manera específica, los artículos manifiestan lo siguiente:

ARTÍCULO 15.- Intervención de las comunicaciones

En todas las investigaciones emprendidas por el Ministerio Público por delincuencia organizada, el tribunal podrá ordenar, por resolución fundada, la intervención o la escucha de las comunicaciones entre presentes o por las vías epistolar, radial, telegráfica, telefónica, electrónica, satelital o por cualquier otro medio. El procedimiento para la intervención será el establecido por la Ley N.º 7425, Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. El tiempo de la intervención o de la escucha podrá ser hasta de doce meses, y podrá ser renovado por un período igual, previa autorización del juez.

ARTÍCULO 16.- Autorización para la intervención de las comunicaciones

Además de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N.º 7425, y la presente Ley, el juez podrá ordenar la intervención de las comunicaciones cuando involucre el esclarecimiento de los delitos siguientes:

- a) Secuestro extorsivo o toma de rehenes.

- b) Corrupción agravada.
- c) Explotación sexual en todas sus manifestaciones.
- d) Fabricación o producción de pornografía.
- e) Corrupción en el ejercicio de la función pública.
- f) Enriquecimiento ilícito.
- g) Casos de cohecho.
- h) Delitos patrimoniales cometidos en forma masiva, ya sea sucesiva o coetáneamente.
- i) Sustracciones bancarias vía telemática.
- j) Tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad y tráfico de personas menores de edad para adopción.
- k) Tráfico de personas para comercializar sus órganos, tráfico, introducción, exportación, comercialización o extracción ilícita de sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus componentes derivados.
- l) Homicidio calificado.
- m) Genocidio.
- n) Terrorismo o su financiamiento.

ñ) Delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado.

o) Legitimación de capitales que sean originados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de órganos, el tráfico de personas o la explotación sexual, o en cualquier otro delito grave.

p) Delitos de carácter internacional.

q) Todos los demás delitos considerados graves, según la legislación vigente.

Sobre este tema, es importante señalar que si bien el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones se encuentra protegido a nivel constitucional, específicamente en el artículo 24, de igual manera nuestra carta magna contempla la posibilidad de que este pueda verse limitado, pero esto solo podrá realizarse bajo un estricto carácter de confidencialidad. El artículo 24 establece de forma específica lo siguiente:

Artículo 24.

Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la Ley determinará en cuales casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial. La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los

diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. (El presente artículo ha sido reformado por ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996. La Gaceta No. 115 del 18 de junio de 1996.)

De esta manera, según lo señalado por la constitución, se le confiere a las intervenciones de las comunicaciones un carácter de excepcionalidad, utilizado como último recurso, en casos rigurosamente señalados. Los cambios introducidos por la ley 8754 atentan contra el tal espíritu constitucional de intervención mínima de las comunicaciones, ya que además de ampliarse de forma desproporcionada el ámbito de intervenciones, el inciso q del artículo 16 permite al juez solicitar la intervención de comunicaciones cuando se esté ante delitos graves, según la legislación vigente.

Este aspecto resulta problemático, debido a la amplitud e indeterminación de la definición de delincuencia organizada contenida en el artículo 1 de la ley 8754. Al tomar en cuenta lo que según dicho artículo se entiende por delitos graves, se vislumbra como el juez tendrá la facultad de emplear la intervención de comunicaciones en un gran número de conductas tipificadas, lo que va en contra de la naturaleza excepcional que establece la constitución para las intervenciones.

Retomando todo lo expuesto anteriormente sobre la ley Contra la Delincuencia Organizada, resulta altamente evidente lo imprecisa que es en cuanto a sus aspectos conceptuales, generando ambigüedad en exceso por tal carácter indeterminado. Además, presenta aspectos altamente cuestionables en cuanto a la proporcionalidad y razonabilidad de actos procesales, plazos y las sanciones que contempla el procedimiento especial.

Proyecto de ley de Extinción de Dominio

Una vez examinados dos estructuras propias del Derecho Penal del Enemigo, se pasara a ahondar en el actual proyecto de Ley Especial de Extinción de Dominio, presentado en el año 2015 y actualmente discutido en la Asamblea Legislativa en el expediente 19571. Si bien no es una ley actualmente aprobada y por tanto vigente, es relevante evaluarla en virtud de su carácter representativo de la tendencia a futuro del derecho penal nacional.

Mediante este proyecto de ley se pretende continuar la guerra contra el crimen organizado, en la misma línea ya establecida por la ley Contra la Delincuencia Organizada. Se pretende por medio de esta ley la afectación de su patrimonio, sin la necesidad de que se realice un proceso penal. De esta manera, los artículos 1 y 2 de este proyecto de ley establecen sobre su objeto de acción y alcances, lo siguiente:

ARTÍCULO 1.-Objeto de esta ley

Esta ley tiene como objeto la constitución del derecho de la extinción de dominio de actividades ilícitas relacionadas, en sentido estricto, con actividades de narcotráfico, legitimación de capitales, tráfico ilícito de armas y explosivos, terrorismo y su financiamiento, trata de personas, explotación sexual, tráfico ilícito de migrantes o tráfico ilícito de órganos. Se regula el procedimiento jurisdiccional, los supuestos en los cuales procede, las reglas de administración y disposición de todos los bienes de extinción de dominio.

ARTÍCULO 2.-Concepto de Extinción de Dominio.

