

Universidad para la Cooperación Internacional

Facultad de Derecho

Tesina para optar por el grado de Magíster en
Criminología con Énfasis en Seguridad Humana.

“El Simbolismo del Derecho Penal reflejado en la Ley
contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica”

Estudiante:

Melania Calderón Vindas

Costa Rica

2012

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN EJECUTIVO	iii
CAPÍTULO I	8
EL SIMBOLISMO DEL DERECHO PENAL	8
Sección I. Reflexiones Generales sobre el Simbolismo Penal.	8
Sección II. Influencia del Simbolismo del Derecho Penal en el discurso político y en el sistema penal.	17
Sección III. Populismo Punitivo en Costa Rica: El papel que juegan los medios de comunicación masiva en la creación del miedo en la población.	21
CAPÍTULO II	28
LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN COSTA RICA.....	28
Sección I. Antecedentes, conceptos y principales Tratados Internacionales.	28
SECCIÓN II. Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica: ¿Legislación de emergencia?	35
Sección III. Consideraciones respecto a los alcances de la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica	46
CAPÍTULO III.....	57
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.	57
Sección I. ¿Violaciones a derechos fundamentales?	57
Sección II. El derecho a la libertad en la Ley contra la Delincuencia Organizada. ..	71
Sección III. Afectaciones al derecho de defensa por la aplicación del secreto sumarial, el levantamiento del secreto bancario, la intervención de las comunicaciones y el anticipo jurisdiccional de prueba.	76
CONCLUSIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	97

RESUMEN EJECUTIVO

El simbolismo del derecho penal no es un tema nuevo, de hecho ha sido desarrollado por distintos autores, dentro de los cuales figura el alemán Winfried Hassemer, quien entre otras cosas, se ha dedicado al estudio de este fenómeno en Europa.

El simbolismo del derecho penal es una ideología por medio de la cual se asocia una serie de efectos simbólicos a la aplicación de la ley penal, sea por medio de leyes por las cuales se hacen declaraciones de valores, moral y compromiso. Lo anterior, a través del tiempo, ha desembocado en la redacción de leyes penales donde no se tutela bien jurídico alguno, en la creación de leyes procesales que vienen a agravar la situación de las personas sometidas a un proceso penal en calidad de imputados e inclusive en la lesión a sus derechos fundamentales.

A través de los medios de comunicación masiva, del discurso eficientista y del –a veces irresponsable– discurso político se ha hecho creer a la población que la represión penal es la única respuesta ante la criminalidad y bajo esta falsa concepción la misma población legitima al legislador para crear este tipo de leyes que, en lo que se analizará, se verá como menoscaban los derechos fundamentales de una de las partes en condición de vulnerabilidad dentro del proceso, de acuerdo con las Reglas de Brasilia.

Bajo la influencia del discurso de derecho penal máximo se crea inseguridad jurídica, el sistema penal se ha convertido en una máquina de condenas cuyas implicaciones no van más allá de estigmatización, etiquetar y excluir de la sociedad a las personas más vulnerables en razón de su posición socioeconómica, nacionalidad, y su posición cultural, por ser considerados un “riesgo” para el ciudadano “promedio”.

Es así como se planteó como objetivo general de este trabajo determinar como el simbolismo del derecho penal ha influido en el proceso creador de leyes, específicamente en la creación de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Como objetivos específicos se planteó precisar cuáles son las consecuencias que tiene el simbolismo penal en un Estado Democrático de Derecho, así como las implicaciones que tiene el mismo en la sociedad. Para ello es necesario determinar cuáles son las consecuencias del populismo punitivo en el proceso de creación de leyes y una vez realizadas las anteriores precisiones, se definirán las vulneraciones a los derechos fundamentales que se dan con la aplicación de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

La metodología utilizada en la elaboración de este trabajo para poder arribar a los resultados finales es expositiva y deductiva, de forma tal que se parte de conceptos generales para ir avanzando a temas más específicos y después de un estudio no solamente jurídico de la legislación bajo estudio, sino desde la perspectiva de la seguridad humana se amplía el estudio realizado para poder plasmar de manera clara las conclusiones.

Como resultados del presente trabajo se confirma que la Ley contra la Delincuencia Organizada se trata de una legislación simbólica creada a la luz de la “emergencia” social, pues se pretende erradicar un fenómeno tan complejo como la criminalidad organizada por medio de la prevención general negativa, es decir por medio de los efectos simbólicos que pueda tener determinada norma.

El concepto de delincuencia organizada que se plasma tanto en la ley bajo estudio como en instrumentos internacionales es bastante indeterminado, lo que crea una serie de dudas con respecto a los sujetos a quienes se les puede aplicar. Por otro lado, se logró determinar cómo el imputado sometido al proceso de delincuencia organizada se le violentan sus derechos fundamentales, entre ellos el de defensa, libertad, intimidad y justicia pronta y cumplida.

Resulta muy particular observar como en esta norma se plasman oraciones de carácter preventivo cuando la prevención debe estar a cargo de instituciones como la policía administrativa y en instituciones estatales para cubrir todas las áreas de la seguridad humana y con ello evitar la criminalidad; sin embargo a manera de ejemplo, con el levantamiento del secreto bancario, se pretende prevenir la comisión de delitos, sin embargo, en tesis de principio, debería ser este un proceso que se aplique cuando ya se cometió el mismo, no para prevenir futuros ilícitos pues se traslada entonces, la responsabilidad del Estado, a una ley por completo simbólica.

Solamente con un cambio en la cultura creada por el populismo punitivo, en la que se exalten los derechos humanos, así como las responsabilidades estatales, dentro de las que se encuentra la prevención, se podrá cambiar el paradigma actual a uno donde las leyes no tengan efectos simbólicos y donde sea el Estado, el encargado de prevenir el delito por medio de la creación y aplicación de adecuadas políticas criminales, enfocadas a enriquecer los aspectos de la seguridad humana.

INTRODUCCIÓN.

Desde épocas antiguas el Derecho Penal fue concebido como un derecho del particular frente al poder del Estado, sin embargo posteriormente se constituye como una herramienta estatal no de control social, sino de control jurídico penal, es decir, su función es meramente represiva, aunque no por ello se debe dejar de lado los principios básicos aplicables hoy día a esta materia tan especial.

A través del tiempo el modelo penal ha pasado por una serie de transiciones, desde el modelo inquisitivo al mixto y en la actualidad a un modelo de corte acusatorio que impera en la mayor parte de Latinoamérica. No obstante, debe aclararse que, de acuerdo con las prácticas actuales, en Costa Rica el hablar de un modelo de corte acusatorio es meramente nominal, aún cuando se puede indicar que en teoría es en este modelo dentro del cual se pueden identificar mayores garantías para las partes, desde la participación que se le da a la víctima, como el reconocimiento y garantías de las personas sometidas al proceso en carácter de imputados; a pesar de lo anterior, es lamentable observar como en la práctica se debe luchar por la aplicación de dichas garantías pues el populismo punitivo hace que el sistema penal se desnaturalice y se corrompa, perdiendo así su efectividad.

Es así como el simbolismo del derecho penal se ve reflejado en el discurso político actual que expone, desde una perspectiva que no va más allá que el derecho penal del enemigo, las propuestas que son consideradas como soluciones ante los problemas de la criminalidad. Todo lo anterior hace que el ciudadano promedio se haya acostumbrado a escuchar siempre lo mismo y genera que se legitime por parte de la ciudadanía la utilización indiscriminada de la violencia estatal, para resolver conflictos sociales que han sido desatendidos, como la pobreza, la falta de oportunidades, entre otros. Así las cosas, en la

actualidad el derecho penal del pobre está en su máximo apogeo, violentando los derechos de las poblaciones más vulnerables de la sociedad.

El discurso eficientista no es más que un reflejo de este simbolismo al que se hizo referencia líneas atrás y de acuerdo con el mismo, se han creado una serie de leyes que vienen a modificar sustancialmente el proceso penal y la situación de las personas sujetas al mismo, violentando principios básicos como el de justicia pronta y cumplida, libertad, integridad, publicidad, entre muchos otros que se desarrollarán a lo largo de esta tesina.

La Ley contra la Delincuencia Organizada nació en el seno del Poder Legislativo de Costa Rica y fue ratificada por el Ejecutivo el día veintidós de julio del año dos mil nueve. Dentro del expediente N°16 830 de la Asamblea Legislativa se hacen referencias a lo que se considera delincuencia organizada y delitos graves, así como la serie de temas que han sido incluidos dentro de dicha normativa, sin embargo la finalidad del presente análisis es determinar si esta ley se creó por las tendencias actuales marcadas por el simbolismo del derecho penal y si se vulneran los derechos de los imputados dentro de un proceso especial como el establecido en la ley 8754.

Realizadas las anteriores precisiones, es importante aclarar en este punto que dentro del presente trabajo se tratará una serie de conceptos relativos a la problemática que genera el simbolismo del derecho penal en la creación no solamente del discurso “político” actual, sino que concluye en la creación de normas de emergencia. Por ello es necesario tener claros los conceptos básicos sobre el derecho procesal penal, para lo cual el autor ALESSANDRO BARATTA (2004) hace aportes sumamente interesantes en su obra “Principios de Derecho Penal Mínimo”.

El Simbolismo del Derecho Penal ha sido tratado por diversos autores entre los cuales se destacan, entre otros, el alemán WINFRIED HASSEMER (1995), el italiano LUIGI FERRAJOLI (1995) y el español JUAN LUIS DIEZ RIPOLLES (2000), quienes a grandes rasgos han facilitado la comprensión de una concepción del simbolismo del derecho penal como la manera, ilegítima, en que el legislador utiliza el derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad, para crear miedos y simbolismos que lamentablemente están siendo utilizados en la actualidad como parte del discurso político criminal.

Esta situación es cada vez más común en un país como Costa Rica donde los mismos políticos utilizan el discurso del miedo, del derecho penal eficiente, ya no como una herramienta jurídico penal, sino de control social para manipular al ciudadano promedio, inclusive un autor como MOLINA (2008) ha tratado el fenómeno del discurso eficientista del derecho penal como “La McDonalización del Proceso Penal”.

Otro actor que contribuye a alimentar el miedo en la sociedad lo constituyen los medios de comunicación masiva, pues aunque transmiten información, lo cierto es que lo hacen de tal manera que confunden a la población, causando sentimientos de inseguridad, impunidad e incertidumbre, al respecto existe una serie de artículos de renombradas revistas, dentro de los cuales se destaca el artículo denominado “Los medios de Comunicación Masiva y el Populismo Punitivo” de NICOLELLA (2011)

Deben destacarse los postulados básicos del derecho penal en la creación de normas, en este caso dentro de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, siendo uno de los principales el principio de derecho penal mínimo o, en otras palabras, intervención mínima del derecho penal, para lo cual será de gran utilidad la postura del autor BARATTA (2004), pues en Costa Rica se aplican políticas de derecho penal máximo y se da una intromisión en todas las áreas de la vida del

ser humano, con lo cual pierde libertad y otra serie de derechos fundamentales, derechos que tanto esfuerzo han costado a la humanidad, tal como lo describe el profesor JAVIER LLOBET en sus distintas obras.

Otros autores exponen sobre las reformas que pretenden conjugar justicia con eficiencia, precisamente desarrollando el problema de las tendencias del eficientismo penal, todos estos temas: discurso, derecho penal del enemigo, derechos fundamentales, populismo punitivo, están íntimamente ligados y existe una serie de obras importantes al respecto, a manera de ejemplo *Diritto Penale del Nemico* del autor LUIGI FERRAJOLI (1995)

El Estado y sus políticas “criminales” juegan un papel determinante en estas formas de creación y aplicación de normas que, se considera, preliminarmente violentan derechos fundamentales. Para poder analizar los objetivos de la presente investigación será necesario tanto el análisis de las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, así como el punto de vista de autores como ROBERTO BERGALLI.

Ahora bien, la **problemática** que da pie al presente trabajo se puede sintetizar de la siguiente manera: ¿la creación de la ley contra la delincuencia organizada ha sido influenciada por las tendencias del simbolismo del derecho penal? Partiendo de la interrogante planteada se pueden realizar otras preguntas, que tratarán de responderse en el desarrollo del presente trabajo como por ejemplo:

¿Está el Estado confundiendo el control social con control jurídico penal a través de la aplicación de políticas de mano dura (derecho penal del enemigo) derivadas del populismo punitivo?

¿Por medio de este tipo de normativa de emergencia se violentan derechos fundamentales?

La **justificación** del análisis que se realizará se basa en el estudio del simbolismo dentro del derecho penal, pues el mismo ha llevado a que la población en general permita y, con ello, legitime la violencia estatal para contrarrestar los problemas de criminalidad, dejando de lado que la raíz del problema no es atacada en la actualidad. Es así como el actual discurso es un fiel reflejo de lo que es la utilización simbólica del derecho, siendo que por medio de la aplicación del derecho penal del enemigo se han creado leyes de emergencia que violentan los más elementales derechos fundamentales de las personas ligadas al proceso penal, por medio de una intervención penal máxima en todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos.

Así las cosas, el **objetivo general** de este trabajo será determinar cómo el simbolismo del derecho penal ha influido en la creación de normas como la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica.

De acuerdo con el objetivo planteado y para precisar un poco más cual será el norte de la investigación, se plantean los siguientes **objetivos específicos**:

1. Precisar las consecuencias que el simbolismo penal tiene en un Estado Democrático de Derecho.
2. Estudiar las implicaciones que tiene la visión simbólica del derecho penal en la sociedad.
3. Determinar las consecuencias del populismo punitivo en la creación de leyes de emergencia.
4. Definir las vulneraciones a los derechos fundamentales de la parte más débil dentro del proceso penal causadas por la aplicación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

En cuanto a la **metodología** que se utilizará dentro de la presente tesina, se ha de aclarar en primer lugar que se analiza un fenómeno del que se ha

hablando desde hace ya varios años, por lo cual se estudiará el mismo con relación a la creación y aplicación de una ley relativamente nueva en Costa Rica como lo es la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Siendo así las cosas, la metodología será expositiva y deductiva, es decir, iniciará con la definición de aspectos generales, para luego avanzar hasta puntos más específicos. En este caso debe analizarse el tema del Simbolismo del Derecho Penal para poder ir analizando su incidencia en la creación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, todo esto con el fin de poder dar respuesta a las interrogantes planteadas y con ello poder plasmar en el apartado de conclusiones si se confirma o bien se descarta la hipótesis planteada al inicio del estudio.

Para lo anterior, el enfoque de la investigación necesariamente deberá ser cuantitativo, con un razonamiento deductivo, de manera que se plasmarán los conceptos relativos a la utilización simbólica del derecho penal, se analizará la ley mencionada anteriormente, reglas internacionales como las de Brasilia, Convenios Internacionales, así como doctrina específica para poder cumplir con los objetivos planteados páginas atrás.

En el primer capítulo se tratarán los conceptos básicos sobre el derecho penal simbólico y sus principales características, así como la influencia de este fenómeno en el discurso político en Costa Rica y sus repercusiones respecto al proceso de creación de normas, siendo que para esto existe además gran intromisión de los medios de comunicación masiva.

En el segundo capítulo se expondrán los aspectos atinentes a la Ley contra la Delincuencia Organizada, los conceptos principales contenidos dentro de esta ley, así como los aspectos relativos a algunos tratados internacionales que existen al respecto, especialmente aquel que se genera en el seno de la Organización de

las Naciones Unidas. Con lo anterior y de acuerdo con los conceptos que se desarrollarán en el primer capítulo, se analizará si la ley anteriormente mencionada ha sido creada como una “ley de emergencia”, incluidos sus alcances.

Para finalizar, se desarrollará un tercer capítulo en donde la principal interrogante por contestar será si se violentan derechos fundamentales en aplicación de los conceptos y normas contenidas dentro de la legislación contra la delincuencia organizada en Costa Rica, tema que se considera de gran relevancia pues de acuerdo con el desarrollo del mismo podría confirmarse o bien rechazarse la hipótesis planteada en la presente investigación.

CAPÍTULO I

EL SIMBOLISMO DEL DERECHO PENAL

Sección I. Reflexiones Generales sobre el Simbolismo Penal.

Cuando se habla sobre el Simbolismo del Derecho Penal, se hace referencia a los efectos simbólicos o alegóricos que se generan a raíz de una concepción parcializada y en ocasiones sesgada unidireccionalmente, de esta herramienta de control jurídico penal. En la actualidad se trata de un fenómeno que ha tomado relevancia dentro de la sociedad y que puede ser visualizado tanto en el proceso de creación de normas, como en las tecnologías de la información y la forma en que esta se transmite.

A través de los años se han realizado una serie de reformas a las normas que regulan la materia penal en Costa Rica, es así como se pasó de un modelo de corte inquisitivo con el Código de Procedimientos Penales de 1973, a un modelo con características más cercanas al sistema acusatorio con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en 1998. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en la actualidad el derecho penal y el procesal penal sufren un resquebrajamiento en sus postulados básicos, pues poco a poco se está tendiendo a limitar las garantías de las personas sometidas a una persecución penal.

Es así como la sociedad en general se ha vuelto mucho más violenta¹ y ello repercute directamente en los efectos simbólicos del Derecho Penal. Ante la

¹ Hay que tomar en consideración que en la violencia social influyen muchos factores, de modo que no puede señalarse a un único culpable del recrudecimiento de la violencia.

omnipresencia de la violencia ninguna persona se encuentra segura y por ello es fundamental realizar un breve análisis al respecto desde dos aristas: desde la percepción social de la violencia y desde la violencia estatal frente al ciudadano.

Tal como lo hace ver el autor WINFRIED HASSEMER (1995) los hechos violentos ocupan nuestra capacidad de percepción social, es decir, son pocos hechos violentos a nivel mundial los que pasan desapercibidos, pues si los medios de comunicación masiva tienen una característica es el sensacionalismo con esta clase de informaciones que transmiten a la colectividad; es así como además de aprovechar cualquier pretexto para dramatizar dicha violencia, también se utiliza la misma como una herramienta política, sin embargo este tema se desarrollará más adelante.

Aunado a lo anteriormente mencionado debe comentarse que las informaciones que se transmiten en los medios de comunicación masiva resultan ser un indicador de mucha relevancia a la hora de estructurar una política criminal, aunque debe tomarse en cuenta que no se trata de reguladores objetivos pues se basan en el populismo punitivo y es en este punto donde entra en juego la segunda percepción de la violencia, es decir, la estatal.