La extinción de dominio consiste en la constitución de titularidad en favor del Estado de todos aquellos bienes y derechos, adquiridos sin causa lícita aparente, como consecuencia patrimonial de actividades ilícitas de los afectados, relacionadas, en sentido estricto, con actividades de narcotráfico, legitimación de capitales, tráfico ilícito de armas y explosivos, terrorismo y su financiamiento, trata de personas, explotación sexual, tráfico ilícito de migrantes o tráfico ilícito de órganos. La acción de extinción de dominio es un proceso jurisdiccional autónomo, de naturaleza real con contenido patrimonial, determinado por sentencia judicial previa, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

Conforme a lo expuesto anteriormente, además de la conceptualización de en qué consiste la extinción del dominio, también se citan las actividades ilícitas que pueden originar la aplicación de esta medida. Como resulta evidente, se busca la persecución de los capitales obtenidos a base de delitos a gran escala, que en la práctica son mayoritariamente realizables por grandes grupos de crimen organizado.

En este sentido, el proyecto de ley de Extinción de Dominio se plantea como un nuevo medio de combate a la delincuencia organizada para Costa Rica, mediante la afectación y limitación de su ámbito de acción. Por otra parte, en los artículos citados también se hace mención de los supuestos bajo los cuales procedería la ley. Al respecto, en su artículo 117 el proyecto señala lo siguiente:

ARTÍCULO 21. Causales de extinción de dominio

La extinción de dominio procederá cuando se acrediten una o varias de las siguientes causales:

1. Bienes que sean producto, directo o indirecto, de actividades ilícitas descritas en esta ley.
2. Bienes que sean instrumentos y/o medios de actividades ilícitas descritas en esta ley.
3. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas descritas en esta ley, salvo que la ley disponga su destrucción o que deban ser entregados a las víctimas de un delito para efectos de su reparación o restablecimiento de derecho.
4. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas descritas en esta ley.
5. Bienes de origen lícito, utilizados material o jurídicamente, para ocultar bienes, provenientes de actividades ilícitas descritas en esta ley.
6. Bienes de origen lícito mezclados material o jurídicamente con bienes procedentes de actividades ilícitas descritas en esta ley. En el caso de personas

jurídicas, si lo ilícito es el aporte de uno o varios socios, la extinción de dominio procederá contra esa parte accionaria sin afectar la operación.

7. Bienes que constituyan un incremento de capital sin causa lícita aparente, cuando existan pruebas que a criterio del juez determinen que no se tiene por acreditada la licitud del crecimiento patrimonial.

8. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes descritos en las anteriores causales.

9. Bienes muebles e inmuebles declarados en estado de abandono, que se encuentren inscritos a nombre del afectado, sobre los que no se demuestre origen lícito, o que fueron instrumentos o medios de actividades ilícitas descritas en esta ley.

10. Bienes y derechos ubicados en Costa Rica, vinculados a una persona condenada en otro país por actividades ilícitas descritas en esta ley, que hayan sucedido en el extranjero.

Por otra parte, en los primeros artículos del proyecto de ley de Extinción de Dominio, también se establece un proceso jurisdiccional de carácter autónomo y naturaleza independiente, para que se encargue de su aplicación. Lo anterior significa que no se requeriría sentencia judicial previa para aplicarse. Así mismo, tampoco sería necesario el estar ligada a la persecución penal. Para llevar esto a cabo, se pretende la creación de una nueva jurisdicción. Al respecto el proyecto de ley señala:

ARTÍCULO 31.-Jurisdicción de extinción de dominio

Se crea la jurisdicción de extinción de dominio, que estará integrada por el juzgado de garantías, el juzgado de conocimiento de extinción de dominio, y el tribunal de apelación de extinción de dominio. A la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se le asignará la Casación en procesos de extinción de dominio.

En esta misma línea, la creación de este procedimiento especial pretende tutelar los derechos de las personas afectadas y la custodia de su patrimonio. De igual manera, se prevé la instauración de un recurso de apelación para la extinción de dominio, así como también la posibilidad de recurrir a Casación. Ha manera detallada, el proyecto de ley pretende la realización de un procedimiento especial para estos casos:

ARTÍCULO 62.-Fases del procedimiento

El procedimiento para la acción de extinción de dominio se desarrolla en dos fases:

1. Fase investigativa: Es la fase del procedimiento que tiene por objeto identificar, ubicar y asegurar los bienes, recabar la prueba con el fin de acreditar su vinculación a los presupuestos de las causales de extinción de dominio previstas en esta ley. Esta fase inicia con la investigación de la causal de extinción de dominio, según los criterios de selección y priorización establecidos por el Ministerio Público, que tendrá la dirección de la investigación, podrá determinar si procede la acción de extinción de dominio y elevar la solicitud de admisibilidad al juez de garantías. . El control jurisdiccional de esta fase estará a cargo del juzgado de garantías en extinción de dominio, que será el encargado de resolver la admisibilidad o el archivo de la causa, así como la firmeza de las medidas de aseguramiento en el plazo determinado en esta ley.