Más adelante, en el acápite sobre el populismo punitivo, se profundizará sobre el tema, no obstante, es fundamental mencionar que es la información transmitida por los medios de comunicación, la que inicia con el proceso de “legitimación” de la violencia estatal, es decir, cada vez que se publican editoriales y se expresan opiniones (lo que en principio no corresponde al informador), se hace creer a la sociedad que se requiere una mayor persecución penal, que el sistema debe prácticamente volver a ser inquisitivo.

Además, se hace creer al ciudadano que la persona sospechosa no tiene derechos y así, lamentablemente, el Estado ha respondido por medio del Poder

Legislativo proponiendo reformas a las leyes, presentando proyectos que se basan en la creación irracional de nuevas figuras delictivas, limitando los derechos de las personas, entre muchas otras cosas más. Sin embargo, el punto queda claro, dado que el medio de comunicación vende una realidad inexistente y, a través de esa realidad creada, el Estado responde aplicando violencia contra las personas más vulnerables².

Así las cosas, la percepción de la violencia también tiene consecuencias con respecto a la actitud de la sociedad y sus acciones frente a posibles amenazas y por ello es cada vez más común escuchar clamores de mayor represión, lucha, eliminación contra los “enemigos” y, por medio de éstos, se crean grupos encargados de producir más violencia, al intentar hacer justicia por sus propias manos y es este punto donde inicia el problema del simbolismo, pues como señaló HASSEMER (2003: 52) refiriéndose a la sociedad:

*“...en su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como Carta Magna del delincuente, lo necesita como Carta Magna del Ciudadano, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia...”*³

Entonces el imputado se convierte en enemigo de la sociedad y por tanto el derecho penal es aplicado al mismo, en pocas palabras, se pasa de un modelo garantista a la aplicación de un modelo de intervención penal máxima, integrado por supuesto, por el derecho penal del enemigo.

² El Derecho Penal es el instrumento de protección del ciudadano frente al *ius puniendi*, sin embargo esta concepción está cambiando y ahora se le está concediendo –equivocadamente– una función de ingeniería social.

³ Derecho Penal JBC, <http://derechopenaljcb.blogspot.com/2012/06/winfried-hassemmer-la-violencia.html> (Consulta 30 de octubre, 2012)

Una vez ubicados dentro del marco del modelo de intervención penal máxima y concretamente en referencia con el derecho penal del enemigo, debe mencionarse que uno de los efectos simbólicos, al cual se tiene que hacer alusión, es la tergiversación del concepto de “prevención”, pues actualmente los medios de comunicación masiva y la clase política pretenden hacer ver a la población en general que el derecho penal tiene efectos preventivos, por ende, entre más altas sean las penas a imponer, menor será el índice de criminalidad; sin embargo es claro que la prevención se logrará en el tanto se creen políticas criminales adecuadas a la realidad que vive el país.

Ahora bien, es de rescatar que el Estado tiene poderes que deben ser limitados, específicamente en lo concerniente al derecho penal. Al respecto LARRAURI (1997: 123) realizó un análisis sobre el tema, indicando lo siguiente:

“Fundamentalmente el derecho penal sirve para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado. El argumento así varía, frente a un poder penal concentrado desregulado en manos del propio Estado (y no la imagen de la venganza privada), es mejor un poder sometido a garantías... Por ello, una estrategia alternativa, pero no excluyente, a la necesidad de regular, sometiendo a límites, consiste en reducir el poder punitivo del Estado. La concreción de esta posibilidad quizá sería posible abogando por un modelo de justicia restauradora, que vetase determinados tipos de penas como la prisión (por su carácter exclusivamente punitivo) y concediese un mayor protagonismo a la víctima (para juzgar y para determinar la respuesta). Este poder reducido debería ser, obviamente, sometido a garantías...”

A pesar de una posición tan interesante como la que expone la autora LARRAURI, lo cierto es que pareciera que el Estado no aplica tendencias

progresivas y lejos de dar protagonismo a la víctima, por medio de algunas reformas recientes se ha limitado la aplicación de medidas alternativas para la resolución de conflictos y se pretende la aplicación de una sanción sin sentido y sin contenido alguno, pues los centros carcelarios en Costa Rica no cuentan con la infraestructura ni el personal para dar un tratamiento integral a la persona condenada, es decir, se corre el riesgo que, al aplicar la pena solamente para segregar a determinadas poblaciones vulnerables de la sociedad, estas personas no interioricen el fin resocializador de la pena.

El temor a la amenaza, la percepción de la violencia y la política criminal son tres condiciones que afectan el pensamiento social en la actualidad; se vive en la sociedad del miedo, donde cualquier comportamiento puede ser tomado como una amenaza para los derechos de otra persona, pues los medios de comunicación masiva se han encargado de crear miedo en la sociedad. Resulta sumamente interesante el análisis del efecto del “establecimiento de la agenda” pues estos medios son capaces de influir en el pensamiento de las personas y de esta forma instalan los temas de conveniencia (o que les interesa) dentro de la opinión pública.

Si a nivel mediático se trataran todos los temas por igual y de manera objetiva no existiría problema, sin embargo se tratan solamente los temas que inciden directamente sobre el sentimiento de inseguridad de las personas, los mismos se transmiten por medio de imágenes, mensajes escritos y orales en los que se fomenta el miedo dentro de la sociedad, se promueve la desconfianza para con las autoridades judiciales y todo esto desemboca en varios entuertos, a saber:

- 1) Crece el sentimiento de inseguridad en la sociedad sin que necesariamente crezcan los índices delictivos.
- 2) Crece la desconfianza hacia las instancias judiciales.
- 3) Crece el populismo punitivo.

4) Crece la demanda de leyes de emergencia y la penalización de conductas que no vulneran bien jurídico alguno.

5) Las autoridades judiciales, en ocasiones, resuelven los casos que llegan a sus estrados de forma tal que tengan una repercusión mediática lo más parecida a los clamores populares o se sienten presionados por estos. Esto es lo que jocosamente se ha venido llamando en los corrillos judiciales: “resolver de acuerdo con el principio de conservación del puesto”.

En este mismo orden de ideas es importante destacar el concepto de eficientismo penal que es sobre el cual trabaja la política criminal, pues bajo esta concepción la intervención punitiva estatal se manifiesta en el plano simbólico, por ende, no se preocupa tanto por la realidad social y para ello recurre a la criminalización primaria y secundaria.

Ahora bien, según HASSEMER (1995: 23) existen algunas consecuencias de la aplicación simbólica del derecho penal, pues se deslegitimaría la idoneidad de esta herramienta de control jurídico penal. Sin embargo, lamentablemente esto es lo que está sucediendo en la actualidad nacional, tomando en cuenta las políticas de los gobiernos de los últimos años, en las que se puede identificar claramente el proceso de “*elaborating symbols*”⁴ (HASSEMER, 1995: 23) donde la prohibición, más que tratar de evitar que se cometa la conducta tipificada, tiene un contenido intrínseco de valores culturales y morales que simbolizan determinado estilo de vida, es decir, se penaliza a quien no pueda dirigirse conforme a los valores de mayoría; este proceso también se ejemplifica con algunas teorías, ya superadas por la criminología crítica como por ejemplo el *labelling approach* (etiquetamiento social).

⁴ Proceso de elaboración de símbolos.

Resulta sumamente relevante la clasificación de HASSEMER (1995) respecto a las leyes con efectos simbólicos, clasificación dentro de la cual no resulta una tarea muy compleja adecuar ciertas normas nacionales, a fin de ejemplificar lo que actualmente sucede con el proceso de creación de normas.

Así las cosas la normativa puede clasificarse en:

1. Leyes de declaración de valores: un ejemplo que encontramos en nuestro país son los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal, referidos todos al aborto.

2. Leyes con carácter de apelación moral: una manifestación clara es la Ley Forestal y en general el resto de leyes ambientales que más que un bien jurídico, pretenden formar conciencia ecológica en la sociedad. Si bien el artículo 50 de la Constitución Política contiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo cierto es que ese derecho no necesariamente debe ser protegido por medio de normas penales pues podría ser un aspecto administrativo donde la prevención debería ser lo primordial.

3. Respuestas ¿sustitutorias? del legislador: este tipo de legislación también es conocida como “leyes de emergencia”, es aquí donde se pueden situar muchas de las últimas normas creadas en la Asamblea Legislativa de Costa Rica ante la “crisis” a que hacen referencia los medios de comunicación masiva, a manera de ejemplo se puede citar Ley de Protección a Víctimas y Testigos y por supuesto la ley objeto de este trabajo, la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Se trata de leyes creadas a la luz del populismo punitivo exacerbado sobre todo por los medios de comunicación masiva y caracterizadas por la violación a los derechos humanos de la parte más vulnerable dentro del proceso penal, es decir el imputado.

4. Leyes de compromiso en las que se responde a la “necesidad de actuar” del Estado frente a las amenazas de los comportamientos tipificados en la normativa en general.

Más adelante se hará referencia a algunas otras manifestaciones del simbolismo penal en la Ley Contra la Delincuencia Organizada que, por su naturaleza, es violatoria de los más básicos derechos fundamentales, al ir en contra de la Constitución Política, La Declaración Americana sobre Derechos Humanos, Las Reglas de Brasilia, entre otras.

El efecto simbólico del derecho penal responde a algunos principios, como son la defensa del ordenamiento jurídico, la conservación de la confianza de la sociedad en el derecho, la invulnerabilidad del mismo y la protección del ordenamiento frente a ataques delictivos.

El simbolismo es un tema bastante amplio, donde además de las características anteriores, debe analizarse la pena como tal y sus fines. Es así como se puede afirmar que entre más sean los fines preventivos que se le otorgan a la misma, es más claro su contenido simbólico, es decir, en tanto se continúe analizando la pena como una prevención especial negativa, más alto será el grado de simbolismo del derecho penal como fidelidad al derecho.

HASSEMER es claro en cuanto a la utilización instrumental del Derecho Penal y sobre los fines preventivos que se le están dando en la actualidad con las políticas criminales imperantes.

“Transmisión de una vida fiel al derecho por medio de la utilización instrumental del Derecho Penal; esta es la característica de un Derecho Penal Contemporáneo desde que finalizó –si alguna vez hubo inicio- una fundamentalización absoluta de la pena... No se trata solamente de la aplicación instrumental del Derecho Penal y de la

justicia penal sino (tras ellos) de objetivos preventivos especiales y generales: transmitir al condenado un sentimiento de responsabilidad, proteger la conciencia moral colectiva y asentar el juicio social ético; se trata de una confirmación del derecho y de la observación de las leyes.” (HASSEMER, 1995: 28)

Debe tomarse en cuenta que sobre el simbolismo del derecho penal, HASSEMER (1995: 29) estableció una serie de presupuestos que son necesarios para que se presente este efecto, los cuales se verán de seguido:

1. Tiene sentido solo en una consideración del derecho penal orientado a las consecuencias: es decir, la sociedad únicamente analiza el derecho como las consecuencias que el mismo tiene, en palabras sencillas, en caso de resultar una sentencia absolutoria ese simbolismo cobra vida pues la sociedad se siente vulnerada e insegura sobre la efectividad del sistema penal. En este sentido (o en este orden), el castigo se torna relevante y hasta se consideran irrisorias las penas existentes en la actualidad. Contrario *sensu*, tal como lo indica Hassemer, quien analice el fondo del derecho penal en cada caso concreto, sin tomar en cuenta el tipo y monto de la pena, es decir, aplicación casuística, no puede entender la “gracia” del simbolismo.

2. No se apoya en elementos objetivos ni en las intenciones del legislador, es decir, el simbolismo se basa en las expectativas de la sociedad, no responde a los fines sino a las funciones de estas normas, precisamente por ello responde más a parámetros subjetivos. Por otro lado, si bien se puede recurrir al espíritu del legislador para la interpretación de normas, también es cierto que actualmente el mismo no pone de manifiesto esas intenciones.

3. Se trata de un concepto comparativo, se trata de la promulgación y ejecución de leyes con fines preventivos.

4. No es apropiado solo para denunciar las leyes sino su aplicación: las normas son dictadas para perseguir fines simbólicos expresando no sólo descripción de la norma, sino crítica a la misma.

Sección II. Influencia del Simbolismo del Derecho Penal en el discurso político y en el sistema penal.

Los primeros rasgos de las facultades punitivas estatales se manifestaron desde hace muchos años, sin embargo se trata de una herramienta de control jurídico penal del Estado que con el pasar del tiempo se ha ido tergiversando tanto en su aplicación como en su interpretación; de hecho el concepto de responsabilidad criminal inició una transformación que implicó la utilización de la peligrosidad social -tema que ha sido superado en la tesis de la criminología crítica– y la ampliación del derecho a castigar, es decir, la mutación penal ha generado una mayor intervención represiva por parte del Estado.

La naturaleza humana supone cierta conflictividad permanente y por ello, conforme aumenta la población y se vuelven más complejas las relaciones sociales, crece la necesidad de regular ciertos aspectos de la convivencia, sin embargo, estos aspectos no siempre coinciden con los comportamientos de mayoría y por ello han sido (mal)llamados “problemas sociales”, por lo que incluso puede hablarse de un fenómeno que se presenta a nivel mundial y que ha generado la creación de una serie de normas para neutralizar o eliminar a estos seres humanos.

Al respecto se ha indicado (MANZANOS advierte): *“Es necesaria una acumulación de conocimientos y una visión transdisciplinar con métodos históricos, cualitativos y cuantitativos, etnográficos, etcétera, sobre los diversos conflictos sociales para*

poder prever y afrontar los diversos tipos de conflictos (cotidianos, económicos, étnicos, nacionales, etcétera). Hasta ahora al conflicto se le había considerado una forma pequeña y excepcional de relación social, y hemos de considerarlo una parte intrínseca de la vida social. El conflicto no es producto de procesos de desviación, sino que las diversas formas de disentimiento, rebelión, represión, patologías sociales, etcétera, son expresiones de las formas de vida con las que estructuramos las relaciones humanas.” (MANZANOS, 2011: 19)

Es así como se evidencia la necesidad de realizar cambios estructurales en la sociedad por medio de las adecuadas políticas públicas⁵, que a su vez se enfoquen en prevenir los comportamientos que ya han sido tipificados por el legislador como comportamientos delictuales, en vez de abusar del poder punitivo estatal a través de la creación de normas de emergencia o bien, de normas que protegen bienes jurídicos tutelados ya por otras leyes o incluso mediante la creación de artículos tan ambiguos que modernamente se denominan delitos de peligro abstracto.

Al respecto DIEZ trata el tema de una forma muy interesante al referirse al tema del uso del derecho penal para crear efectos simbólicos en la sociedad.

“El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios.” (DIEZ, 2000)

⁵ La política criminal forma parte de las políticas públicas estatales.

Se evidencia entonces, en la actualidad nacional, que el sistema penal (principalmente el estático) es presionado por las autoridades políticas quienes por medio del poder legislativo pretenden la creación de una serie de normas que rozan con los más básicos principios del derecho, el ejemplo más sencillo se denota en la creación de tipos criminales donde no se identifica bien jurídico tutelado o bien la creación de tipos penales donde ni siquiera se requiere la vulneración de éste sino su simple puesta en peligro. Tal como lo hace ver ZAMBRANO (2006), el derecho penal es utilizado para solucionar los problemas sociales que podrían ser paleados por otros medios y de esta manera la clase política, por medio del discurso, le atribuye a la actividad punitiva del Estado, poderes curativos de los que en realidad carece, debiendo hacer eco en este punto que la violencia genera más violencia, es decir, no se puede pretender solucionar todos los problemas sociales por medio de la criminalización de los mismos y, por tanto, de la represión.

Así las cosas dentro del derecho penal es de suma importancia descubrir cual es la función de cada norma y con cuál fin se crea, esto por cuanto sería fácil evidenciar que si la redacción de una ley penal se hace con un fin preventivo, el poder legislativo estaría cometiendo un yerro absoluto pues entonces, lejos de redactar una ley represiva como es la naturaleza de esta materia, lo que debería hacerse sería incluir el tema dentro de una agenda de política criminal, que se trata precisamente de la función estatal en materia de prevención.

Es a través de estos fines y funciones que puede identificarse si el Estado estaría utilizando su fuerza de manera legítima, representada a través de su función punitiva. La tesis del profesor Roberto Bergalli sería entonces que no es el derecho, por si mismo, el que resuelve conflictos; lo que el derecho facilita son formas jurídicas -es decir caminos con fuerza de ley- para que las partes allanen la controversia de sus intereses antagónicos (BERGALLI, 2003)

Dentro de la criminología moderna existe un punto de vital importancia cual es la actitud de la sociedad frente al delito, mostrando en la actualidad una actitud represiva y poco garantista, esto por cuanto no se reflexiona sobre las implicaciones que conllevan las políticas de mano dura.

El discurso, en especial el político, tiene injerencia directa en el tema del efecto simbólico del derecho penal pues existe una relación intrínseca entre el mismo y la forma en que el mensaje se interioriza por parte de la población promedio, de la población que no tiene una formación en derecho o criminología, pues es la parte de la sociedad más susceptible de malinterpretar las ideas que transmiten los políticos en la actualidad, de ahí la importancia de que el emisor sea consciente de la forma en que desarrolla las ideas que pretende que la población capte.

La retórica entonces, juega un papel importantísimo dentro de la sociedad, a partir de la misma se ha creado una serie de valores comunes en el país, sin embargo cuando se crea la verdad a partir del discurso, los derechos fundamentales se pueden ver seriamente amenazados, especialmente los de las personas en condición de vulnerabilidad.

Es así como el lenguaje binario de la exclusión se torna entonces en el punto central del discurso político como característica de una sociedad “tardomoderna” (YOUNG, 2003) pues con ello el incluido se siente confuso e inseguro (sentimiento creado por los medios de comunicación masiva) de su posición en la sociedad, mientras tanto el excluido es víctima de injusticia y desigualdad pues se le segrega del ciudadano “promedio”.

El anterior no es un fenómeno que se presenta a nivel nacional, sino que a nivel mundial se puede identificar en una serie de manifestaciones por ejemplo en contra de migrantes, de personas con ciertas inclinaciones sexuales, entre

muchos ejemplos, lo cierto es que han sido calificados como no ciudadanos y han reaccionado ante el discurso que los etiqueta como criminales, pues esto los sujeta drásticamente a la violencia estatal no por sus acciones, sino por sus condiciones.

Los presupuestos que caracterizan al sistema penal tienen una consecuencia inmediata, cual es la estigmatización de las personas que integran algunos sectores sociales, sea en razón de su etnia, nacionalidad, posición socioeconómica, entre otras. De esta forma el resentimiento del excluido se impulsa por la transgresión de los límites, por ello es que los valores de la mayoría se convierten en un patrón, en las normas por las cuales debe regirse la sociedad, tanto respecto a los ciudadanos como a los no ciudadanos y así se crean más y mayores restricciones para los excluidos.

Poco a poco el sistema penal se ha convertido en un conjunto de normas con la finalidad de prevención general negativa, con lo que se pretende atemorizar a los ciudadanos sobre las posibles consecuencias de la comisión de un delito, sin embargo se ha dejado por completo de lado el tema de la prevención a través de la implementación de políticas criminales eficaces.

Sección III. Populismo Punitivo en Costa Rica: El papel que juegan los medios de comunicación masiva en la creación del miedo en la población.

Como punto de partida hay que darle contenido al populismo punitivo, y por ello MORALES (2011: 35), citando a ELBERT (2010), afirma que este fenómeno puede visualizarse desde tres ópticas: primero como una actitud radicalmente pragmática ante los problemas político criminales, a los que concibe como fáciles de resolver mediante una rígida voluntad represiva; luego como un proceso de acción y reacción que se manifiesta a través de una fácil solidaridad con el sentir ciudadano; y por último, como la forma en la que los gobiernos se autolegitiman ante la decadencia de los valores sociales solidarios, accediendo muchas veces a

reclamos irracionales de las mayorías, en detrimento de las minorías e incluso de personas individualmente consideradas⁶.

Teniendo claro lo que es el populismo punitivo es viable señalar que los medios de comunicación tienen una relevancia enorme en su fortalecimiento. Inicialmente los medios de comunicación surgieron como una forma de mantener a la sociedad informada sobre temas de actualidad, sin embargo a lo largo del siglo XX nació un fenómeno marcado por la globalización de las informaciones, en el que el fin principal no es brindar información de calidad, sino acaparar la mayor cantidad de audiencia para generar mayores entradas económicas, es decir, se pasó de una necesidad social a un negocio, perdiéndose en la mayoría de los casos la objetividad del mensaje que se transmite al público y con ello la función social que realmente deberían detentar los medios de comunicación.

El derecho penal simbólico está relacionado con algunos cambios sociales, entre ellos, el papel protagónico de los medios de comunicación como el foro público en el que se discuten problemas sociales y por la conformación de los medios como agente de control social (DIEZ, 2000). A pesar de que estos cambios tienen efectos positivos en la sociedad -como la consolidación de la sociedad consciente de sus posibilidades de comunicación-, también existen efectos negativos, pues desde el punto de vista político criminal la discusión en los medios sobre problemas delincuenciales produce un falseamiento de la realidad del problema.

Se trata pues, de la permanente llamada del Derecho Penal como medio para hacer frente a los diferentes problemas sociales, caracterizados estos últimos por su repercusión mediática (DIEZ, 2000), es precisamente por esta característica que se da la difusión del problema en los medios de comunicación y

⁶ Junto con el eficientismo penal y el derecho penal de enemigo, el populismo punitivo es un pilar de sostén del discurso de la intervención penal máxima.

la reacción inmediata de la clase política es proponer cada vez más represión como si fuese la única solución para la inseguridad.

Precisamente el concepto integral de “seguridad” debe retomarse brevemente, para los efectos de una mejor comprensión del tema del populismo punitivo . En el informe de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo del año 1994 se hizo mención por primera vez a la noción de “Seguridad Humana” y abarca una serie de proyectos como la investigación para la paz y transformación de conflictos, el de estudios y práctica sobre el desarrollo; y el de la lucha por los derechos humanos y democratización. De esta manera las siete dimensiones en las que se divide la seguridad humana son: la seguridad económica, alimentaria, salud, ambiental, personal, de la comunidad y la política.

Actualmente los medios de comunicación y la clase política hacen referencia de manera constante a la seguridad, sin embargo, como parte del populismo punitivo se enfocan en la seguridad de la comunidad y en la personal, dejando otros aspectos importantes fuera del análisis social. Por este motivo es que el ciudadano, en muchas ocasiones, se encuentra conforme con el discurso represivo, aunque con un análisis bastante sencillo se puede verificar cómo el descuido a alguna de estas dimensiones es causal directa de la delincuencia y de ahí la importancia de la creación de políticas criminales completas que no se basen, como único punto, en la represión.

Con base en la manera en que se transmite la información, la forma en que la entiende el emisor y a través del discurso político imperante, se ha hecho creer a la población que la represión por medio del Derecho Penal es la única solución a los actuales problemas sociales. Por ello es que el ciudadano legitima la violencia estatal mostrándose conforme e incluso clamando por la creación de normas penales, por mayores penas y menos garantías para las personas sometidas a un

proceso penal, dejando de lado que el debido proceso y el respeto a los derechos y garantías constitucionales forman parte del concepto de democracia.

Tal como se indicó en una de las secciones anteriores, los medios de comunicación en masa eligen algunos temas para desarrollarlos y transmitirlos a la población emitiendo su propio criterio y por ello es que, sin ser expertos en temas como derecho o criminología, crean una falsa realidad, pues sin necesidad de que haya crecido el índice de criminalidad en la población, la misma siente miedo por posibles amenazas, crece la desconfianza hacia las autoridades judiciales y con ello el populismo punitivo.

La celeridad y el eficientismo son los dos términos de moda en el derecho penal de la actualidad ya que están ligados directamente a la prevención especial negativa y a la prevención general negativa, es así como se ha hecho del proceso penal no una herramienta de control estatal, sino un espectáculo público donde convergen informadores que no poseen ningún tipo de especialización en materias afines a la seguridad humana, para expresar opiniones que calan en la población y con ello deslegitiman el poder punitivo estatal, que ya de por sí se está desnaturalizando con el proceso de creación de normas sin un fin específico, sin embargo la deslegitimación del *ius punendi* es todo un proceso que debe ser abarcado desde distintas aristas.

Tal como lo indica el autor AURELIO NICOLELLA (2011), el show mediático que se origina por la forma en que los medios emiten sus noticias, acarrea que el receptor, es decir el mayor porcentaje de la sociedad, considere que para aplacar su sentimiento de inseguridad e impunidad es necesaria la aplicación de políticas de mano dura y súper dura, lo que implica la debilitación de los derechos humanos. Sin embargo es claro cómo ningún noticiario analiza la situación actual desde el punto de vista Constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nuevamente se debe hacer mención al eficientismo penal, pues los medios han sido los padres del populismo punitivo al exigir a los poderes públicos respuestas “rápidas y eficaces” ante los problemas de seguridad en la sociedad; sin embargo se ha malinterpretado el concepto amplio de seguridad que no solamente implica la arista de la criminalidad, sino que la seguridad se presenta en todos los ámbitos de la sociedad, por ende al restringir el concepto, estas soluciones que se proponen no tienen ningún asidero e incluso pueden resultar aún más perjudiciales para la sociedad.

Es de esta manera como se ha dividido a las personas en dos grandes grupos, los ciudadanos buenos y respetuosos de la ley y los que por medio de la teoría del etiquetamiento social son perjudiciales para el desarrollo de la comunidad y por tanto deben ser excluidos, con ello, las acciones represivas estatales siempre se dirigirán hacia estos grupos minoritarios, es decir en contra de las personas que son diferentes a la mayoría y que al ser excluidas más bien serán susceptibles de delinquir, de ahí que la solución resulta ser un problema que puede generar más delincuencia, que era precisamente lo que pretendía palearse con este tipo de políticas⁷.

⁷ Sobre el Derecho Penal del Enemigo, Ferrajoli (2008: 237), comentó:

“...el esquema del derecho penal del enemigo no es otra cosa que el viejo esquema del “enemigo del pueblo” de estaliniana memoria y por otra parte, el modelo penal nazi de “tipo normativo de autor” (tätertyp). Y enlaza con una tradición antigua y recurrente de despotismo penal inaugurada con los crimina maiestatis. Con la agravante de que se ha perfeccionado mediante su abierta identificación con el esquema de la guerra, que hace del delincuente y del terrorista un enemigo a suprimir y no a juzgar...”

Sobre este mismo tema, Ferrajoli (2008: 241) también señaló:

“Por múltiples razones, todas conectadas con el hecho de que el derecho penal, más bien el derecho tout court, es la negación del enemigo; porque es el instrumento, el medio por el que las relaciones de convivencia pasan del estado salvaje al estado civil y cada uno es reconocido como persona. En este sentido, la pena es la negación de la venganza, del mismo modo que el derecho en general es la negación de la guerra. Recuérdese el paradigma hobbesiano: el derecho es la alternativa al bellum omnium, es decir, a la violencia desregulada de la guerra. Con él se sale de un estado de naturaleza y la sociedad salvaje se civiliza, de manera que en la sociedad civil instituida por el derecho ya no existen enemigos sino

Así, NICOLELLA (2011) hace mención de tres elementos que son necesarios para que pueda hablarse de populismo punitivo: la población, los medios de comunicación y los encargados de proporcionar seguridad a los primeros.

Todos estos elementos están interrelacionados entre sí, pues los medios de comunicación son los que crean una falsa percepción de la realidad en los ciudadanos transmitiendo informaciones con claro contenido populista, lo que les genera miedos que a la vez son comunicados por medio de los ciudadanos, a los entes estatales, quienes se doblegan ante la presión social que pide eficientismo en la aplicación de las leyes y la creación de nuevas normas y estos últimos (el Poder Legislativo), por medio del discurso político, intentan legitimar la violencia estatal que se refleja en las políticas de mano dura y la creación de leyes como la que se estudia.

Siendo los medios de comunicación un elemento necesario dentro del amplio concepto de populismo punitivo y Derecho Penal Simbólico, es evidente el papel preponderante que juegan en la percepción de la realidad de los emisores de las informaciones que transmiten y por lo tanto existen varios efectos asociados con estas acciones.

En primer lugar puede identificarse el efecto simbólico del Derecho Penal, pues se encuentra intrínsecamente ligado con la transmisión de mensajes a la sociedad, donde su contenido valorativo se desarrollará en la mente de los receptores quienes generarán una serie de sentimientos; en segundo lugar se puede identificar el efecto expresivo integrador, el cual algunos han identificado como un fundamento legitimador de la pena (DIEZ, 2000); sin embargo dentro de este contexto no podría tomarse como tal, sino como la forma en que la sociedad

asociados, no guerras sino penas y delitos. Como afirma HOBBS: “un daño infligido a quien es enemigo declarado no puede calificarse de castigo” sino que habrá de ser considerado un “acto de hostilidad...”

se representa la realidad a través de la recepción de informaciones con contenido valorativo.

CAPÍTULO II

LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN COSTA RICA.

Sección I. Antecedentes, conceptos y principales Tratados Internacionales.

1. Antecedentes y conceptualizaciones primigenias.

1.1. La Mafia.

El concepto de Crimen Organizado comenzó a utilizarse en los Estados Unidos de América, propiamente en la Comisión de Crimen de Chicago alrededor del año 1919 (FLORES, 2011) y por medio de esta denominación pretendía encasillarse a cierta clase criminales. A pesar de que durante varios años el término quedó en desuso, para la década de los cincuenta se retomó y se hizo sinónimo, para aquel momento, de la palabra Mafia.

Fue así como se llegó a identificar a la delincuencia organizada de los Estados Unidos de América con la Mafia italiana, máxime porque compartieron una serie de características que relativamente han ido cambiando a través del tiempo, por ejemplo para mediados del siglo XX estos grupos se identificaron por tener un determinado origen étnico .

Dentro del desarrollo del concepto de crimen organizado debe indicarse que durante la década de 1990 nació el concepto de crimen organizado transnacional

y para intentar unificar criterios intervino la Organización de las Naciones Unidas, de modo que fue después de una serie de comisiones, reuniones y programas, que surgió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Como elemento fundamental para continuar con el análisis del tema en cuestión resulta necesario establecer que la Delincuencia Organizada, la Mafia o cualquier otra denominación que se le de, se identifica como una empresa económica específica –no lícita–, además de ser una “industria” que produce, promueve y además vende protección privada (GAMBETTA, 2007). De hecho, desde inicio del siglo XIIIIV, se viene haciendo una comparación de este tipo de delincuencia con la industria comercial (PEZZINO, 1993), de manera tal que el concepto si bien ha ido evolucionando, conserva algunas de sus características iniciales.

1.2. El eficientismo como base.

Ahora bien, no es posible hacer referencia a la creación de la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica, sin antes señalar algunos puntos de interés sobre el eficientismo penal, pues se trata de tópicos intrínsecamente relacionados, en el tanto de que la Ley en cuestión surgió de la discusión de una serie de proyectos legislativos que podrían ser fácilmente enmarcados dentro de las respuestas emergentes a situaciones, más o menos, concretas.

El derecho penal eficaz se nutre de la fuerza del sistema represivo, ya que a través de ella legitima la violencia estatal , atizada por los clamores creados a la luz del populismo punitivo y del discurso político actual. Este modelo eficientista es capaz de influir en la manera en que se redactan y aprueban las normas, generalmente consecuentes con una circunstancia o situación particular y sin que sea extraña la tendencia a la restricción de ciertos derechos fundamentales.

Dentro del contexto del eficientismo penal, la seguridad humana se tiende a analizar prioritariamente desde la perspectiva del populismo punitivo, dejando sin prevención, ni protección alguna, varias de las dimensiones –sobre todo las más sensibles– del concepto amplio de seguridad.

En la actualidad, el eficientismo penal ha llegado a tener un auge sumamente amplio y en virtud de ello es que ha llegado al punto de desembocar en teorías varias, siendo una de ellas la de las “ventanas rotas”, la cual surgió en la década de los ochenta y que promueve dentro de sus ideales el acabar con la pequeña delincuencia para erradicar el crimen organizado; no obstante, como se ha indicado en secciones anteriores, sin políticas de prevención adecuadas no es posible disminuir –menos erradicar– la delincuencia. Con respecto al crimen organizado la solución va mucho más allá y su raigambre es de índole estructural, aunque ciertamente un tema que incentiva este tipo de delincuencia es la corrupción política (LUPSHA, 1980).

2. El contexto internacional.

En relación con lo mencionado en párrafos precedentes debe hacerse referencia a la Comisión de la Prevención del Delito y Justicia Penal de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la Comisión), la cual fue creada por la Comisión Económico y Social de esta misma organización en el mes de febrero del año 1992, con el fin de coadyuvar con la prevención del delito por medio de la cooperación internacional.

Dentro de las funciones de la mencionada Comisión están: informar, orientar, supervisar y examinar el programa de las Naciones Unidas en materia de prevención, además de que debe velar por la facilitación y la ayudar para la realización de coordinaciones respecto de actividades preventivas y del

tratamiento del delincuente, adicionalmente, debe movilizar los Estados miembros para que den su apoyo al programa.

Las redes criminales crecen conforme se expande el fenómeno de la globalización, de modo que en cierta forma está incorporada a ella y en consecuencia este tipo de delincuencia se torna multifacética y progresiva (en el sentido de que está en constante desarrollo). Con base en la afirmación anterior es que resulta factible señalar que uno de los primeros pilares internacionales que sostuvieron la ideación y creación de la Ley contra la Delincuencia Organizada, fue el cimentado por esta Comisión.

Precisamente, por impulso de la Comisión se discutió y se generó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como Convención de Palermo por haber sido suscrita en esta ciudad siciliana en el mes de diciembre del año 2000 (en dicha reunión se puso a prueba la voluntad política para luchar contra el crimen organizado).

Uno de los temas que se discutieron en aquel momento fue la influencia de la globalización en la organización de grupos delincuenciales, resaltando el derecho de las personas de vivir con dignidad y libres de temor, haciendo énfasis en la atención que se debe prestar a las poblaciones en condición de vulnerabilidad. A pesar de lo anterior, también se aclara que este tipo especial de delincuencia es un fenómeno que se agrava día con día.

Dentro del preámbulo de esta convención, se puede rescatar la relación que existe con el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD 1994) en cuanto al tema de la seguridad humana y a todas sus dimensiones, en tanto se indica que el fenómeno de la delincuencia organizada tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas, así como la

indiferencia ante el sufrimiento humano, es decir se reconoce que las debilidades de cada Estado en la seguridad –en sentido amplio–, son las que incentivan este tipo de criminalidad.

De los primeros artículos de esta norma internacional se extrae claramente el fin de la Convención, cual es la cooperación internacional en la lucha contra el delito; posteriormente, se ofrecen algunas definiciones para poder conceptualizar la delincuencia organizada (en la primera sección del Capítulo I de este trabajo ya se hizo referencia al concepto y a sus falencias).

En relación con la convención de marras, necesariamente debe hacerse referencia al artículo quinto, que exige que cada uno de los Estados parte adopte las medidas legislativas y de cualquier otra índole cuando se den dos situaciones específicas desde la perspectiva penal, a saber, el acuerdo de varias personas para cometer delitos “graves” y la participación de un grupo organizado. Resulta muy acorde con el derecho internacional que cada Estado parte legisle en concordancia con lo estipulado en este convenio, sin embargo ello no significa que se autorice al Estado para violentar derechos fundamentales reconocidos en otras convenciones como por ejemplo La Convención Americana de Derechos Humanos.

Además de la exigencia de adecuar la normativa nacional al convenio, se insta a cada Estado a implementar una serie de medidas por medio de la reglamentación y supervisión de los entes financieros para evitar lo que en este documento se conoce como “blanqueo de dinero”, sugiriéndose la implementación de una serie de medidas preventivas y de investigación para el fortalecimiento de la seguridad humana, teniendo como base los dos pilares fundamentales para la lucha contra el crimen organizado. A pesar de lo supra señalado, el problema surge cuando los Estados parte asumen posturas más represivas.

En la Convención de Palermo se tratan diversos temas que tienden a garantizar la erradicación de la criminalidad organizada, por ejemplo hay tópicos relativos a la prescripción, a la protección a víctimas y testigos, a la obstrucción de la justicia, a la cooperación con entidades encargadas de cumplir los designios normativos⁸.