2. Fase de Juzgamiento: Es la fase del procedimiento que tiene por objeto dictar una decisión judicial definitiva, que declare formalmente la extinción de dominio o su improcedencia en el caso concreto. Esta fase inicia con el señalamiento para el debate oral y público y finaliza con el dictado de la sentencia y el traslado de la causa para la fase recursiva. Esta fase estará bajo la dirección del Juez de Conocimiento en extinción de dominio, el cual tomará la decisión que corresponda después de un juicio oral, público, contradictorio, con igualdad de derechos y oportunidades para las partes y con plenitud de las garantías para cada una de ellas. El juicio será público, salvo que el Juez de Conocimiento de extinción de dominio decreta privada alguna audiencia, donde se conozca de un derecho por el que deba existir reserva de la información, por su importancia comercial, industrial o de Estado. Finalizada la limitación, se reabrirá el debate al público

De esta manera, se le otorga la dirección de la investigación al Ministerio Público, para que investigue los casos en los que pudiese existir un incremento injustificado de patrimonio, mediante alguna de las causales contempladas por el proyecto de ley. Por otra parte, el citado proyecto de ley ha abierto un debate nacional acerca de su aprobación lo mismo que se ha visto reflejado en su larga estadía en la corriente legislativa.

En este sentido, los medios de comunicación han aportado opinión de diferentes jerarcas y académicos en torno al tema del Proyecto de ley de Extinción de Dominio. La prensa es un vehículo necesario que permite comunicar un acontecimiento que contribuye a que la opinión pública pueda conocer el objeto de discusión, debatir y formase un criterio. Por tanto la presente sección del trabajo abordara la temática desde esta óptica particular, haciendo hincapié en las principales críticas y señalamientos que se le hacen al proyecto.

Autores como Lance (2012, 62) certeramente recopilan lo expuesto por McLuhan, al señalar que el *medio es el mensaje* y en este contexto tan particular la prensa costarricense ha hecho esfuerzos significativos para debatir el Proyecto de ley de Extinción de Dominio. De esta manera, se ha buscado brindarle al público en la proximidad del momento criterios de expertos para ahondar en el tema.

En la globalidad que abarca extrapolar un tema de difícil comprensión para el público, el aporte de los medios de comunicación contribuye a que se no solo se conozca, sino que se realice un debate abierto acerca del tema en cuestión. Razón por la cual se estima necesario conocer los aportes de algunos medios digitales y sus noticias que giran alrededor del proyecto de ley de extinción de dominio.

Con el titular *Juristas ven con preocupación proyecto de ley sobre extinción de dominio*, la Universidad de Costa Rica, a través de la Coordinadora de la Maestría en Ciencias Penales de tal universidad, Rosaura Chinchilla Calderón, expone los criterios de expertos en la materia que señalaron su oposición a la citado proyecto. En este contexto la jurista Patricia Vargas González señaló:

“... que la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000) y la Convención contra la corrupción (Mérida, 2003), aluden a la necesidad de que los Estados revitalicen el comiso y que si bien allí se posibilita invertir de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes, se

establece claramente que eso solo es posible si no contraviene los principios que sustentan los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado. En el caso nacional, se estimó que sí hay lesión al Ordenamiento Jurídico constitucional y convencional con el mecanismo propuesto.”

Además de Vargas González, colegas de la misma casa de enseñanza de educación superior y juristas como Francisco Castillo González, los catedráticos de la Facultad de Derecho, Alfredo Chirino Sánchez, Erick Gatgens Gómez, Javier Llobet Rodríguez, José Manuel Arroyo Gutiérrez y Álvaro Burgos Mata, entre otros mostraron oposición al proyecto. Al respecto, la nota lo manifiesta:

“la actual regulación quebranta el principio de inocencia al invertir la carga de la prueba e incluir una presunción en contra del afectado; lesiona los derechos de abstención y de defensa, toda vez que si el afectado no justifica su patrimonio, su silencio implica aceptar que sus activos proceden de una actividad ilícita y también conculcaría el principio acusatorio pues, tras el proceso de extinción, puede terminar afirmándose que alguien se ha visto involucrado en actividades ilícitas que no han sido concretadas en la vía judicial. Asimismo se rozaría el principio de cosa juzgada material, en tanto no se establecen límites a los alcances de este procedimiento respecto a sentencias penales que ordenen devolver bienes.”

En esta misma línea el titular de la Republica.net, *Ley de extinción de dominio un proyecto de ley peligroso*, escrito por Emilio Bruce, expone la importancia de que la sociedad conozca el proyecto e invita a una profunda meditación acerca de éste. Además, el comunicador señala en la nota periodística su gran preocupación acerca de la posible promulgación de la ley y los efectos que esto implique.

En base a lo anterior, el escritor elabora un recuento de los artículos en donde se vislumbra acciones contrarias a este. Esto en base a que este proyecto de ley va en contra de aspectos que son fundamentales en la normativa nacional costarricense. Es ese mismo sentido, se tiene como ejemplo a la Constitución Política de la República de Costa Rica, que señala en su artículo 45 que la propiedad privada es inviolable:

Artículo 45.

La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la

ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Por tanto, el despojo que de los bienes que buscar aplicar el Estado mediante la aplicación del procedimiento especial de extinción de dominio es totalmente incompatible con lo establecido por nuestra carta magna. Además escritor acota que el tratamiento de presunción de la inocencia contenido en los artículos 37, 38 y 39 de la Constitución Política. Los artículos manifiestan lo siguiente:

Artículo 37.

Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

Artículo 38.- Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deuda.

Artículo 39.

A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

Así mismo el comunicador recalca la importancia La Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” del 7 de mayo de 1981 que se encuentra jurídicamente por encima de la Constitución Política de Costa Rica. Esto al estar ratificada y firmada por el Estado costarricense. De esta forma señala, sobre la presunción de inocencia de los inculpados:

Artículo 8.- Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declarar culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Sobre la propiedad privada.

Finalmente, el reportero se remite nuevamente a lo señalado por el pacto de San José. En esta ocasión se remite específicamente a lo que el tratado internacional señala con respecto al Derecho a la Propiedad Privada. De manera específica el Artículo 21 del Convenio Internacional señala lo siguiente:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Con fecha 6 de Noviembre de 2018, el Semanario Universidad publicó: *Diputados quitan potencia a Ley de Extinción de Dominio: ICD preferiría que no se apruebe*. En esta nota el periodista Josué Alfaro expone las opiniones contrarias entre el diputado socialcristiano Pablo Heriberto Abarca, otros parlamentarios y Guillermo Araya, jefera del Instituto Costarricense de Drogas (ICD) en torno a cambios que se realizaron al proyecto de ley.

El comunicador en la misiva periodística señaló que el diputado socialcristiano relató que “el espíritu inicial del proyecto”, desde su punto de vista “era para combatir crimen organizado y narcotráfico. A pesar de que la propuesta dejó por fuera delitos como una visión más generalizada del lavado de dinero y del crimen organizado, así como las conductas relacionadas con el contrabando.

Contrario a las opiniones del diputado, el director de la ICD indicó que “la nueva versión de la ley desvirtuó completamente el objetivo de ésta, que buscaba “un enfoque integral” con una norma de enfoque sistémico que no se podía mutilar.” Según, Araya, con esta iniciativa “estaríamos diciéndole a los costarricenses que tenemos una Ley de Extinción de Dominio, pero que realmente no cumple toda la naturaleza del objeto de la ley”. La retórica de la nota incluye además las posturas del abogado y diputado Víctor Morales Mora, quien votó en contra del cambio y que no apoyó el posterior dictamen de mayoría, y quien criticó la decisión de sus compañeros de comisión porque avalaron una “*visión restrictiva de la norma*”.

En esta línea, Morales Mora reafirma su apoyo al proyecto, manifestando que este “es importante como una herramienta o instrumento absolutamente necesario en la lucha contra el crimen organizado...la criminalidad, a favor de crear condiciones para la seguridad ciudadana”. El diputado sostiene que el proyecto no violenta el derecho de propiedad, como se ha venido diciendo, ya que existe dentro de la propuesta de ley un procedimiento que regula debidamente su uso. (Comunicación personal, 20 de marzo del 2019).

Desde otra perspectiva, el también abogado y diputado Erwen Yanan Masís Castro manifiesta lo siguiente:

“...Representa una amenaza para la protección de los bienes de los costarricenses, es un proyecto planteado muy agresivo, que pretende, entre otras cosas, invertir la carga de la prueba, y además establece un mecanismo muy fácil para que cualquiera a través de una denuncia pueda, digamos, dinamizar por medio del gobierno que cualquier persona pueda perder un bien mueble, un bien inmueble o incluso embargarle sus cuentas por una simple denuncia.” (Comunicación personal, 20 de marzo del 2019.)

Además Masis Castro, considera que debe pasar por una serie de revisiones, antes de que pueda ser aprobado por la asamblea legislativa.

La nota también hace alusión al presidente de la comisión que lidera el proyecto, el liberacionista Gustavo Viales, quien defendió esta propuesta y quien indicó “no se le estaban quitando herramientas ni dientes al proyecto de ley” y defendió la exclusión de los delitos de carácter fiscal, como el contrabando.

Por otra parte, en el medio el Mundo.cr, en su primicia *Diputados aprueban propuesta de ley sobre extinción de dominio*, los diputados de la Comisión Especial Sobre Extinción de Dominio se expresaron sobre el tema, dictaminando de forma afirmativa el proyecto de ley N°19.571, “Ley Especial de Extinción de Dominio”. De esta manera, mediante el medio de comunicación manifestaron lo siguiente:

“El proyecto tiene como objetivo regular la extinción de dominio sobre bienes, provenientes de actividades ilícitas, tales como, con actividades de narcotráfico, legitimación de capitales, tráfico ilícito de armas y explosivos, terrorismo y su financiamiento, trata de personas, explotación sexual, tráfico ilícito de migrantes o tráfico ilícito de órganos. Además la propuesta de ley es una herramienta que viene contribuir con las autoridades judiciales, para combatir el crimen organizado y el capital ilícito, y tendrá un papel fundamental en la desarticulación de organizaciones y redes criminales que desarrollan actividades vinculadas al crimen organizado.”

La nota no rescata opiniones de personas vinculadas a la Asamblea Legislativa, ni tampoco de los Poderes Judiciales, y pero si deja claro su postura contraria al proyecto.

De tal forma, el periodista Douglas Marín, EFE y El País.cr en su artículo *Legislativo enfrenta críticas de poderes Ejecutivo y Judicial por Ley de Extinción de Dominio*, confirma en su nota la clara oposición al proyecto a través de los criterios y oposiciones a este por parte de la Fiscalía General, el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), el estatal Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD) y del Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Justicia.