El artículo 31 de la Convención es el que se refiere de forma más específica a la prevención y por lo tanto a las acciones que los Estados parte deberán adoptar para cumplir con los preceptos internacionales; de hecho, se hace referencia a promover prácticas políticas para prevenir la delincuencia organizada; sin embargo, debe llamarse la atención en este punto, ya que estas prácticas preventivas no están relacionadas necesariamente con la represión (la cual ciertamente debe ser en algunos casos aplicada), sino que la prevención se trabaja por otros medios, enfocándose más en situaciones sociales, económicas y educativas.

Dentro de la gama de acciones que cada Estado debe llevar a cabo con base en lo establecido en la Convención de Palermo, se puede incluir el fortalecimiento de las instituciones encargadas de hacer cumplir las leyes, la creación de normas para salvaguardar la integridad de entidades públicas así como códigos de conducta para profesionales (por ejemplo abogados), la prevención para que organizaciones delictivas no se beneficien de licitaciones y cualquier otra licencia concedida por autoridades públicas.

Resulta relevante, dentro del ya aludido artículo treinta y uno, reconocer la prevención que radica en la verificación de la utilización indebida de las personas jurídicas, ya que se torna de interés mantener registros públicos sobre su

⁸ En el caso de Costa Rica, además de la Ley contra la Delincuencia Organizada, se creó la Ley de Protección a Víctimas y Testigos, con lo que se reformaron algunos artículos del Código Procesal Penal y se incluyó uno completamente nuevo (204 bis) donde se establece el proceso judicial para solicitar y resolver tanto la protección judicial como extrajudicial.

financiamiento, la posibilidad de inhabilitar a personas condenadas por delitos comprendidos en la Convención (graves, con penas altas, que tengan relación con el narcotráfico, entre otros), el establecimiento de registros de las personas que han sido inhabilitadas, así como el intercambio de la información contenida en estos registros.

Existe un punto de especial relevancia en el artículo treinta y uno de la Convención de Palermo, cual es la promoción de la reintegración a la sociedad de las personas condenadas por delincuencia organizada. Esta postura de prevención especial positiva se acopla a lo que desde el punto de vista teórico se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la legislación penal costarricense, aunque en la práctica su efectividad es muy limitada⁹.

Por otro lado, en la Convención de Palermo se exige la revisión de procedimientos administrativos para impedir que sean utilizados indebidamente, sensibilizar la opinión pública sobre las implicaciones de este tipo de delincuencia y la colaboración entre Estados y entre ellos y las organizaciones internacionales y regionales para fomentar el tema de la prevención.

Dentro del marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se creó una serie de protocolos para la operativización, dentro de los que se pueden señalar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. A continuación se hará una breve referencia de estos Protocolos:

⁹ Al menos en Costa Rica el sistema penitenciario sufre de múltiples problemas (entre ellos el hacinamiento por la gran población de personas privadas de libertad) por lo que es muy discutible su capacidad para reintegrar a una persona sentenciada a la sociedad, de modo que surge la interrogante de si Costa Rica cumple con la Convención de Palermo.

a. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas: Sus objetivos son prevenir y combatir la trata de personas, sobre todo se hace énfasis en mujeres y niños, personas vulnerables de acuerdo con lo estipulado en las Reglas de Brasilia, proteger y ayudar a las víctimas del ilícito de trata de personas sobre todo en lo que respecta a la garantía de sus derechos humanos y promover la cooperación de los Estados parte para lograr los fines de este protocolo así como los de la Convención.

b. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire: Tiene como finalidad primordial prevenir y combatir el tráfico de migrantes protegiendo sus derechos humanos y, al igual que el anterior, promover la cooperación internacional.

c. Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y municiones: Nace con el fin de erradicar el tráfico de armas, sobre todo dentro de grupos organizados, pues uno de sus antecedentes es la distribución de estos instrumentos en el mercado negro durante la Guerra Fría.

Si bien es cierto que a nivel internacional existe la necesidad de enfrentar la criminalidad organizada y de que Costa Rica no escapa a tal urgencia, los medios a través de los cuales debe llevarse a cabo la oposición, deben formar parte de una política pública (reflejada en una adecuada política criminal) estructurada y respetuosa de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho.

SECCIÓN II. Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica: ¿Legislación de emergencia?

1. Elementos conceptuales de interés.

Como ya se ha venido señalando, la Delincuencia Organizada es un fenómeno que crece con la globalización y ante ello se ha promovido la creación de una serie de normas internacionales y nacionales para enfrentarla, sin que Costa Rica sea la excepción; no obstante, para entender la Ley contra la Delincuencia Organizada que se aprobó en Costa Rica, debe analizarse el debate bajo el cual se enmarcó su discusión y posterior aprobación.

Desde mediados de la década de los noventa, se ha acrecentado un cierto sentimiento de inseguridad, el cual ha sido percibido e interiorizado por la sociedad, de manera que desde la óptica del discurso penal de intervención máxima, se han requerido respuestas convertidas en leyes (a efectos de visibilizar el actuar político); sin embargo el resultado final de este tipo de acciones únicamente ha alcanzado un nivel simbólico que sólo sirve para acallar algunos clamores sociales atizados por los medios de comunicación, sin que se ofrezca una verdadera respuesta a los entuertos existentes.

El discurso político, ante esta percepción de inseguridad social, echa mano del ofrecimiento de la creación de nuevas leyes penales, ante lo la sociedad reacciona de forma positiva, no obstante estas leyes lejos de ser una panacea que solucionará todos los males, sencillamente se concentran en legitimar la violencia estatal y la disminución de garantías dentro del proceso penal, omitiendo el hecho de que al derecho penal no se le pueden asignar competencias de reestructuración social.

Si la delincuencia es una forma de violencia, el Estado, por medio de la creación de leyes meramente represivas, responde con violencia legal. Debe analizarse el hecho de que prácticamente todas las acciones represivas que pueda ejercer el Estado en el contexto de la legislación represiva, suelen ser legitimadas por una gran parte de la población, a la cual se le ha hecho pensar que ésta es la única solución ante la delincuencia, sin embargo, tal como se indicó

anteriormente, la criminalidad no puede ser eliminada del todo y solamente podría ser disminuida a través de las adecuadas políticas criminales, por medio de la prevención dentro de las áreas de la seguridad humana.¹⁰

En un Estado Democrático de Derecho deben prevalecer algunas características, dentro de las que destacan el respeto a las decisiones de mayoría y el respeto a las garantías constitucionales de las personas; pero como bien lo explicó FERRAJOLI (1995: 859):

“Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica...”

Así pues, aunque pueden establecerse consecuencias para las personas que vulneren bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento, también se deben determinar límites a la utilización de la potestad punitiva del Estado y el efecto que en el Legislativo tienen los clamores populares y mediáticos en pro de la represión. La base para sustentar la anterior afirmación es que la Constitución Política –junto con el bloque de constitucionalidad e incluso, el bloque de convencionalidad– brinda una serie de garantías y derechos básicos que no pueden ser transgredidos; de modo que el meollo de la cuestión está en que se

¹⁰ Se trata de la seguridad económica, financiera, social, educativa, laboral, en salud y cultural. (PNUD, 2010)

debe analizar si con la creación de la Ley contra la Delincuencia Organizada se violentan algunos de estos derechos fundamentales.

Con base en la cuestión planteada en el párrafo precedente, puede señalarse como premisa que la Ley contra la Delincuencia Organizada que se aprobó en Costa Rica podría atentar contra algunas garantías básicas, como por el ejemplo el estado de inocencia y el derecho de defensa (éste último debido entre otras cosas a que no se puede –o al menos no debería– darse un tratamiento como el que se establece para el secreto de las actuaciones dentro de la investigación).

En atención a lo expuesto en el párrafo anterior, también debe recalcar el hecho de que el principio de legalidad es sumamente importante si se habla de un marco de Estado de Derecho –como lo es Costa Rica–, puesto que incorpora el derecho al debido proceso, dentro del cual resalta el respeto al estado de inocencia de las personas y amplias posibilidades para ejercer su derecho de defensa, de modo que, en principio, las normas dictadas deberían respetar estos preceptos.

El creciente populismo punitivo así como el actual discurso político impregnado de la intervención penal máxima, desembocan en la creación de legislación penal de emergencia, concepto dentro del cual se acuñan normas de fondo también procesales. Algunas de las principales características de este tipo de legislación, son las siguientes:

1. Se basa en hechos nuevos o extraordinarios.
2. La existencia de un clamor popular que reclama una solución a ese hecho extraordinario.

3. La sanción de una legislación penal con reglas distintas a las tradicionales (a las anteriormente establecidas en el derecho penal o procesal penal).

4. Dicha legislación tiene efectos para el caso concreto que proporciona a la sociedad una sensación de reducción o eliminación del problema, sin que así sea, dando paso a un derecho penal simbólico.

En relación con la legislación de emergencia, MORALES (2011: 42) señaló que:

“En relación con la legislación que es producto de las prácticas propias del eficientismo penal es conforme externar que la misma suele fundarse en situaciones muy particulares (es casuística) que atizan la morbosidad social y que se manifiestan por medio de demandas de la opinión pública para que se le dé una solución del modo más vertiginoso posible a la aparente contrariedad social surgida a causa de un delito, aun cuando ello ponga en riesgo la correcta deliberación parlamentaria...”

Justamente, a propósito de la legislación de emergencia, puede hacerse referencia a lo que dentro de la nomenclatura de FERRAJOLI (1999) se denominan como “leyes-acto”, ya que las mismas surgen como respuesta a los argumentos que postulan que el fenómeno criminal solo podría ser confrontado mediante rauda promulgación de leyes cada vez más represivas (modelo de mera legalidad).

De acuerdo con las características anteriores y tomando en cuenta que la Ley contra la Delincuencia Organizada se originó con base en exigencias internas y externas que procuraron una intervención más amplia y más represiva, se puede

verificar que se cumplen las características para considerar que la ya mencionada ley nació a la vida jurídica como una norma procesal de emergencia.

El hecho extraordinario, en este caso, sería concebir la misma delincuencia organizada como un fenómeno que si bien se presenta a nivel mundial, ha sido hasta la década de los noventa que se discute más a profundidad y por ello es que las leyes y tratados internacionales en la materia son relativamente nuevos.

Por medio de la forma en que la sociedad interioriza la información que transmiten los medios de comunicación, que en algunos casos no solamente difunden la “noticia”, sino que dan sus opiniones personales a través de sus secciones editoriales, ha existido un clamor popular para la reducción de la delincuencia organizada en Costa Rica, se ha clamado por una solución –a algo que ni siquiera se comprende muy bien a nivel social– y el legislador ha respondido con la creación de esta ley, que data de julio del año 2009.

Esta ley modifica ciertas partes del proceso penal cuando se emite una declaratoria judicial para tramitarlo bajo la clasificación de “crimen organizado”, es decir, el proceso se creó con diversas reglas distintas a las tradicionales, alargando los plazos de prisión preventiva, otorgándole facultades al actor civil y querellante –las cuales dentro del proceso ordinario están reservadas exclusivamente al Ministerio Público–, facultando guardar secreto por un tiempo determinado en el caso de algunas actuaciones, alargando los plazos de prescripción, entre otros, es decir, se cumple con la tercera característica de la legislación de emergencia como lo es la creación de reglas distintas a las tradicionales) – “legislación penal ad-hoc”

Por otro lado, los efectos de este nuevo proceso se dan en el caso concreto pues de no solicitar el Ministerio Público la aplicación de esta ley, cada causa será tramitada bajo el proceso ordinario el cual, en cierta forma, es más garantista –

desde el punto de vista de resguardo de derechos y libertades– que el establecido en la Ley contra la Delincuencia Organizada.

A través del tiempo, en el sistema penal democrático se han ido desarrollando una serie de corrientes de índole represivo, las cuales generalmente se traducen en la creación de leyes de emergencia, es así como uno de los principales postulados antiliberales plasma la idea de que se deben ceder garantías para poder aumentar la seguridad (ZAFFARONI, 2005).

A pesar de que a lo largo de la historia han existido posturas de tipo punitivo y represivo –como se refleja más claramente en los sistemas penales inquisitivos–, en la actualidad no se presenta como un derecho penal autoritario, sino que se invoca a la eficacia preventiva, es decir al eficientismo penal tan de moda en el discurso político actual.

Siguiendo con el tema del que se habló en el párrafo anterior, es factible indicar que el eficientismo penal, principalmente, se enfoca en dos aristas (GONZÁLEZ, 2008): un eficientismo relativo, dentro del cual se mejora una situación anterior por una nueva ley o situación que la reemplaza, buscando el bienestar de la sociedad sin importar el individualismo de sus miembros; y por otro lado, se encuentra la eficiencia absoluta, de la que se hablará a continuación.

Dentro de la eficiencia absoluta se hace referencia a un estado “óptimo” dentro del cual no se concibe alguna variación, pues con ello se podría alterar a los miembros de la sociedad, sin embargo esta postura tampoco se enfoca en la solución de los problemas de la colectividad, es decir, ambas aristas generalizan las situaciones cotidianas y buscan el bienestar de una mayoría, sin embargo se deja de lado a grupos minoritarios que en muchas ocasiones son grupos en riesgo social, por tanto, de acuerdo con el concepto de seguridad humana, lejos de garantizar esa seguridad, se vuelve a la sociedad cada vez más insegura.

El eficientismo penal forma parte de la teoría económica del derecho penal y es así como se pasa de criterios propuestos por el utilitarismo, pues su fin es la búsqueda de la “felicidad” de la mayoría¹¹; además, esta raigambre económica se traduce en la búsqueda de la satisfacción de eficiencia del sistema. Así, los lineamientos utilizados por el legislador para desarrollar el proceso de creación de Ley contra la Delincuencia Organizada forman parte de todo un andamiaje que pretende un sistema penal contundente y con ello eficaz, convirtiéndolo en una especie de “maquila” que ya no se encarga del ser humano.

Precisamente, las posturas eficientistas tienen dos aristas a través de la puede establecerse un análisis y ellas son:

1) *La disuasión*: Por su medio, quienes apoyan la disminución de garantías se basan en la prevención especial negativa.

2) *El discurso legitimante*: Se basa en el refuerzo de la confianza en el sistema penal (prevención general positiva).

Debe señalarse que las garantías penales son un “imperativo categórico” (acuñando la nomenclatura kantiana) pues debe resaltarse su carácter vinculante e incondicionado (LLOBET, 2005); principios como el de dignidad de la persona humana, el debido proceso, la presunción de inocencia y demás no pueden ser relativizados por un sistema eficientista, es decir, no puede dejarse de lado que dentro del sistema penal, el ideal es que la persona sea un fin, no un medio para establecer ejemplos o descargar sobre él toda la vindicta pública..

Las garantías procesales son traducidas como un límite –establecido por el derecho internacional público por medio de la promulgación de los Derechos Humanos– que debe operar en contra de las mayorías (FERRAJOLI, 1995), lo que se traduce en democracia, no solo como el respeto a las decisiones de mayoría,

¹¹ Criterio que es poco determinable cuantitativa y cualitativamente.

sino como en el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas (MONTERO, 2007).

Resulta particularmente relevante la posición de ZAFARONNI respecto al tema de las garantías y su relativización (ZAFARONNI, 2005) pues considera que el discurso basado en la prevención especial negativa es inmoral, ya que se basa en el sufrimiento de unos pocos como el medio para atemorizar a otras personas, es decir, a quienes estén tentados a delinquir.

Es así como las garantías son cada vez menos importantes para la sociedad en general y se desarrolla mayor arbitrariedad en algunas agencias estatales, como por ejemplo cuerpos policiales. Además de la pérdida de la seguridad humana que esto conlleva, dentro de la misma arbitrariedad hay un vacío de reglas que se traduce en la pérdida de la eficacia de este tipo de políticas.

En el marco de la creación y acción del eficientismo penal existen algunos puntos que no pueden ser dejados de lado, como la pobreza ideológica de su debate público y la forma tosca en que los medios de comunicación masiva lanzan campañas para incentivar el sentimiento público de inseguridad.

Otro aspecto interesante es que por medio del discurso político, los medios de comunicación masiva crean estereotipos de las personas que deben ser consideradas como “enemigas” del sistema y coinciden plenamente con sectores de la sociedad que han sido excluidos, es decir, sectores sociales a quienes se les ha privado de una serie de oportunidades para desarrollarse al igual que el resto de la sociedad que no forma parte del estereotipo.

Una vez realizado el análisis anterior se puede concluir que en la actualidad se está pasando, progresivamente, de un sistema penal de corte acusatorio a un derecho penal autoritario, pues una de sus principales características es la

invocación de la necesidad en una emergencia (ZAFARONNI, 2005) con lo que se “absolutiza” un mal y con ello se justifica ante los ojos de la sociedad, inmersa ya en el populismo punitivo, una necesidad con tres características: inmediata, apremiante e improrrogable.

El Derecho Penal, bajo este discurso, se convierte en la única herramienta para combatir el “mal” que significa la delincuencia organizada, es decir, es el arma para la “guerra” que se le ha declarado al crimen organizado, sin embargo, desde que se declara una guerra, ya los postulados que fundamentan la creación de las normas de emergencia se tornan erróneos, pues este tipo de legislación es violenta *per se* y nuevamente se materializa el conocido adagio que reza: “la violencia sólo genera más violencia”.

2. Sobre el uso de nuevas tecnologías.

A través del tiempo se han aplicado distintos sistemas autoritarios y aunque en la actualidad pareciera que se recicla el discurso, lo cierto es que ahora los avances tecnológicos hacen la diferencia, sin embargo es menester acotar que en Costa Rica a la fecha no existe regulación sobre la utilización de este tipo de herramientas y, por otro lado, son pocos los análisis que se han realizado con respecto a las implicaciones constitucionales en su aplicación.

Es así como solamente algunos votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia analizan el tema de la constitucionalidad de la utilización de las tecnologías de la información dentro de un proceso (en sus diversas formas) y por otro lado, no existe un criterio uniforme al respecto, claro ejemplo es la utilización de las cámaras de videovigilancia para medir la velocidad de los vehículos automotores en determinadas vías de circulación nacional.

Uno de los puntos relevantes en cuanto a la utilización de la tecnología en aras de garantizar un proceso penal eficiente, es el análisis de los bienes jurídicos

tutelados como aquellos intangibles que pocos saben de dónde vienen o la trascendencia de su reconocimiento como derecho fundamental, como por ejemplo la propiedad, la vida, la intimidad, en fin, todos aquellos bienes o derechos que deben estar determinados en cada tipo penal.