Recopila las apreciaciones del director del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), Walter Espinoza, en relación con el texto dictaminado “delimita la aplicación de la ley” a básicamente narcotráfico, legitimación de capitales, tráfico de armas, terrorismo, trata de personas, explotación sexual, tráfico ilícito de migrantes y tráfico de órganos”. También retoma las observaciones que al respecto hace la ministra de Justicia y Paz, Marcia González quien opuesta al proyecto de ley considera que:

Excluir delitos como la corrupción, el enriquecimiento ilícito y el contrabando del proyecto para la extinción de dominio es debilitar esta reforma legal...se debilita la norma mediante la eliminación de ciertos delitos. El tema de la lucha contra la corrupción es una prioridad en las políticas del Poder Ejecutivo.

El 18 de enero del año en curso, Emilio Bruce de la República.net relata en el artículo de su autoría *El proyecto de Ley de Extinción de Dominio —un riesgo para todos los ciudadanos de Costa Rica*, reitera su posición con respecto al tema señalando: “Esta ley pone en riesgo y vulnera las principales instituciones del Estado de derecho costarricense, garante de todas nuestras pertenencias, de nuestra seguridad jurídica, de nuestra inocencia y de la carga de la prueba misma”. Así mismo el autor manifiesta que el artículo 21 del proyecto de ley de Extinción de Dominio señala:

La acción de extinción de dominio es de carácter real, jurisdiccional, independiente, autónoma, de contenido patrimonial, y recaerá sobre el bien sin importar quien lo ostente en cualquier momento, y se demuestre que existe una probabilidad concreta de que dicho bien sea originado o destinado a una actividad ilícita o criminal”.

Claramente, expone el autor que: “Si se procede ante la “probabilidad” y no la seguridad jurídica, se está acabando con la seguridad misma ya que la probabilidad es un concepto que no la sostiene, no la define y no defiende la seguridad jurídica. Más aún, ¿cómo se define sin juicio y sin pruebas la probabilidad?”

Retomando las informaciones de los diferentes medios digitales queda claro que hay una evidente oposición al proyecto por un sector de los diputados de la Asamblea Legislativa, tal es el caso de Víctor Morales Mora, así como de los jefes del Instituto Costarricense de Drogas, Organismo de Investigación Judicial, Ministerio de Justicia y Paz, académicos de la Universidad de Costa Rica, así como las opiniones de los medios de comunicación y sus reporteros como es el caso de Emilio Bruce, que observa que la Ley tiene sus vicios y debilidades y que de aprobarse habría una incidencia negativa que atentarían con los pilares del Estado de derecho.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Si bien el Derecho Penal del Enemigo tiene una serie de antecedentes históricos, es en las últimas décadas, ante la sensación de inseguridad que se viene percibiendo en el mundo, especialmente de los atentados el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia dentro de la política criminal de las naciones. Lo anterior con la intención de combatir la criminalidad a toda costa, sin importar el costo humano que pueda tener.

Ante el grave incremento percibido de la inseguridad en el país, el Derecho Penal Moderno en Costa Rica se ha convertido en un instrumento de una política criminal cada vez más represiva. En las últimas décadas se han visto dentro del país el surgimiento de varias estructuras o manifestaciones propias del Derecho Penal del Enemigo, que buscan expandir el ius puniendi estatal sin importar las consecuencias.

El procedimiento especial para delitos en flagrancia conlleva la peligrosa posibilidad de un adelanto de criterio por parte del tribunal al momento de realizar correcciones a la acusación. Aun si no existe una forma totalmente certera de determinar que esto ocurre, lo ideal en la práctica es que dicha corrección la llevara a cabo otro órgano jurisdiccional. Así mismo, que una misma instancia se encargue de imponer las medidas cautelares, conducir las medidas alternativas y finalmente dictar sentencia, representa una violación al principio de imparcialidad.

De igual manera, la forma en que la publicidad es regulada en el procedimiento especial de flagrancia constituye una lesión al principio de inocencia del imputado. Lo anterior en base a la forma en que se la audiencia completa es oral y publica, lo que tiene como consecuencia un etiquetamiento por parte de los medios de comunicación antes de que exista sentencia y las desventajas que implican el hacer públicas las negociaciones de las medidas alternativas. De esta manera se menoscaba el honor y la intimidad del imputado, así como tiene menos garantías procesales en comparación a un proceso ordinario.

Para que un delito sea tramitado dentro del procedimiento especial de flagrancia, además del carácter flagrante, requieren la solicitud por parte del fiscal general. Esto significa que el fiscal general decide en los casos en ha de aplicarse. En otras palabras, la ejecución del procedimiento especial estará supeditada a la política criminal del Estado costarricense, por medio del fiscal general, lo que implica el peligro de que se extienda de forma desmedida en caso de aplicarse un derecho penal represivo.

Existe una lesión al principio de igualdad en el procedimiento especial de flagrancia. Lo anterior en base a que los imputados sometidos en flagrancia no cuentan con las mismas garantías procesales que se le ofrecen a un imputado en un proceso ordinario. De esta manera, se utiliza la presunta notoriedad del delito flagrante como un agravante, acto que es absolutamente inconstitucional. Todas las vulneraciones a garantías procesales acotadas anteriormente en el procedimiento especial para delitos flagrantes, representa la carencia de un debido proceso durante el mismo.