En contraposición con lo anterior, se tiene el proceso de creación de normas y los procedimientos actuales en donde se han redactado normas penales de fondo en las cuales es difícil determinar aquel bien jurídico tutelado y por ello, recientemente han adquirido el nombre de intereses difusos y delitos de peligro abstracto. Así las cosas dentro del proceso, a pesar de que el mismo no ha variado sustancialmente, lo cierto es que bajo el principio de libertad probatoria se ha intentado legitimar una serie de prácticas que son violatorias de derechos fundamentales.

Dentro de ese tipo de prácticas que rozan con los más básicos principios de la ley penal y procesal penal, muchas están relacionadas con las llamadas tecnologías de la información, tal como lo hace ver el profesor CHIRINO (1997), los derechos fundamentales de una persona investigada en un proceso penal, no deben ser sacrificados en vista del eficientismo del que se habla en la actualidad, pues esta funcionalidad no es un bien jurídico con entidad propia.

Con la creación de leyes como la Ley contra la Delincuencia Organizada se pone en evidencia la manera en que se reducen las garantías dentro del proceso penal para hacer al mismo más contundente y eficiente, para con ello complacer las tendencias que marca el populismo punitivo. El Derecho, propiamente las normas, son el resultado de una serie de procesos en donde el eje principal es la realidad social, es decir de una serie de conflictos surge la necesidad de regular determinadas situaciones o procesos y se plasman en una ley.

Resulta importante resaltar que el legislador, si bien debe tomar en cuenta la percepción social dentro del proceso de creación de normas, no puede basarse solamente en ella pues la mayor parte de la población no tiene conocimientos sobre el proceso penal, teoría del delito y el contenido de los derechos fundamentales, por lo que la pretensión social mayoritaria probablemente reñirá con los postulados más básicos del derecho internacional de los Derechos Humanos, así como con la Constitución Política.

Con base en todo lo expuesto en esta Sección, se puede concluir que la Ley contra la Delincuencia Organizada viene a establecer un nuevo procedimiento para juzgar a personas que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo primero de este cuerpo normativo, lo cual pone en entredicho algunos ideales garantistas reconocidos que exaltan derechos (por ejemplo el de defensa, el principio de inocencia y debido proceso), a través de postulados eficientistas propios de la teoría económica del derecho penal¹².

Tal como lo hace ver el profesor LLOBET (2005: 207), los proyectos legislativos que se estaban dando para mediados de la década anterior¹³, avanzan hacia la expansión del Derecho Penal y no al Derecho Penal Mínimo como ideal en un Estado Democrático de Derecho, en vista de que es poco probable la descriminización.

Sección III. Consideraciones respecto a los alcances de la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica.

En esta Sección resulta necesario realizar un análisis de lo que constituye el Derecho Procesal Penal, ello sin necesidad de explicar el proceso penal

¹² Ejemplo de ello es el procedimiento especial abreviado regulado principalmente en el artículo 373 del Código Procesal penal al constituir una excepción al derecho de abstención de declarar del imputado.

¹³ Donde se puede incluir el proyecto del expediente 16973 denominado Ley para el Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana como antecedente de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

costarricense, sino basándose en aspectos constitucionales y de Derechos Humanos. Así las cosas, se analizará el contenido de la Ley bajo estudio para poder arribar a conclusiones de interés para la presente investigación.

El Derecho Procesal Penal, como norma creada por la Asamblea Legislativa, debe respetar los derechos fundamentales contenidos tanto en la Constitución Política como en la normativa internacional en la materia que haya sido suscrita por Costa Rica. El proceso penal es derecho constitucional aplicado (LLOBET, 2005: 324) y por este motivo es que debe exaltarse la relación de las personas con el Estado y el imputado como sujeto de derecho, no como un objeto¹⁴, con esto, todas y cada una de las garantías concebidas en la Constitución Política y convenios internacionales deben ser respetadas.

Los derechos fundamentales deben interiorizarse no solo en los operadores de derecho, sino también –e incluso con más importancia– en el legislador, como parte esencial dentro del proceso creador de normas, pues de no ser así, se corre el riesgo de que el Estado ceda ante un Derecho Penal autoritario basado en los clamores populares, que exigen mayor represión y arbitrariedad en la respuesta penal.

En este punto es importante recalcar que en todos los tratados internacionales se aluden las fundamentaciones metafísicas de los derechos que se reconocen en los mismos, con el fin de evitar conflictos entre las distintas creencias religiosas o entre los Estados, es por ello que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se preocupa por reconocer los mismos, mas no por fundamentarlos o rellenarlos de contenido concreto y de aplicación automática.

Partiendo de un reconocimiento de la importancia de las garantías contenidas en la Constitución Política y algunos tratados internacionales (por

¹⁴ Lo cual sería propio de las teorías económicas del Derecho Penal.

ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos), debe realizarse un breve análisis sobre el contenido de la Ley contra la Delincuencia Organizada para más adelante, identificar algunos de los roces con estas garantías.

Desde esta óptica y tal como ya se ha venido señalando en Secciones anteriores, la ley número 8754 contiene una serie de variantes al proceso penal ordinario que deben ser analizadas a continuación:

- El artículo primero hace una definición de lo que puede entenderse como delincuencia organizada, configurándose la misma cuando se investigue a dos o más personas que, por algún tiempo indeterminado, hayan cometido al menos un delito grave, el cual podrá ser calificado con dicho adjetivo si contempla una pena de cuatro años o más. De acuerdo con lo anterior y tomando en consideración lo estipulado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su segundo artículo, la definición de delincuencia organizada es ambigua pues ni siquiera existe acuerdo entre la normativa nacional con respecto a la internacional en el mínimo de personas que deben conformar el grupo para que sus actos puedan ser calificados como crimen organizado, pues la ley 8754 hace referencia a dos o más personas y la Convención a un grupo estructurado de tres o más personas.

- Por otro lado, a nivel investigativo, tampoco resulta tarea fácil determinar la estructuración de cada grupo del cual se tenga sospecha que se dedica a este tipo de delincuencia, así como otra falencia en la redacción tanto de la norma nacional como de la convención es que deja a la interpretación la duración de la supuesta “estructura criminal”, pues en ambas normas se hace referencia al grupo de personas que opere durante “cierto tiempo”, lo cual, en cumplimiento del principio de seguridad jurídica debería estar determinado.

- Conforme lo establece el artículo segundo de esta norma procesal, para que se pueda aplicar el procedimiento establecido para la delincuencia

organizada no solamente basta que se cumplan los requisitos del primer artículo, sino que corresponde al Ministerio Público realizar la solicitud ante la autoridad jurisdiccional competente para efectos de que así sea declarado, caso en el cual los plazos se readecuarán a lo que se estipula en los siguientes artículos.

- Una variante de este proceso con respecto al ordinario en lo relativo con el procedimiento de tramitación compleja¹⁵, es que todos los delitos, sin importar si requieren acción de parte¹⁶ con la resolución del artículo dos de esta ley, se convierten de forma automática en delitos de acción pública.

- Otra de las variantes es que procede realizar la declaratoria “crimen organizado” desde la etapa de investigación, mientras el proceso de tramitación compleja procede en cualquier etapa, sin embargo la reducción de los plazos a la mitad no procede durante las etapas preparatoria e intermedia¹⁷, en cambio, dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada, se elimina la reducción de los plazos y se establece una prescripción decenal a partir de la comisión del último delito.

- Precisamente en cuanto al tema de la prescripción, se incluye una serie de causales que la interrumpen, las cuales resultan ser novedosas en el tanto sería relativamente difícil que se diera la extinción de la acción penal por prescripción en algún proceso tramitado bajo esta ley. Dentro de las nuevas causales de prescripción¹⁸ se encuentran el inicio de la investigación por parte del Ministerio Público, la declaratoria de tramitación de las causas bajo el

¹⁵ Las regulaciones en estos procesos a pesar de mencionarse en varias ocasiones a lo largo del Código Procesal Penal se pueden identificar más claramente a partir del artículo 130 el ordinario y posteriormente el proceso de tramitación compleja a partir del artículo 376 del mismo cuerpo normativo.

¹⁶ Es decir, sin interesar si se investigan delitos de acción pública, pública a instancia privada o privada.

¹⁷ Artículo 376 del Código Procesal Penal

¹⁸ Las causales de prescripción establecidas por el Código Procesal Penal costarricense son: la declaración indagatoria del imputado, la presentación de la querrela en delitos de acción privada, la resolución que convoca por primera ocasión a audiencia preliminar, el señalamiento a juicio, el dictado de la sentencia y cuando el debate se posponga por causas atribuibles a la defensa (cuando obstaculice el normal desarrollo del proceso).

proceso de delincuencia organizada, la presentación de la acción civil resarcitoria y de la querrela, la presentación de la acusación, con el auto de apertura a juicio, por la obstaculización del desarrollo normal del proceso por parte de la defensa (no se hace diferencia sobre la etapa procesal, como sí sucede en el Código Procesal Penal) e incluso por inasistencia del defensor o del imputado al debate o por solicitud de alguno de estos. En este punto es esencial cuestionarse sobre las ausencias a debate que sean justificadas, sea por caso fortuito o fuerza mayor, o bien, en el caso de existir un señalamiento previo del mismo defensor.

- En cuanto a la prescripción, se crea desigualdad con respecto al imputado que se juzga en aplicación del proceso ordinario puesto que en un proceso de “crimen organizado” la prescripción es prácticamente imposible, debido a la serie de causales de interrupción.

- Por otro lado deben analizarse algunas causas de suspensión de la prescripción, las cuales resultan ser particulares pues no se reflejan en el proceso ordinario, tal es el caso de los delitos funcionales en donde no corre este plazo si el imputado se encuentra en el ejercicio de sus funciones aún cuando no se haya iniciado proceso en su contra, cuando se rompa el orden constitucional, hasta que el mismo se reestablezca, comenzará a correr el plazo de prescripción, sin embargo nuevamente se roza con el principio de seguridad jurídica.

- Especial importancia reviste el tema de la prisión preventiva pues, analizándolo como medida cautelar, debe ser la última *ratio*, sin embargo pareciera que quien se encuentre privado de libertad en un proceso de esta naturaleza, se ubicará claramente en desventaja con respecto a las posibilidades de acceder a la libertad, que cualquier otro privado de libertad.

- Originalmente, el plazo máximo por el cual puede estar detenida preventivamente una persona, según el Código Procesal Penal (a partir del artículo 238) es de doce meses, sin embargo, con base en el artículo 7 de la

Ley contra la Delincuencia Organizada, se establece una excepción a dicho plazo, pues una vez hecha la declaratoria judicial, la persona que resulte imputada podría llegar a estar detenida hasta por 24 meses; los presupuestos para ordenar el cese de medida cautelar en la Ley Contra la Delincuencia Organizada no difieren en su esencia con los presupuestados del Código Procesal Penal.

- El artículo referente a la prórroga de prisión preventiva supone, tal como se establece en el numeral tercero de esta ley, que una vez realizada la declaración judicial para que el proceso sea tramitado bajo esta normativa, los delitos pasan a ser de acción pública, en concordancia con lo estipulado en los artículos 238 y 258 del Código Procesal Penal, corresponde al Ministerio Público solicitar la medida cautelar más gravosa o bien, su prórroga en caso de que haya sido dictada anteriormente.

- Dentro de esta normativa se faculta además al querellante y actor civil para requerir la extensión de la prisión preventiva, acción que dentro del Código Procesal Penal había sido reservada para el órgano estatal encargado de la persecución penal y siendo que tal como se indicó líneas atrás, una vez que existe declaratoria judicial para tramitar el proceso bajo esta ley, pasan todos los delitos a ser de acción pública. No queda claro cuál es el fin de autorizar a estas partes procesales para realizar este requerimiento.

- El artículo décimo permite al Ministerio Público disponer del secreto de sus actuaciones hasta por diez días consecutivos y el requisito es que la publicidad de la investigación pueda afectar el descubrimiento de la verdad o bien, que pueda provocar la fuga de alguna persona sospechosa. Esta resolución será dictada por el Ministerio Público por un plazo máximo de diez días y solamente en caso de requerir la prórroga por un periodo igual, podrá ser revisado por la autoridad jurisdiccional del procedimiento preparatorio. El artículo mencionado guarda similitud con el artículo 296 del Código Procesal

Penal, sin embargo la afectación al derecho de defensa es clara pues se oculta información a las partes sin que estas puedan exponer su posición al respecto.

- Por otro lado, una de las novedades dentro de la normativa que se analiza, es la creación de una plataforma de información policial en donde por parte de la policía, podrán ser accedidos todos los datos de entidades estatales, instituciones autónomas, expedientes, bases de datos y demás, de cualquier persona investigada, en este punto es difícil determinar, por la ambigüedad en la redacción del artículo once, en qué momentos se requiere orden judicial para acceder a determinados datos. Primero se hace referencia al acceso sin orden judicial, sin embargo posteriormente se indica que cuando se requiera de la misma, solamente podrán conocer la información los jueces, fiscales e investigadores a cargo, a pesar de que puede suponerse de determinados actos que requieren de orden judicial, como el levantamiento del secreto bancario o bien la intervención de las comunicaciones, dentro de este artículo onceavo no se hace especificación alguna.

- Los artículos 14, 15 y 16 de la Ley contra la Delincuencia Organizada regulan la intervención de las comunicaciones privadas y además remiten a la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. Al respecto se dispone la creación de un Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones en donde el horario será de lunes a domingo durante horas hábiles e inhábiles, es decir, las veinticuatro horas del día, dicha dependencia realizará las intervenciones a nivel nacional ordenadas por jueces de cualquier jurisdicción.

- Los ya mencionados artículos 14, 15 y 16 resultan sumamente amplios en cuanto a su interpretación pues existe un vacío en lo tocante a las personas legitimadas tanto para realizar la diligencia de intervención como para realizar las escuchas de los resultados de las mismas, a pesar de que se remite

a la ley 7425¹⁹, podría existir contradicción con respecto a lo estipulado en el artículo 14 pues se habla de la creación de un lugar centralizado para realizar todas las intervenciones de las comunicaciones a nivel nacional. Lo anterior implica que en muchos casos no sea el mismo juez que ordenó la diligencia quien la realice de manera efectiva, por lo que existe contradicción con respecto a lo estipulado en el artículo 10 de la ley 7425, dado que se indica que es el juez quien personalmente realizará la intervención, incluso, queda abierta la posibilidad de que terceras personas, como fiscales e investigadores, se impongan ex ante del contenido de las informaciones, lo cual va en contra de lo estipulado en esta ley y en contra de la Constitución Política²⁰.

- En cuanto al plazo de las intervenciones, existe una diferencia con respecto a la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, con lo establecido por la Ley contra la Delincuencia Organizada pues en la primera, el plazo de la intervención será por un máximo de tres meses y en casos excepcionales se podrá requerir de dos prórrogas justificadas por la complejidad de la investigación, las cuales podrán ser hasta por ese mismo plazo, es decir, a lo sumo se extenderán por nueve meses, sin embargo en la nueva normativa existe un plazo de escucha de doce meses, prorrogable por otros doce más, es decir, podría la intervención tardar hasta dos años.

- En lo concerniente a la figura del levantamiento del secreto bancario, la misma norma contra la delincuencia organizada dispone que procederá en todo proceso en el que exista la declaratoria del artículo cuarto de esta ley, con lo que pasa de ser una excepción, a convertirse en la regla, a pesar de ello, no

¹⁹ Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones

²⁰ El voto 4454-95 de la Sala Constitucional es claro en cuanto a que la delegación de las intervenciones son la excepción a la regla, pero que en todo caso ninguna persona, llámese investigador o fiscal, está facultada para realizar las escuchas de las intervenciones antes de que lo haga el juez encargado de la misma.

debe dejarse de lado el análisis de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida.

- En el caso de que exista una investigación en contra de una persona, la entidad financiera está en la obligación de congelar sus cuentas, sin embargo se puede notar como para ello no se exige resolución judicial alguna, lo cual roza con el derecho de propiedad pues del análisis de la norma se extrae que se trata de una obligación del ente financiero, es decir, que no necesariamente debe ser dispuesto como medida cautelar, al ser una obligación, se omite un análisis sobre los presupuestos del caso concreto y sobre la proporcionalidad de la medida.

- El anticipo jurisdiccional de prueba es otra figura que es ambigüamente regulada dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada, pues ya el Código Procesal Penal lo regulaba. Los requisitos para realizar la diligencia estriban en que exista sospecha de que hay peligro para la vida, integridad o patrimonio del testigo y de sus allegados o bien que suministre información que comprometa a sospechosos e imputados. La ambigüedad de ese artículo 19 radica en que se trata de requisitos similares para ordenar la protección procesal de víctimas y testigos a la luz del contenido del artículo 204 bis del Código Procesal Penal, pues entonces no existiría una regla clara de cuando aplicar la protección procesal, dentro de la que se contempla como causal, que se esté dentro de una investigación de delincuencia organizada y cuando solicitar un anticipo jurisdiccional de prueba.

- Parece que existe una serie de supuestos comunes a dos figuras procesales, que si no se estudia bien la prueba, son capaces de afectar los derechos fundamentales de los implicados dentro del proceso, pues el anticipo significa una regla a la inmediación del juez en debate y a la oralidad; y la protección a víctimas y testigos significa una violación al derecho de defensa.

- Con respecto los artículos 20,21 y 22, los cuales refieren a la figura de la causa del patrimonio, que a su vez regula lo relativo al patrimonio

emergente, surge la duda del motivo por el cual se hace alusión a un proceso administrativo dentro de una ley procesal como la presente. De un análisis de estos numerales se desprende que el Ministerio Público, el Ministerio de Hacienda, el Instituto Costarricense contra las Drogas y la Contraloría General de la República pueden interponer denuncia ante el Juzgado Civil de Hacienda para que otorgue un plazo de veinte días a la persona para que conteste y se evacue la prueba con respecto a su patrimonio, denuncia que puede hacerse con una retrospectiva de hasta diez años, se podrán inmovilizar los bienes de esta persona mientras tarde el proceso. En caso de dictarse una sentencia en la que la parte no haya podido justificar su patrimonio se dispondrá su pérdida, las multas y costas de la investigación, es así como queda claro que se trata de un proceso administrativo al que se hace referencia en esta ley de orden procesal.

- Por otro lado, las reglas del decomiso son sencillas, todos los bienes producto del delito o los que se hayan utilizado para la comisión de los mismos serán decomisados, sin embargo, ¿cómo determinar si son producto de delito o utilizados para su comisión en etapa de investigación? Es decir, la redacción establece reglas, sin embargo la construcción del numeral 25 no es la más precisa. Con respecto al decomiso, los bienes quedarán a la orden del Instituto Costarricense contra las Drogas y en caso de que los bienes se entreguen a determinada institución para ser utilizados, los mismos serán asegurados para poder garantizar un resarcimiento por su eventual pérdida o destrucción, así como en el caso de bienes inmuebles se ordenará la anotación registral de acuerdo con lo estipulado en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley contra la Delincuencia Organizada. Incluso en caso de que los bienes decomisados puedan deteriorarse o su mantenimiento sea de alto costo para el Estado, los mismos podrán ser rematados a pesar de no existir una sentencia firme.

Dentro de los alcances de la Ley contra la Delincuencia Organizada se puede ubicar una serie de variantes como las que han sido expuestas, dentro de las cuales se ubica la reforma a los plazos de prescripción, los plazos de prisión preventiva y las personas legitimadas para solicitarla, la regulación sobre los secretos sumarial y bancario, la intervención de las comunicaciones, anticipos jurisdiccionales y la forma en que el Estado puede disponer de los bienes decomisados aún sin existir sentencia firme.

CAPÍTULO III.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Sección I. ¿Violaciones a derechos fundamentales?

La Ley contra la Delincuencia Organizada tuvo su origen en el expediente legislativo número 16830, dentro del cual se pueden apreciar algunos motivos que no exactamente son afines a los objetivos que persigue el proceso penal. Uno de estos motivos por los cuales se creó la ley en cuestión –según el expediente legislativo– fue cumplir con el precepto de justicia pronta, sin embargo el enfoque con el que se desarrolla ese concepto se tergiversa en el tanto tiende hacia un marcado eficientismo penal²¹.

En relación con lo mencionado en el párrafo anterior es menester recalcar lo mencionado por MORALES (2011: 43-44), quien indicó lo siguiente:

“...la corriente eficientista suele valerse de la premisa de que los derechos y las garantías establecidas constitucional y normativamente para la defensa de las personas perseguidas por la supuesta comisión de un delito, constituyen obstáculos para el juzgamiento expedito y efectivo de estos sujetos y por ende para la satisfacción de las pretensiones de la sociedad civil –con sus clamores populistas– por lo cual, intenta legitimarse con fuerza ante la opinión pública para poder relativizar esas máximas...”

²¹ Ejemplo de esto es creación de la plataforma de información policial, la cual tiene como objetivo lograr mayor eficiencia y eficacia en investigaciones (tanto represivas como preventivas).

Como ya se ha venido adelantando en múltiples momentos a lo largo de este trabajo monográfico, si bien es cierto que es deber del Estado prevenir el delito, ello se debe trabajar con base en adecuadas políticas públicas (dentro de las que se incluye la política criminal) y no solo por medio de investigaciones policiales “preventivas” o de procesos expeditos, por lo que la base de esta ley se sustenta en conceptos con un contenido muy difuso.

Así pues, antes de centrar los esfuerzos institucionales en la creación de normas o procesos de índole eficientista y que promuevan una intervención penal máxima, deben considerarse como piedras angulares a los Derechos Humanos, los cuales se basan en la premisa del respeto a la dignidad de la persona. Una anteposición de los criterios eficientistas respecto de los Derechos Humanos podría evocar conocidos regímenes que se caracterizaron por aspectos de esta índole²².

Resulta necesario ahora realizar una breve disertación sobre los principales elementos que se han visto contrariados a partir de la creación y puesta en marcha de la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica.

1) Seguridad jurídica.

El proceso penal, independientemente de si es el ordinario o uno especial²³, constituye la materialización del derecho penal material y por tanto debe visualizarse como un derecho constitucional aplicado (HASSEMER, 2003:72). En

²² Verbigracia los regímenes nacionalsocialista alemán y fascista italiano, ya que ambos negaron el principio de dignidad humana y el reconocimiento de los Derechos Humanos (LLOBET, 2008).

²³ Por ejemplo proceso de tramitación compleja, proceso especial abreviado o de crimen organizado.

este sentido, el respeto o irrespeto a los derechos fundamentales de las personas sometidas a procesos penales, refleja el tipo de Estado que lo aplica²⁴.

HASSEMER (2005:77), hace referencia a que el Estado de Derecho constituye la defensa frente a los perjuicios estatales no justificados, lo cual se encuentra intrínsecamente ligado al concepto de seguridad jurídica, pues es deber del mismo ente estatal garantizarla, no permitiendo que la acción coercitiva estatal sobrepase límites en cuanto a tiempo, intromisión en la intimidad de las personas y en sí, en lo que respecta al roce con los derechos fundamentales.

El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente ligado al de legalidad, el cual integra a la reserva de ley y a la exigencia de taxatividad y certeza (tal como se desprende del artículo 39 de la Constitución Política²⁵). Además, su fundamento se ubica en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, se exalta la importancia de la creación de tipos penales claros y precisos y de procesos garantes, por lo que se debe analizar con profundidad si concurren problemas en la utilización de tipos penales abiertos o en blanco, así como, con mucha más razón, debe estudiarse el contenido y el entorno de la norma procesal (pues además de influir en el principio de seguridad, está íntimamente unido al debido proceso).

El artículo primero de la Ley contra la Delincuencia Organizada presenta problemas en la definición del concepto principal, pues se brindan parámetros sumamente abiertos para analizar cada situación y casi cualquier conducta podría

²⁴ Costa Rica promulga ser un Estado Democrático de Derecho, lo cual implica tanto el respeto a la decisión de mayoría como el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas.

²⁵ El artículo 39 constitucional reza en lo que interesa: "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."

encajar perfectamente en la concepción que se tiene de crimen organizado. De acuerdo con el mencionado artículo, para hablar de delincuencia organizada debe tratarse de un grupo de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (delito grave se entiende como aquel sancionado con pena igual o mayor a los cuatro años de prisión).

El primer problema práctico es que la ley en cuestión limita lo estipulado por la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. La Convención establece en su artículo 2 que el grupo debe estar constituido por tres o más personas; éste es uno de los factores por los cuales se puede hablar de afectación del principio de seguridad jurídica en Costa Rica.

Con respecto al tema tratado en el párrafo antecedente, no existe justificación alguna para que la Ley contra la Delincuencia Organizada amplíe el margen de definición internacional del concepto de crimen organizado, sino es por la búsqueda de una mayor intervención penal. Ante este panorama, un juez que analice la solicitud para la aplicación de este proceso, no solamente deberá analizar la literalidad de la ley, sino que se encuentra en la obligación de considerar los convenios internacionales.

Pasando ahora al tema de la existencia del grupo en el tiempo, cabe mencionar que es otro parámetro de valoración que queda disperso y a merced de la subjetividad de las partes, incluso, se destaca la misma falencia en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a pesar de que en ella se hace una serie de valoraciones más concretas sobre el grupo estructurado –como por ejemplo de que se trate de una asociación que no sea iniciada de manera fortuita para la comisión inmediata de

un delito— lo cierto es que en cuanto al tiempo de la existencia del grupo, no existe un parámetro objetivo de valoración.

La seguridad jurídica también debe analizarse desde otra arista, cual es la prescripción, pues a pesar de que la ley en cuestión establece una serie de causales tanto de interrupción como de suspensión que resultan ser novedosas, la seguridad jurídica no radica únicamente en conocer de ellas, sino que las mismas establezcan límites claros en cuanto a la duración del proceso, sin embargo con las causales contenidas dentro de esta legislación que se estudia, cada vez se amplían más los plazos de prescripción y por tanto los procesos se vuelven cada vez más largos, lo que afecta tanto la seguridad jurídica como el principio esencial de justicia pronta y cumplida.

En la redacción del artículo 5 de la Ley contra la Delincuencia Organizada se puede evidenciar una clara contradicción con el artículo 4 del Código Procesal Penal, el cual tiene su fundamento en los lineamientos constitucionales, pues este artículo quinto, con toda las causales de interrupción de la prescripción que contempla, permitiría que el proceso se resuelva a largo plazo, lo cual va en contra del principio de justicia pronta y cumplida

2) Igualdad procesal.

Otro de los principios que se ve contrariado es el de igualdad procesal, el cual tiene su asidero en el artículo 33 de la Constitución Política²⁶; asimismo el artículo 6 del Código Procesal Penal señala que una de las funciones jurisdiccionales es el garantizar la igualdad entre las partes. Para fundamentar esta aseveración se tomará como base, también, la situación de la prescripción.

²⁶ El artículo 33 de la Constitución Política costarricense señala: Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Dentro de los procesos ordinario y abreviado rigen las reglas originales de la prescripción, es decir el plazo máximo se reduce a la mitad no pudiendo ser inferior a tres años ni mayor a diez; en el proceso de tramitación compleja, si se da la declaratoria en las etapas preparatoria o intermedia no regirá la reducción de los plazos a la mitad; sin embargo dentro del proceso especial para juzgar lo que pueda considerarse como delincuencia organizada, además del plazo que se establece, se han incluido una serie de causales de interrupción que resultan novedosas, lo que deviene en una desigualdad procesal entre los imputados “comunes” y los “organizados”.

Sin importar el tipo de delito que se investigue (llámese estafa, homicidio, infracción a la ley de psicotrópicos, entre muchos otros), si tan sólo existe la declaratoria del artículo 2 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, no importa la pena de cada delito para calcular su prescripción, sino que esta será de diez años sin posibilidad de reducir el plazo a la mitad.

Es decir, en este aspecto se crea la primera desigualdad con respecto a un imputado que se juzgue, a manera de ejemplo, por diez delitos de estafa dentro de un proceso ordinario, que uno que se juzgue por la misma cantidad de delitos bajo la declaratoria de delincuencia organizada.

Por otro lado los motivos por los cuales se interrumpe la prescripción deben analizarse pues existen algunas variantes importantes que causan desigualdad con respecto al proceso penal ordinario²⁷ pues dentro de éste último se contemplan seis causales de interrupción, sin embargo las mismas varían para el proceso especial de crimen organizado.

²⁷ El artículo 33 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece las causas de interrupción de la prescripción, las cuales son la declaración indagatoria del imputado, la presentación de la querrela en delitos de acción privada, la resolución que convoca por primera vez a audiencia preliminar, el señalamiento a debate, cuando la realización del juicio se suspenda por causas atribuibles a la defensa con el claro propósito de obstaculizar el proceso y el dictado de la sentencia.

Se puede extraer que dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada el proceso se torna prácticamente imprescriptible en el tanto se interrumpe con el inicio de la investigación, sin embargo ¿cómo determinar cuando este inicio interrumpe la prescripción si la lógica indica que será hasta que exista una investigación previa que se puede declarar la tramitación del proceso bajo los parámetros de esta normativa?

¿Será que los efectos de la declaratoria de delincuencia organizada, se retrotraen al momento de inicio de la investigación? Este aspecto resulta ser un vacío dentro de esta ley, por lo cual además se afecta nuevamente el principio de seguridad jurídica. Precisamente la declaratoria del artículo dos de esta ley es otra causal de interrupción de la prescripción²⁸, la declaración indagatoria del imputado se trata de una causal común con respecto al proceso penal ordinario.

Una novedad es que el Código Procesal Penal establece que otro acto interruptor de la prescripción será la presentación de la querrela en delitos de acción privada, sin embargo como dentro de esta ley no se hace distinción alguna, pues una vez que exista la declaratoria del artículo 2 todos los delitos serán de acción pública, entonces tanto la presentación de la querrela como de la acción civil resarcitoria interrumpirán el plazo, lo cual carece de efectos prácticos si se toma en cuenta que también la presentación de la acusación tiene los mismos efectos.

De igual forma, otra de las causales comunes de interrupción de la prescripción es el dictado de la primera resolución que convoque a audiencia preliminar, sin embargo, tomando en consideración los plazos establecidos en el

²⁸ Esta causal habla sobre la declaratoria del artículo 4, sin embargo la lógica indica que se trata de la resolución a la que se refiere el artículo 2 de esta misma ley pues el cuarto numeral es el primer artículo referido a la prescripción.

artículo 316 del Código Procesal Penal, tampoco existe practicidad alguna en que también el auto de apertura a juicio sea una causal de interrupción²⁹.

A pesar de que no se trata de la misma redacción, el artículo 4 inciso h de la Ley contra la Delincuencia Organizada guarda similitud con el artículo 33 inciso d) del Código Procesal Penal, pues en ambos se establece que la resolución que convoque a juicio también será causal de interrupción de la prescripción, al igual que el dictado de la sentencia.

En el Código Procesal Penal se estipula que el plazo de prescripción se interrumpe también cuando el debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa, es decir cuando ésta tenga el propósito de obstaculizar el desarrollo normal del proceso, pero además dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada se divide esta causal en dos, lo que afecta el derecho de defensa del imputado.

En relación con lo anterior, la obstaculización del proceso por causas atribuibles a la defensa es una causal que se contempla en la Ley contra la Delincuencia Organizada, sin embargo pareciera que un comportamiento desleal de las partes podría sancionarse en la vía disciplinaria, no en la procesal pues no es el abogado el afectado, sino el imputado, ante la inseguridad que le pueda causar una nueva interrupción en el plazo de prescripción por un comportamiento no atribuible a él en condición personal.

El inciso k) del artículo 5 de la Ley contra la Delincuencia Organizada no guarda apego con los principios del derecho de defensa, más bien propicia la desigualdad procesal y por tanto la desigualdad de armas, pues el impedimento

²⁹ El artículo 316 del Código Procesal Penal establece un plazo de cinco días durante los cuales se pone a disposición de las partes las pruebas reunidas en la etapa de investigación y además se realiza la convocatoria a audiencia preliminar, la cual no podrá realizarse antes de diez días ni después de veinte de dictada la resolución, evidentemente ninguna causa penal podría prescribir en un plazo de veinte días.

para asistir a debate que presente el imputado no debe ser penado con la interrupción de la prescripción, dado que ello significaría que por caso fortuito o fuerza mayor³⁰ se penalice a la parte más débil del proceso, lo cual además afecta el principio de proporcionalidad, siendo que lejos de poner un límite a la actividad punitiva estatal, le otorga ventaja.

Por otro lado, ninguna de las partes se encuentra exenta de presentar un impedimento para asistir a debate, en el caso de la defensa técnica por ejemplo, podría resultar común que de previo al caso concreto existan otros señalamientos con prioridad, como por ejemplo un debate con una persona privada de libertad, lo cual justificaría que se solicite un cambio de señalamiento.

Así, a pesar de que exista una justificación razonable, con la sola solicitud de suspender el juicio se interrumpen los plazos de prescripción, sin embargo a ninguna otra parte procesal, sea fiscal, querellante o actor civil, se le impone ninguna carga en caso de realizar una solicitud semejante, lo cual también propicia otra desigualdad procesal.

Por último, las últimas líneas del artículo 5 se contradicen con lo estipulado por el principio de saneamiento de defectos formales (MORA, 1997:45), pues el mismo se deriva tanto del principio de justicia pronta y cumplida como del debido proceso, pues el acto jurisdiccional o resolución realizada con inobservancia de las formas procesales, de la Constitución y Derechos Humanos es incapaz de surtir efecto jurídico alguno.

A partir del artículo 175 del Código Procesal Penal se hace referencia a la actividad procesal defectuosa, a la convalidación de defectos y a los defectos absolutos, donde el principio general es que los actos que incumplan con las formas y condiciones previstas en la Constitución y Derecho Internacional, no

³⁰ Dos causas que han sido excluyentes de responsabilidad tanto en materia penal como civil.

pueden utilizarse para fundar una resolución judicial ni tampoco ser utilizados como presupuestos de ella.

La contradicción radica en que dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada, reflejo de las políticas eficientistas, se establece que la interrupción de la prescripción operará a pesar de que las resoluciones a las que se refieren los incisos del artículo 5 de esta ley, hayan sido declaradas nulas o ineficaces, es decir nuevamente se minimiza el principio de seguridad jurídica y los artículos 175 y 178 del Código Procesal Penal, lo que en buena lid no es viable en un Estado democrático de derecho.

El principio de igualdad procesal además se ve afectado en el tanto el proceso penal ordinario, a pesar de todas las reformas que ha sufrido, mantiene una serie de garantías para el indiciado, sin embargo, con el proceso establecido bajo la Ley contra la Delincuencia Organizada algunas de ellas se ven menoscabadas. La desigualdad entre los imputados sometidos a procesos ordinarios y especiales (delincuencia organizada) se hace todavía más evidente con la extensión de los plazos de prisión preventiva, con las disposiciones tajantes sobre el comiso y hasta con los plazos por los cuales se puede autorizar la intervención de las comunicaciones³¹.

3) Propiedad.

Pasando ahora al tema de la propiedad, cabe señalar que ella constituye uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política³². El derecho de propiedad, tal como lo hace ver HERNÁNDEZ VALLE (2002: 419) se

³¹ Incluso puede observarse como los plazos de investigación se duplican, siendo que se le da un tiempo desproporcionado al Ministerio Público para que realice su investigación, desproporcionado en el tanto el imputado podría encontrarse privado de libertad y por ello, lejos de ampliar plazos, debió propulsarse la celeridad.

³² El artículo 45 de la Constitución Política reza: “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.

trata de la imputación de un bien que se encuentra en el comercio de los hombres a un sujeto determinado y que le confiere a éste el poder jurídico de disposición sobre el mismo.

Entonces este derecho implica la disposición sobre determinado bien, por lo que su extracción del poder de la persona, así como ponerlo a disposición de otra, afectará sin lugar a dudas este derecho constitucional.³³ A pesar de que el decomiso ha sido permitido por ley, debe tener limitantes pues al ponerse bienes a disposición de terceras personas y al poder utilizarlos, se sobrepasan los límites de esta figura y se afecta la propiedad que sobre determinado bien tenía la persona investigada.

El decomiso, normalmente se encamina a que el Estado tenga temporalmente bajo su custodia determinado bien con fines de investigación. Dentro de dicha figura se permite aplicar el depósito provisional, es decir, la devolución del bien decomisado a una persona que tendrá el deber de conservarla y eventualmente, si el bien fuese requerido nuevamente por las autoridades judiciales, entregarlo, bajo apercibimiento de que se le podrá seguir una causa penal pues con la figura del depósito se le realizan las advertencias de ley.