La definición de delincuencia organizada que proporciona la ley contra la delincuencia organizada es demasiado amplia y ambigua. Tal indeterminación es propia del derecho penal del enemigo, al buscar expandir y aplicar la coacción penal en la mayor medida posible. Por tanto se da a propósito una carente tipicidad legal para que el juez, ejecutor de la política criminal, tenga mayor margen interpretativo de la misma.

Mediante la ley Contra la Delincuencia Organizada, se utiliza de manera desproporcionada e irracional la prisión preventiva. Por medio de esta, busca mantener al imputado privado de libertad la mayor parte del proceso, aun cuando no fuese requerido. Por tanto, se puede concluir que debido a formar parte de una organización criminal, se violenta violentando su derecho a la libertad y al principio de inocencia, abusando de una medida cautelar como es la prisión preventiva al desnaturalizarla y utilizándola como sanción anticipada. Se trata al imputado como enemigo al que es necesario neutralizar a cualquier costo.

La lucha contra la delincuencia organizada se utiliza para expandir las potestades del Estado, hasta el punto de violar el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, por la mera sospecha de formar parte de una organización delictiva, concepto que no está correctamente delimitado en la ley de lucha contra la delincuencia organizada, y por tanto se presta para interpretaciones abusivas. Mediante la lucha contra el enemigo de la delincuencia organizada, se

quebrantan los principios de legalidad, defensa, inocencia proporcionalidad y razonabilidad, y por tanto al debido proceso como un todo.

La lucha por la aprobación de un proyecto de ley como el de Extinción de Dominio representa la línea continuista de la expansión del poder punitivo estatal promulgado en la actual política criminal costarricense. La misma ha alcanzado alta relevancia mediática desde que el proyecto fuese presentado en el año 2015. Mediante la justificación de la persecución y combate efectivo de los enemigos del Estado, en este caso miembros del crimen organizado, se planea el relajamiento u omisión de garantías para el imputado, que es una de las principales características del derecho penal de enemigo.

Lo anterior en la porque pretende realizar modificaciones en el Sistema Penal nacional, que violentan derechos como el de la propiedad privada, y el principio de inocencia, al permitir el despojo de la propiedad privada sin sentencia previa, simplemente con una mera sospecha. Así mismo, se pretende revertir la carga de la prueba del Estado hacia el imputado. De esta manera se justifica el quebrantamiento de principios constitucionales en la lucha contra el enemigo.

Finalmente, resulta evidente la sistemática reducción de garantías del imputado como parte de la política criminal costarricense, cuando son partícipes de delitos a los que identifican como graves, o simplemente por su condición de miembros de una organización delictiva. Es así como resulta claramente evidente que en Costa Rica se ha estado migrando en las últimas décadas de un derecho penal de acto hacia un derecho penal de autor.

En este sentido, se caracteriza a un enemigo por sus características individuales, y no por los actos cometidos. Lo anterior es altamente peligroso para una sociedad democrática como la costarricense porque abre el portillo a futuro para justificar actuaciones cada vez más abusivas y arbitrarias de parte del Estado, violentando derechos fundamentales de los imputados, a los que ve como enemigos y no como personas. Todo lo anterior justificándolo bajo la premisa de que el bien justifica los medio.

Por tanto se concluye que estructuras propias del Derecho Penal del Enemigo, como las evaluadas durante el curso de esta investigación, no constituyen medios legítimos para salvaguardar la seguridad ciudadana. Lo anterior con fundamento a que no se está utilizando la sanción penal para reafirmar la vigencia de la norma, y por tanto la validez del Estado de Derecho,

sino que al hacerse la distinción entre ciudadanos y enemigos, y aplicarse el derecho penal del enemigo, el único objetivo de la sanción penal es la coacción y incoerción del sujeto señalado como enemigo.

Lo anterior a largo plazo termina más bien socavando los principios de un Estado de Derecho y restándole validez. En una república democrática liberal como es Costa Rica, la política criminal debe tener margen de acción, pero siempre debe respetar los principios constitucionales y derechos fundamentales existentes, porque de lo contrario se están generando políticas dentro de un derecho penal del enemigo que no responde a la finalidad preventiva general positiva que deben tener las normas.

Por consiguiente, la consecuencia más grave que puede tener la aplicación de una política criminal represiva, justificada en la aplicación de un derecho penal diferenciado para salvaguardar la seguridad de todos y protegernos del enemigo, es la pérdida de la sociedad en el Derecho Penal como instrumento regulador de los conflictos sociales.

En línea con lo anterior, si bien a corto plazo, un sector considerable de la sociedad podría justificar la ejecución de las estructuras del Derecho Penal del Enemigo, eventualmente resultara evidente ante la población la incompatibilidad de este con los principios liberales y derechos fundamentales que constituyen un Estado de Derecho. Lo anterior en base a que a largo plazo es insostenible tratar de revestir con legitimidad algo completamente ilegítimo.

De esta manera, la flexibilización del proceso penal liberal terminara generando la pérdida de fe de la sociedad hacia el derecho penal. Esto en base a que no es posible depositar la fe en un sistema sin legitimidad, que es capaz de violentar y contradecir los principios y finalidades que pregona defender. Esta pérdida de fe en el sistema provocara eventualmente que las penas no cumplan su finalidad de garantizar un comportamiento social conforme a derecho de parte de los ciudadanos, y por tanto no hará posible la existencia de una sociedad funcional.