Es así como no se priva del todo a las personas imputadas de su derecho a la propiedad (por ejemplo tratándose de decomiso de bienes como vehículos), sin embargo la novedad dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada es que a pesar de que puede aplicarse la figura del depósito provisional, se hará de manera exclusiva al Instituto Costarricense contra las Drogas (ICD), lo que implica que de existir algún bien decomisado durante la investigación de delincuencia organizada, siempre se verá el imputado privado de su derecho de propiedad, pues al incluirse dentro del artículo 26 de la Ley contra la Delincuencia Organizada la palabra

³³ El voto 3617-1994 de la Sala Constitucional hace referencia a que la propiedad es “el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar de ella, sin más limitaciones que las establecidas en la ley y el propietario, y conceptualizándose como facultades de uso, goce y disfrute del bien”.

“exclusivo”, se veda la posibilidad de devolverlo temporalmente al investigado o a una tercera persona con mejor derecho³⁴.

Se abre, además, la posibilidad de utilizar los bienes por parte del ICD o bien del Patronato Nacional de la Infancia³⁵, lo cual constituye una novedad teniendo en consideración que se está disponiendo de un bien ajeno sin que exista una sentencia condenatoria en firme, es más, sin exigir siquiera como requisito el auto de apertura a juicio, de manera que con el inicio de la investigación y el decomiso de bienes, de forma inmediata se podrá disponer de ellos.

Cuando se trate de bienes inmuebles se procederá con su anotación en el Registro Público y los que sean susceptibles de ser sometidos a fideicomiso o administración y rindan algún beneficio, se utilizarán a favor del ICD. Se observa así como incluso se le priva al imputado de su derecho sobre el beneficio de los bienes de su propiedad a pesar de no existir siquiera una condena en su contra.

4) Autodeterminación informativa.

La autodeterminación informativa es otro de los derechos fundamentales que se ve afectado en el texto de la ley, lo que evidentemente lleva a que en la práctica sus efectos se reflejen directamente en los derechos de las personas sospechosas, independientemente de que lleguen a ser o no imputadas, con sólo el hecho de existir una sospecha policial en su contra, por medio de algunas

³⁴ En cuanto al tercero con mejor derecho también se ve afectado pues de acuerdo con lo estipulado en el artículo 29 de la Ley contra la Delincuencia Organizada el reclamo de estas personas para la devolución de cualquier bien decomisado, podrá diferirse para ser resuelto en sentencia y con la extensión de los plazos tanto de prescripción como de prisión preventiva, el tercero de buena fe podría verse afectado incluso por varios años.

³⁵ El Patronato Nacional de la Infancia será depositario de los bienes decomisados en caso de delitos sexuales contra personas menores de edad que se investiguen bajo el proceso especial de delincuencia organizada.

actuaciones contenidas en esta norma, se violenta el ámbito de la vida privada de las personas.

Este derecho fundamental se deriva de lo que HERNÁNDEZ VALLE (2002) ha denominado como derechos inherentes a la autonomía personal donde destaca la intimidad y el derecho a la propia imagen; existe un ámbito privado de cada persona del cual las demás personas quedan excluidas, salvo que el titular del derecho comparta esa información.

El artículo 11 de la Ley contra la Delincuencia Organizada resulta hasta cierto punto delicado en el tanto se contrapone con el derecho a la autodeterminación informativa pues se establece que se creará una plataforma de información policial donde se compartirán datos y se tendrá acceso a la información de registros, bases de datos, expedientes electrónicos, redes internacionales e inteligencia policial, para efectos de que las investigaciones sean más eficaces.

Al respecto debe rescatarse la nota realizada por el magistrado de la Sala Constitucional FERNANDO CRUZ en la resolución 2011-011177, de las doce horas treinta y seis minutos del diecinueve de agosto del año dos mil once, en el sentido de que se hace un llamado de atención pues en Costa Rica no existe normativa que regule quienes pueden o no, obtener datos de las personas, lo que desemboca en que quienes logren accederlos podrían violentar este derecho.³⁶

La autodeterminación informativa debe analizarse desde varias aristas, iniciando con el proceso de obtención de los datos y continuando con su

³⁶ Al respecto, dentro de la resolución apuntada se indica literalmente: “El grabar la información de estas personas para el uso futuro en nuevos casos penales donde estos serían considerados en un futuro, sospechosos, refleja el enorme poder de la información acumulada no sólo para investigar delitos sino para convertir en sospechosos, automáticamente, a todos los ciudadanos que formen parte de estos acopios de datos. Al mismo tiempo refleja la imperiosa necesidad de establecer normas específicas en el Código Procesal Penal para el manejo de estos datos personales en las causas penales donde resulten relevantes.”

almacenamiento y utilización, pues a pesar de que la Ley contra la Delincuencia Organizada establece que la consulta de los datos podrá realizarse para hacer la investigación más eficiente –lo que ya de por sí podría incorporar una violación a este derecho y al de intimidad– lo cierto es que el siguiente paso podría ser la construcción de perfiles de personalidad para tomar medidas de control social (CHIRINO, 1997).

El artículo legal bajo análisis incluso establece la posibilidad de que en los casos donde no se requiera orden judicial, puedan accederse todos los registros, bases de datos, expedientes de órganos, entidades estatales, instituciones autónomas y municipalidades, lo cual lejos de delimitar los alcances de la función policial, la amplían hasta un ámbito indefinido que podría afectar derechos fundamentales.

Puede adicionarse a lo anteriormente comentado, que el texto de la ley analizada autoriza a la policía a realizar, sin control jurisdiccional alguno, actos que afectan la autodeterminación informativa de las personas, pues en la mayor parte de los asuntos, toda esta información será utilizada en perjuicio del sujeto investigado³⁷.

Tal como lo expone CHIRINO (1997), es en el ámbito penal donde recientemente se ha realizado una serie de cambios, ejemplo es el texto de la Ley contra la Delincuencia Organizada, en donde la posibilidad del ciudadano de controlar sus datos se reduce, por lo que se convierte en una herramienta de control y vigilancia sin límite alguno.

La tergiversación del concepto de democracia se refleja en la violación a los derechos fundamentales que se han identificado, pues en tesis de principio ni

³⁷ Existe claridad en el sentido de que todos los principios y derechos de los que se ha venido hablando en líneas superiores no son irrestrictos pues encuentran algunas limitantes como la prisión preventiva, el allanamiento y demás, sin embargo la premisa básica es que toda esta serie de actuaciones deben estar bajo control jurisdiccional.

siquiera el legislador puede actuar (en este caso, creando leyes) fuera de los límites que marcan las normas jurídicas, sobre todo la Constitución Política como aquella norma suprema. (BORJA, 2001: 241).

Sección II. El derecho a la libertad en la Ley contra la Delincuencia Organizada.

La libertad personal es uno de los derechos fundamentales de primera generación por excelencia el cual está intrínsecamente relacionado con el principio de dignidad humana, sin embargo este último se ha flexibilizado debido al discurso de la intervención penal máxima y al simbolismo penal.

El discurso de la intervención penal máxima (que incluye todos los criterios del eficientismo penal y el populismo punitivo) clama por leyes de “mano dura” con el fin de salvaguardar la “seguridad” de la sociedad, no obstante, aunque se creen estas leyes de emergencia y “tolerancia cero” (como la Ley contra la Delincuencia Organizada), lo cierto es que la violación al principio de dignidad del imputado no viene a constituir una solución al problema de inseguridad de los habitantes.

Al analizarse la norma relativa al crimen organizado debe tenerse en consideración que muchas personas que se ven tentadas por las grandes redes de delincuencia, lo hacen por problemas de exclusión social, por lo que lejos de aplicar políticas de mano dura y súper dura, debería aplicarse una mejor política criminal, la cual se traduce en una buena política social (LLOBET, 2008: 441).

El ser humano es un fin en sí mismo y como tal, el derecho a la libertad es inherente al mismo, es así como un pequeño pero amplio concepto de este derecho se traduce en ausencia de coacción moral o física sobre el hombre, lo

que permite su pleno desarrollo y además se presenta como la autodeterminación personal de cada persona. (HERNÁNDEZ VALLE, 2002: 185).

Al ser la libertad un derecho fundamental tan importante, debe rescatarse su aplicación prioritaria en la ley interna de cada país (LLOBET, 2008: 241), empero, como se concluye después del análisis de la Ley contra la Delincuencia Organizada, la libertad no se privilegia normativamente, sino que se establecen amplios criterios de restricción, lo cual sin duda contradice los principios establecidos en La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Poblaciones Vulnerables, Las Reglas de Mallorca, entre muchos otros instrumentos internacionales.

Los artículos 7, 8 y 9 de la Ley contra la Delincuencia Organizada regulan lo que concierne a la prisión preventiva dentro de este proceso especial, es así como se genera una serie de variantes con respecto a lo estipulado a partir del artículo 238 del Código Procesal Penal. En este orden de ideas, es necesario en primer lugar analizar la reforma realizada al Código Procesal Penal por medio de la ley 8720³⁸ donde se crea el artículo 239 bis en el cual se incluye como una causal de prisión preventiva que el delito que se investigue se califique como uno propio de delincuencia organizada.³⁹

³⁸ En fecha 04 de marzo del 2009 se reforman varios artículos y se crean otros nuevos en materia procesal penal por medio de la publicación de la ley 8720 de Protección a Víctimas y Testigos.

³⁹ Artículo 239 bis del Código Procesal Penal: 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.

Como causal de prisión preventiva pareciera que solamente el hecho de que una actuación sea calificada como componente de delincuencia organizada sería suficiente para privar preventiva y automáticamente de la libertad a una persona, sin que importe si existen arraigos (laboral, familiar, domiciliar) o si no concurre ningún otro peligro procesal.

Al respecto, el voto número 9349-2009 de las catorce horas treinta y dos minutos del día diecisiete de junio del año dos mil nueve de la Sala Constitucional, aclaró que el artículo 239 bis del Código Procesal Penal no es de aplicación automática, sino que el juez tiene la obligación de valorar si se presentan las circunstancias de los cuatro incisos que contiene el numeral, además de que con base en el principio de proporcionalidad, podría no imponer medidas cautelares privativas de libertad.⁴⁰

Aunado a lo dicho anteriormente, del análisis de diversas resoluciones de la Sala Constitucional⁴¹ se extrae que las causales que se incluyen por medio de la

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.

⁴⁰ En lo que interesa el voto citado indica: "...La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice "podrá ordenar") de hacerlo previa valoración y resolución fundada que, en el caso que nos ocupa, implicaba –entre otros- el análisis de la existencia de flagrancia. Esta Sala constató al escuchar la grabación de la audiencia realizada, que el Tribunal recurrido determinó y así lo fundamentó que sí existe flagrancia en el caso concreto y, como se trata de delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas (entre otros) consideró pertinente sujetar a la amparada al proceso a través de la medida cautelar de prisión preventiva, con el fin de asegurar la aplicación de la ley penal. Excede las competencias de este Tribunal Constitucional definir cuándo se está ante un delito en flagrancia, por ser un aspecto que debe dilucidarse en la misma jurisdicción penal. En el caso concreto, con la prueba recabada hasta el momento en la investigación que viene efectuando el Ministerio Público, el juzgador recurrido determinó que sí existen elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que la amparada (imputada) es, con probabilidad, autora de los hechos punibles que se le atribuyen y, a juicio de la Sala, como la flagrancia es un presupuesto para el dictado de la prisión preventiva que el recurrido valoró y analizó en la resolución aquí cuestionada (dictada oralmente), cuestionar su criterio implicaría una violación al principio de independencia del juez, que resulta inaceptable a la luz del Derecho de la Constitución..."

⁴¹ Algunas de las resoluciones consultadas fueron la 2010-021470 de las ocho horas cuarenta y cuatro minutos del veinticuatro de diciembre del 2010, 2010-019737 de las ocho horas cincuenta y

implementación del artículo 239 bis, deben estar acompañadas de los peligros procesales establecidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal y resultaría arbitraria y desproporcional su aplicación si no se presentara uno de los últimos⁴².

A pesar de que la prisión preventiva es la ultima ratio de las medidas cautelares de carácter personal y que ordinariamente se ha entendido que su plazo máximo de aplicación es de 12 meses⁴³, el artículo 7 de la Ley contra la Delincuencia Organizada lo extiende hasta por 24, es decir al doble.

Nótese pues que la proporcionalidad es un principio fundamental que debe analizarse al imponer cualquier medida cautelar, sobre todo si se habla de la más gravosa de todas (prisión preventiva), sin embargo el legislador no tomó muy en serio este criterio en la redacción de la norma, pues excedió en el doble el plazo original sin siquiera valorar que una privación “preventiva” de libertad por este plazo podría configurar una pena adelantada.

A pesar de que en la doctrina alemana el principio de proporcionalidad se traduce como la protección al imputado del poder punitivo estatal y en Latinoamérica se relaciona más con el principio de inocencia (LLOBET, 2008: 318), en el fondo se protege lo mismo, pues pretende que los poderes represivos estatales afecten lo menos posible a los derechos fundamentales de las personas.

El artículo 9 de la Ley contra la Delincuencia Organizada se contrapone con lo establecido por el 258 del Código Procesal Penal pues mientras la facultad de solicitar medidas cautelares así como de requerir su prórroga había sido una

ocho minutos del veintiséis de noviembre del 2010, 2009-010191 de las diez horas veintisiete minutos del veintiséis de junio del 2009, 2012-004088 de las ocho horas treinta minutos del veintitrés de marzo del 2012, todas de la Sala Constitucional.

⁴² A pesar de los argumentos ofrecidos por la Sala Constitucional, es conocido que muchos jueces aplican drásticamente la prisión preventiva cuando se habla de crimen organizado, ya que al menos con ello se garantizan no ser sometidos al escarnio popular que implica resolver diferente a lo que solicitan los medios de comunicación.

⁴³ Artículo 257 del Código Procesal Penal.

facultad exclusiva del Ministerio Público, con la norma relativa al crimen organizada se abre una serie de posibilidades novedosas y heterogéneas.

Respecto a lo antedicho debe recordarse que el órgano acusador estatal tiene el deber de guardar objetividad en sus investigaciones y en sus actuaciones, sin embargo pedir objetividad a las otras partes (querellantes o actores civiles), resulta contradictorio teniendo en consideración que siempre abogarán por sus intereses. Por lo anterior, resulta discutible que se abra la posibilidad tanto al querellante como al actor civil para requerir la prórroga de la prisión preventiva.

Ahora bien, suficientemente extensos son los plazos ordinarios de privación preventiva de libertad como para que aún así, incluso sobrepasando el principio de justicia pronta y cumplida, se permita que la prisión sea prorrogada hasta por doce meses más y por otros doce meses más en caso de dictarse una sentencia condenatoria, aunado a que se da una facultad excepcional al Tribunal de Apelación para que se pueda autorizar una prórroga de doce meses más, es decir, una persona sometida a un proceso por crimen organizado podría estar preso sin condena firme hasta por cinco años⁴⁴.

⁴⁴ A pesar de que el cese de la prisión preventiva está regulado en el artículo 8 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, lo cierto es que con la extensión de los plazos de prisión preventiva y las facultades que se dan a las partes, pareciera que queda prácticamente en desuso. Al respecto el artículo 9 de la Ley contra la Delincuencia Organizada dispone lo siguiente: 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 Casación Penal, 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 Casación, 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.

En el caso de darse un cambio de circunstancias que motive el cese de la prisión o bien el cambio de medida cautelar la misma, podrá variarse y para ello se remite a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal, sin embargo, nuevamente adquiere relevancia el principio de proporcionalidad en relación con el principio de justicia pronta y cumplida, que es otra de las garantías que se ven violentadas dentro de la presente ley.

Sección III. Afectaciones al derecho de defensa por la aplicación del secreto sumarial, el levantamiento del secreto bancario, la intervención de las comunicaciones y el anticipo jurisdiccional de prueba.

La Ley contra la Delincuencia Organizada violenta el derecho de defensa, el cual tiene su fundamento legal tanto en la Constitución Política como en la Declaración Americana de Derechos Humanos entre otros instrumentos internacionales. Sería bueno especificar las normas-artículos

Se trata de un derecho fundamental que junto con el debido proceso son pilares dentro de un sistema democrático de derecho, sin embargo, es un tema que debe ser discutido a nivel jurídico pues a pesar de que la jurisprudencia admite la aplicación del secreto sumarial, lo cierto es que cualquier secreto para la defensa limita este derecho.⁴⁵

Con las actuales tendencias, la libertad y el derecho de defensa son dos de los más afectados, pues una ley como la que se analiza tiende hacia la expansión del Derecho Penal y por lo tanto se opone al principio de Derecho Penal Mínimo (LLOBET, 2005: 207).

⁴⁵ Algunas resoluciones de la Sala Constitucional consultadas y que admiten la aplicación del secreto sumarial son: 1302-90, de las 15:30 horas del 17 de octubre de 1990, 3984-92, de las 15:27 horas del 15 de diciembre de 1992, 6535-95, de las 16:21 horas del 28 de noviembre de 1995 y 5050-97, de las 9:51 horas del 22 de agosto de 1997

Existe una serie de figuras que se amplían dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada, ampliaciones que constituyen limitaciones a los derechos fundamentales de los imputados, dentro de ellas se identifican el secreto sumarial, el secreto bancario, la intervención de las comunicaciones y el anticipo jurisdiccional re prueba.

1. Secreto sumarial en contraposición con el derecho de defensa.

Si bien el Código Procesal Penal a partir del artículo 296 tutela el secreto de las actuaciones, la Ley contra la Delincuencia Organizada amplía las facultades del Ministerio Público, actuaciones que limitan los derechos fundamentales de las personas sometidas al proceso penal y con ello se afecta el derecho de defensa.

Realizando una breve referencia a lo establecido en el Código Procesal Penal respecto a la regulación de la figura a que se hace referencia, dentro del proceso ordinario el Ministerio Público solamente podrá disponer el secreto de las actuaciones en una única ocasión y por un plazo que no puede exceder los diez días consecutivos, procede siempre y cuando el imputado no esté privado de libertad y si se dicta la prórroga por un plazo igual⁴⁶, la misma podrá ser revisada a solicitud de parte por la autoridad jurisdiccional competente.