En resumen, unas estructuras del derecho penal del enemigo, cuya única finalidad es neutralizar a los sujetos considerados enemigos a cualquier costo humano, es completamente ilegítimo como instrumento para garantizar la seguridad de los ciudadanos, ya que no es compatible con los principios que rigen un derecho penal democrático. A la larga, la implementación de tales estructuras solamente tendrá como efecto la pérdida de la estabilidad en el orden social.

Recomendaciones

La política criminal debe abordar a un fenómeno tan complejo como resulta el de la criminalidad, desde un enfoque más integral, basado en estudios serios. No se debe generar la política criminal como respuesta a la presión social en cuanto a la inseguridad o por intereses políticos de los partidos de turno, lo que a largo plazo conlleva mayor represión y la supresión de garantías.

En vez de la implementación de leyes cada vez más represivas, que violentan los derechos fundamentales y garantías procesales de los imputados, se debe buscar la implementación de normativa penal que presente soluciones más integrales en cuanto al abordaje del problema de la criminalidad en el país. Se deben considerar todos los factores que envuelven este fenómeno, como la carencia de educación y la situación económica.

A su vez se recomienda a los señores que conforman el Parlamento Legislativo estudiar minuciosamente acerca de los temas que la agenda legislativa comprende ya que se vislumbra un evidente desconocimiento de las normas del derecho en lo que respecta al tema en cuestión. Esto a pesar de las recomendaciones brindadas acerca del proyecto de ley por juristas, académicos y conocedores del tema.

Así mismo es pertinente informar a la ciudadanía acerca de este tema que evidentemente es complicado y que por lo general puede desvirtuarse la información si el mensaje no es claro y comprensible. Por consiguiente, los medios de comunicación deben ser objetivos a la hora de informar acerca del tema de la criminalidad.

Referencias Bibliográficas

Libros

Binder, A. (2014) **Introducción al Derecho Procesal Penal Tomo I. Editorial Jurídica Continental.** San José, Costa Rica.

Gadea Nieto, D. (2003) **El Sistema Procesal utilizado en Costa Rica: Sistema Mixto XII en Congreso Mundial de Derecho Procesal, vol. IV: Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación.** Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F

Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989) **Introducción a la Criminología y al Derecho penal.** Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España.

Hobbes, T. (S.F) **El Leviatán.** En: <https://freeditorial.com/es/books/leviatan/readonline>. Consultada el 10 de Octubre de 2018.

Jakobs, G. (1997) **Estudios de Derecho Penal.** UAM Ediciones, Civitas Ediciones, S. L. Madrid, España.

Jakobs, G. (2004) **La pena estatal: significado y finalidad.** En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_mazuelos/lecturas/pena_estatal_Jakobs.pdf. Consultada el: 15 de Noviembre de 2018.

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003) **Derecho Penal del Enemigo.** Civitas Ediciones, S. L. Madrid, España.

Jean-Jacques, R (1999) **El Contrato Social.** En: www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU_EL_CONTRATO_SOCIAL.PDF. Consultada el 10 de Octubre de 2018.

Lesch, H. (1999) **La función de la pena.** En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/3ciclo/teoria_pena_funcionalismo/material/dr_caro_jhon/1-Lesch. Consultada el 15 de Noviembre de 2018.

Portilla Contreras, G. (2007) **El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista.** Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España.

Roxin, C. (1976) **Problemas básicos del Derecho Penal.** Editorial Reus. Madrid, España

Séneca, L. (1986) **De la cólera.** Editorial Alianza. Madrid, España.

Revistas:

Acevedo Matamoros, M. (2014) **La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense.** Revista de ciencias Jurídicas, Número 103, 2004. Universidad de Costa Rica.

Bernate Ochoa, F. (2004). **La legitimidad del derecho penal. Estudios Socio-Jurídicos.** Volumen 6, Número 1, Junio 2004. Bogotá, Colombia. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000100002&lng=en&tlng=es.

Borja Jiménez, E. (2003) **Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin.** Anuario de derecho penal y ciencias penales. Volumen 56. Madrid, España. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217111>

Cabrera, S. (2009) **Teorías Absolutas de la Pena. Revista de análisis jurídico.** Año 1, Numero 3, Verano 2005. En: <https://cideargumentaciones.files.wordpress.com/2010/07/teorias-absolutas-de-la-pena-sandra-cabrera1.pdf>

Chan Mora, G. (2012) **¿Derecho penal del enemigo? aportes críticos acerca de un debate desenfocado.** Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. Universidad de Costa Rica.

Demetrio Crespo, E. (2009) **Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin**. Revista *Ámbito Jurídico*, Numero 66, Julio. 2009. Rio Grande, Brasil En: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6173

Durán Migliardi, M. (2010). **Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos: Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a Propósito del Neo-Retribucionismo y del Neo-Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual**. Revista de filosofía, Número 67, 2011. Santiago, Chile. En: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009

García Cavero, P. (2006) **Acerca de la Función de la Pena**. *Revista Jurídica*. Edición 21. Junio 2006. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. En: <https://www.revistajuridicaonline.com/edicion-21/>

Morera Araya, J. (2009) **La ley contra la delincuencia organizada. Un claro ejemplo de la peligrosa expansión del poder punitivo estatal**. Revista *IVSTITIA*, Año 23, Números 271-272, Julio-Agosto 2009. Universidad para la Cooperación Internacional. En: http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-03/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-3/La_Ley_contra_la_delincuencia_organizada.rtf.

Muñoz Conde, F. (2008) **¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?.** Revista penal, número 21, Enero 2008. Universidad de Huelva. En: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12023>

Núñez Leiva, J. (2009) **Un análisis abstracto del Derecho penal del enemigo a partir del constitucionalismo garantista y dignatario**. Revista *Política Criminal*, Volumen 4, Numero 8, Diciembre 2009. Universidad San Sebastián. En: <https://biblat.unam.mx/es/revista/politica-criminal/articulo/un-analisis-abstracto-del-derecho-penal-del-enemigo-a-partir-del-constitucionalismo-garantista-y-dignatario>

Orozco Solano, V (2009) **Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV. Montevideo, Uruguay.

Paz Mahecha, G. (2010) **¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?** Revista Papel Político, volumen 1, número. 1, Enero-Junio 2010. Pontificia Universidad Javeriana. En: <http://www.derechopenalenlared.com/libros/paz-mahecha-penal-enemigo.pdf>

Sánchez González, A. (2009) **Luhmann, Jakobs y el Derecho Penal del Enemigo.** Revista Crítica Jurídica, Numero 28, Julio/Diciembre 2009. Universidad Nacional Autónoma de México. En: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3418/3201>

Artículos:

Alfonso de Barreto, I. (2013) **Principios y desafíos del derecho penal de hoy: Teoría de la Pena.** Universidad de Salamanca. Asunción, Paraguay. En: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%c3%ada-de-la-pena.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2019.

Bonilla Leonardo, J. (2012) **Eficacia y constitucionalidad del derecho penal del enemigo.** En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_02.pdf. Consultado el 25 de enero de 2019.

Bruce. E. (2018). **Ley de extinción de dominio un proyecto de ley peligroso. La República. Net.** En: <https://www.larepublica.net/noticia/ley-de-extincion-de-dominio-un-proyecto-de-ley-peligroso>. Consultado el 25 de enero de 2019.

Chinchilla Calderón, R. (2017). **Juristas ven con preocupación proyecto de ley sobre extinción de dominio.** En: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2017/06/13/juristas-ven-con-preocupacion-proyecto-de-ley-sobre-extincion-de-dominio.html>. Consultado el 25 de enero de 2019.

Josué Alfaro (2018). **Diputados quitan potencia a Ley de Extinción de Dominio: ICD preferiría que no se apruebe. Semanario Universidad.** En: <https://semanariouniversidad.com/pais/diputados-quitan-potencia-a-ley-de-extincion-de-dominio-icd-preferiria-que-no-se-apruebe/>. Consultado el 25 de enero de 2019.

Strate Lance. (2012). **La tecnología, extensión y amputación del ser humano El medio y el mensaje de McLuhan**. En: https://www.infoamerica.org/icr/n07_08/strate.pdf. Consultado el 25 de enero de 2019.

Vélez Fernández, G. (2015) **La Imputación Objetiva: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas a partir de las Concepciones Funcionalistas de Roxin Y Jakobs**. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf. Consultado el 25 de enero de 2019.

Trabajos finales de graduación:

Afre Hernández, J. (2014) **Análisis Jurídico del Derecho Penal del enemigo en la política criminal del Estado de Guatemala**. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Bravo Peña, N. (2007) **Derecho Penal del Enemigo: ¿Evolución O Primitivismo del Derecho Penal? Concepto doctrinal y jurídico, individualización y características del sujeto al que se le denomina Enemigo**. Tesis para optar por optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Calderón Sánchez, E. (2012) **El discurso de la seguridad democrática en el metarrelato de la lucha global contra el terrorismo bajo la retórica del derecho penal del enemigo**. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia.

Cambroner Torres, M. (2014) **Derecho penitenciario del enemigo: Hacia un análisis político-criminal del sistema penitenciario costarricense**. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Gutiérrez Carro, A. (2009) **Una exploración genealógica de la guerra contra las drogas: Desentrañando el derecho penal del enemigo**. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Monge Herrera, V. (2012) **La constitucionalidad del procedimiento penal de flagrancia.** Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Ordóñez Nájera, G. (2015) **El Derecho penal y procesal penal del enemigo en la ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer de Guatemala.** Tesis para optar por el grado de doctorado en Derecho. Universidad Rafael Landívar.

Palacios Valencia, Y. (2014) **Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional: Práctica antagónico a la defensa de los derechos humanos.** Tesis para optar por el título de Doctora en derechos humanos y desarrollo. Universidad Pablo De Olavide De Sevilla.

Peraza Stanford, M. (2010) **Las Implicaciones de la Ley contra la Delincuencia Organizada, su fundamentación ideológica en las Políticas Criminales de la Actualidad.** Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Robles Trejo, L. (2015) **El Derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú.** Para optar por el título profesional de abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

Legislación

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Constitución Política de Costa Rica.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.

Expediente 19571. Proyecto de Ley Especial de Extinción de Dominio

Ley N° 8720. Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal.

Ley N° 8754. Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Sala Constitucional, Resolución N° 11100 – 2009

Sala constitucional Voto N.º 1739

Sala Constitucional, Resolución N° 00571 – 2005)

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Entrevistas

Erwen Yanan Masís, Abogado, Notario y Diputado. 20 de marzo del 2019.

Víctor Morales Mora, Abogado, Notario y Diputado. 20 de marzo del 2019