Por otro lado, dentro del proceso especial contra la criminalidad organizada, se amplía esta facultad pues si en el proceso ordinario procedía solamente en caso de que la publicidad de cierto acto o información entorpeciera el descubrimiento de la verdad, en este nuevo y particular proceso además de la razón original, brinda otra que podría resultar contraria a los principios del derecho de defensa, pues se establece el secreto cuando esa publicidad pueda provocar la fuga de algún imputado.

⁴⁶ Es decir, el plazo original y la prórroga no podrían exceder de veinte días consecutivos, no hábiles.

El descubrimiento de la verdad es uno de los fines del proceso, la fuga del imputado es un aspecto que debe analizarse dentro de una solicitud de medidas cautelares, sin embargo el secreto sumarial no es una medida cautelar, sino una limitante a la publicidad de las actuaciones⁴⁷, por tanto este aspecto no sería válido para fundamentar el secreto de las actuaciones.

Una de las lagunas que se identifica en la redacción de este mismo artículo, es la prórroga del plazo pues se indica que la misma procederá “hasta por veinte días”, lo que quedará a interpretación de las partes, pues de acuerdo con el principio de interpretación restrictiva debería entenderse que la prórroga procederá por diez días consecutivos más, sin embargo de acuerdo con las actuales tendencias a las que ya se hizo referencia⁴⁸ y tomando en consideración que el derecho es un constante debate de distintos criterios, podría interpretarse por parte de alguna parte del proceso, que la extensión del secreto podrá hacerse hasta por veinte días más.

Aunado a lo anterior, como si no se limitara lo suficiente el derecho de defensa, y atendiendo a criterios de Derecho Penal Máximo, este instituto procesal procederá en dos ocasiones durante el proceso, vedando la posibilidad al imputado de contar con la garantía que significa el principio de contradicción, pues el secreto lo dispone el Ministerio Público y solamente en caso de prórroga será revisado por la autoridad jurisdiccional.

Toda esta serie de leyes que amplían los plazos y facultades del órgano acusador del estado se derivan de postulados como el “labelling approach” en donde se restringen las garantías al imputado solamente por el hecho de ser la

⁴⁷ Siendo que el acceso al expediente y a toda la información es parte esencial del derecho de defensa, evidentemente el secreto supone que el mismo se limite, siendo que por un eventual peligro de fuga no se debe justificar la no publicidad de los autos pues debe traerse a colación que el único fin de las medidas cautelares es mantener a una persona vinculada al proceso, no asegurar el éxito de una investigación.

⁴⁸ Remitiendo nuevamente a Llobet (2005) en cuanto a la violación del principio de derecho penal mínimo.

parte acusada, lo que se traduce en leyes que pretenden simbolizar un efecto de prevención general positiva en la sociedad.

Al respecto se puede citar lo expuesto por MASSIMO DONINI al dar una explicación sobre la relación del derecho penal simbólico con el labelling approach, siendo que se indica:

“...vale a dire l’idea che con questo tipo di incriminazioni si inflinge un pregiudizio reale, attraverso la sanzione penale, al fine di ottenere effetti poco più che simbolici... i fenomeni di carattere simbolico fanno necessariamente parte del tessuto del sistema penale. In effetti, da prospettive alquanto distinte, a partire dalla criminología critica -ed en particolare, secondo l’impostazione del labelling approach- che accentua le condizioni determinanti la costruzione sociale della categoria del ‘delito’, sino alla teoria della prevenzione generale positiva, che concepisce quella del delito e della pena come una sequenza di assunzioni di posizioni comunicative rispetto alla norma, emerge come gli elementi dell’interazione simbolica costituiscano l’essenza medesima dil Diritto Penale...” (DONINI, 2007: 70)⁴⁹

2. Intervención de las comunicaciones. Figura siempre controvertida y ahora ampliada.

⁴⁹ Vale la pena decir la idea que con este tipo de incriminaciones se causa un prejuicio real a través de la sanción penal, con el fin de obtener efectos poco más que simbólicos... Los fenómenos de carácter simbólico se hacen necesariamente parte del tejido del sistema penal. En efecto, desde una perspectiva algo distinta, a partir de la criminología crítica –y en particular, según la teoría del labelling approach- que acentúa las condiciones determinativas de la construcción social de la categoría del delito, y de la teoría de la prevención general positiva, que consiste en que el delito y la pena son una secuencia de supuestos de posiciones comunicativas respecto a la norma, emerge como los elementos de la interacción simbólica que construyen la esencia misma del derecho penal.

La regulación que se da en la Ley contra la Delincuencia Organizada sobre la intervención de las comunicaciones es un punto que no puede dejar de analizarse, pues desde un pequeño estudio jurisprudencial⁵⁰ se puede notar como es un instituto que ha sido polémico y al admitir que se trata de una restricción a derechos fundamentales inherentes al ámbito privado de la persona, las diferencias con respecto al instituto original deben ser analizadas con detenimiento.

El artículo 9 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervenciones de las Comunicaciones regula lo concerniente a la intervención de las comunicaciones privadas en donde como reglas generales se tiene que podrá ordenarse a solicitud de parte, cuando existan indicios suficientes de la comisión de un delito y por un plazo máximo de tres meses, plazo que excepcionalmente puede prorrogarse en dos ocasiones si la complejidad del caso lo amerita y, como medida para que la afectación al derecho sea mínima, debe ser el juez personalmente quien realice la diligencia.

A través de la intervención del mismo juez que participa en la etapa preparatoria, se pretende una intromisión mínima al ámbito privado de la vida de las personas y la regulación del plazo responde a criterios de proporcionalidad, pues debe tomarse en consideración que a pesar de que excepcionalmente se admitan limitaciones a los derechos fundamentales, siempre debe existir un plazo máximo en aras de garantizar una intromisión estatal mínima y proporcional a los hechos investigados.

La Ley contra la Delincuencia Organizada entra en conflicto con lo realmente querido y lo aplicado (HASSEMER, 1995), pues mientras se habla de

⁵⁰ Al respecto se pueden citar algunos votos como el 2005-9139 de las once horas treinta y ocho minutos del 08 de julio del 2005, 10091-2001 de las catorce horas treinta minutos del 09 de octubre del 2001, 3444-97 de las diez horas veintiún minutos del 20 de junio de 1997, todos de la Sala Constitucional.

garantismo penal –lo realmente querido- se crean normas como la que se estudia, que responde a lo “aplicado”. Es decir, por medio de las variantes que se identifican en la figura de las intervenciones se intentará concluir la hipótesis que se plantea sobre si se violenta algún derecho fundamental con las variantes introducidas por esta norma.

Es así como en el proceso contra la criminalidad organizada a partir del artículo 14 se regula lo que concierne al Centro Judicial de Intervención de Comunicaciones pues la idea es brindar practicidad al proceso, pero ¿a qué costo?

El Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, tal como se encuentra regulado, se trata de una dependencia que realizará las diligencias de intervenciones telefónicas y de otro tipo de comunicaciones, operando veinticuatro horas al día y a pesar de que remite al proceso establecido en la ley 7525⁵¹, lo cierto es que se da entonces, una serie de contradicciones con respecto a la interpretación que jurisprudencialmente se viene dando de esta otra norma.

El disponer un Centro especializado que se encargue de la escucha de las comunicaciones privadas de las personas pareciera que va en contra de uno de los principios derivados del artículo 9 de la ley 7425⁵² cual es la indelegabilidad de

⁵¹ Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

⁵² El artículo 9 de la Ley 7425 reza: Dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de las comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: secuestro extorsivo; corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas número 8204 del 26 de diciembre del 2001. En los mismos casos, dichos tribunales podrán autorizar la intervención de las comunicaciones entre los presentes, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26 de la presente ley; cuando se produzcan dentro de domicilios y recintos privados, la intervención solo podrá autorizarse si existen indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva.

la diligencia el cual se desprende del artículo 24 de la Constitución Política⁵³ que regula el derecho a la privacidad de las comunicaciones y se destaca con más especificidad en el artículo 10 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

De esta forma, reiteradamente la Sala Constitucional ha exaltado la importancia de este principio como una garantía para el ciudadano pues mediante la participación jurisdiccional se mantiene un estricto control sobre todas las diligencias.⁵⁴

Entonces, al confrontar lo estipulado en cuanto al Centro de Intervenciones con respecto al artículo 10 de la ley 7425 se puede concluir que existe una clara contradicción pues el juez de la etapa preparatoria no participaría, sino que sería una persona, de la cual no se determina siquiera los requisitos que debe cumplir, la que realizaría la intervención, de forma tal que se trata de un tercero que se

⁵³ El artículo 24 de la Constitución Política garantiza el derecho a la privacidad de las comunicaciones y establece: 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 otro 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 cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se interve nga 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.

⁵⁴ Al respecto se puede consultar el voto 3195-95 de las quince horas doce minutos del 20 de junio de 1995 de la Sala Constitucional.

impone de la información que se extrae de las escuchas, con la paradoja de que de igual forma otro juez debe imponerse de la información posteriormente, por lo cual no existe un efecto práctico en la creación de un centro especializado.

Además se violenta el principio de indelegabilidad⁵⁵ pues debe ser el mismo juez quien ordenó la diligencia quien la practique, sin embargo como regla –no como la excepción contenida en el artículo 10 de la Ley 7425- la intervención, dentro del proceso de criminalidad organizada, establece como regla la delegación en los funcionarios de este centro.

Otro aspecto que se debe analizar es el plazo de duración de la limitación a la privacidad de las comunicaciones pues de acuerdo con el principio de proporcionalidad⁵⁶ se estableció un plazo de tres meses y solamente en casos excepcionales podrá prorrogarse por un plazo igual hasta en dos ocasiones, es decir, el plazo total podría ser de hasta nueve meses.

A pesar de lo anterior, el proceso especial de delincuencia organizada en el artículo 15 establece un plazo de doce meses y con la posibilidad de prorrogarlo en una única ocasión por un plazo igual, es decir la duración de una intervención telefónica podrá ser de hasta veinticuatro meses, dos años y tomando en consideración el plazo original establecido en la ley 7425, pareciera que resulta una intromisión desproporcional en la esfera privada de las personas.

Con las ampliaciones en los plazos se envía un mensaje a la sociedad, un mensaje sobre los “esfuerzos” que se hacen para investigar y dar un castigo a las personas que cometan un delito, sin embargo los principios de Derecho Penal Mínimo y de garantismo penal son hechos a un lado para dar paso a un proceso que interfiere desproporcionalmente en el ámbito privado de las personas.

⁵⁵ El artículo 10 de la Ley 7425 en lo que interesa estipula: “El juez realizará personalmente la diligencia...”

⁵⁶ La ampliación de los plazos sería una consecuencia irracional del proceso y traspasa la frontera de la proporcionalidad (HASSEMER, 1995)

3. Secreto bancario, ¿regla o excepción?

El secreto bancario es una institución del derecho por medio de la cual se regula la reserva financiera que deben guardar las entidades financieras con respecto a la información de una persona física o jurídica, se trata de una modalidad de secreto profesional, tal como lo ha establecido la Sala Tercera.⁵⁷

En un proceso penal, normalmente el levantamiento del secreto bancario se dispone como una medida excepcional, solamente se ordena en casos calificados donde sea indispensable la obtención de la información financiera de alguna de las partes.

A pesar de lo anterior y contraviniendo los principios de derecho penal mínimo, en el artículo 18 de la Ley contra la Delincuencia Organizada se establece que el levantamiento de este secreto procederá en todos los casos que se tramiten bajo esta normativa por lo que la figura deja su carácter excepcional.

Para la aplicación de esta figura de acuerdo con lo estipulado en el artículo supraindicado es necesario que exista la declaratoria del artículo 4 de esta ley, se trata de una medida que puede ser ordenada por un juez a solicitud del Ministerio Público por lo que su trámite no varía mayormente del levantamiento del secreto bancario ordenado dentro de un proceso ordinario.

A pesar de que este proceso permite aplicar la figura en todos los casos que se tramiten bajo esta ley, no quiere decir que deba dejar de hacerse un análisis sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida pues no se trata de una aplicación automática, sino que debe respetarse el debido proceso y el derecho de defensa.

⁵⁷ Voto 1422-2004 de las diez horas diez minutos del diecisiete de diciembre del año 2004 de la Sala Tercera.

Un aspecto particular es que a pesar de que no se haya ordenado el levantamiento del secreto bancario, de forma preventiva podrá ordenarse el congelamiento de las cuentas bancarias del imputado, sin embargo si bien con el levantamiento del secreto se puede extraer información relevante para la investigación, si el mismo no se ordena pero se aplica solamente el congelamiento de las cuentas se contraviene el derecho de propiedad del imputado.

Es decir, del artículo 18 de la Ley contra la Delincuencia Organizada se puede tanto ordenar el levantamiento del secreto bancario como el congelamiento de cuentas, bajo esta última modalidad, solo congelamiento, no se desprende información que sirva para cimentar la investigación por lo cual, al negarle el acceso a sus cuentas al investigado sin necesidad de que produzcan prueba en su contra, es una contravención a los derechos fundamentales de esta persona.

Una de las lagunas que se extraen de esta norma es la falta de un plazo por el cual pueda ordenarse el congelamiento, por lo cual, existe un vacío legal evidente.

Todo esto responde a que tal como se indicó en el capítulo anterior, esta ley ha sido creada a la luz de una “situación de emergencia” y sobre todo causando un efecto simbólico y por ello se han destacado algunos vacíos contenidos en esta pequeña ley.

Como parte de los efectos simbólicos en la redacción de la norma se destaca que se hace ver este levantamiento como una regla y no de forma excepcional, sin embargo, siendo el juez el aplicador directo de la Constitución, debe valorar los parámetros mencionados anteriormente como necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

4. Fundamento del anticipo jurisdiccional de prueba.

El proceso penal ordinario tutela en el artículo 293 lo concerniente al anticipo jurisdiccional de prueba lo cual es una figura necesaria en algunos casos, sin embargo se debe tener especial cuidado en su aplicación pues principios como el de inmediación de la prueba y oralidad podrían verse comprometidos.

Se trata de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales o bien se aplica en caso de declaraciones que deban tomarse en determinado momento pues en el futuro existen obstáculos de difícil superación, motivo por el cual el testimonio no podrá ser evacuado en juicio o bien cuando en asuntos sumamente complejos se tema que el testigo olvide circunstancias esenciales.

De previo cualquiera de las partes debe realizar la solicitud debidamente fundamentada al juez y en caso de admitirla se llevará a cabo la diligencia.

Las reglas para la aplicación de esta figura procesal resultan ser bastante sencillas y se comprende por el contenido de la norma, el carácter excepcional del anticipo jurisdiccional de prueba, sin embargo, del proceso especial para juzgar delitos que hayan sido calificados como delincuencia organizada, se extraen otras reglas para la aplicación de la misma figura y queda claro el efecto simbólico de esta ley.

En el artículo 19 de la Ley contra la Delincuencia Organizada se regula el anticipo jurisdiccional de prueba, sin embargo las reglas que se establecen son sumamente abiertas, lo que atenta contra la seguridad jurídica y además resultan ser confusas y hasta contradictorias con lo que estipula el Código Procesal Penal al respecto.

Una observación que necesariamente debe realizarse es el hecho de que este artículo 19 remite al Código Procesal Penal y por ello la importancia de que

no exista contradicción alguna entre ambas normas, sin embargo el legislador, al proponer nuevas circunstancias por las que puede llevarse a cabo el anticipo.

Ahora bien, el anticipo jurisdiccional de prueba, de acuerdo con lo establecido en la Ley contra la Delincuencia Organizada establece que procede cuando exista indicio de que hay peligro para la vida o integridad de alguna persona o bien peligro para su patrimonio o el de sus allegados y que dicha información sea comprometedora sobre la responsabilidad de los sospechosos o imputados.

Es importante analizar cada parte de este artículo, en primer lugar en cuanto al peligro para la vida o integridad física de alguna persona, pero ¿de cuál persona? El Código Procesal Penal habla directamente del testigo, sin embargo al dejar tan abierta esta norma podría prestarse para confusiones, peligro para la vida del testigo, de la víctima, del imputado o de terceras personas.

Podría resultar una paradoja que se hable de la integridad de terceras personas que no tienen participación en el proceso, sin embargo es el mismo artículo 19 el que estipula incluso un peligro para los allegados de esa persona, es decir, el anticipo procedería incluso, en caso de existir, una amenaza a la integridad de un tercero que no sea interviniente del proceso, ni siquiera como testigo.

Lo anterior no es más que un efecto simbólico de esta ley, pues indirectamente el ciudadano se sentirá más protegido, sin embargo puede notarse que estas imprecisiones afectan directamente los derechos fundamentales del imputado.

Esto lleva al tema sobre el peligro para el patrimonio de la persona o sus allegados, en este punto debe realizarse un balance entre el derecho a la libertad y el derecho de defensa y el patrimonio de terceras personas, pues parecería

desproporcional si se toma en cuenta que además significa una excepción a la inmediatez y oralidad.

De acuerdo con la jurisprudencia nacional,⁵⁸ destaca la importancia de que se aplique la figura en mención en circunstancias excepcionales, siendo que en el caso de la ley en estudio el hecho de que se permita la realización de un anticipo jurisdiccional de prueba por razones meramente patrimoniales, resulta contradictorio, pues debe existir una justificación válida para no esperar su evacuación hasta la etapa de juicio.

Otro aspecto que por la regulación tan abierta de esta figura no queda claro es cuándo se debe aplicar el anticipo jurisdiccional de prueba y cuándo la protección a víctimas y testigos de acuerdo con lo establecido en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal.

El artículo 204 bis permite la aplicación de protección de datos de víctimas y testigos partiendo del mismo supuesto, en el tanto que exista un riesgo importante para la integridad o vida de la persona que se pretende proteger, por ello, tomando en consideración esta regulación y atendiendo al carácter excepcional del anticipo jurisdiccional de prueba, debería valorarse si además de ello existe un obstáculo difícil de superar que no permita tomar el testimonio en el futuro debate.

La redacción de esta ley resulta ser muy particular, pues según el artículo que se analiza se puede proceder con la diligencia si la persona va a suministrar información que comprometa la responsabilidad de los sospechosos o imputados.

Entonces pareciera ser un artículo bastante peculiar pues se debe partir de una premisa básica, los testigos de cargo que se aporten por el Ministerio Público, Querellante o Actor Civil son ofrecidos porque la fiscalía parte de la premisa de que siempre declararán sobre aspectos que comprometan la responsabilidad del

⁵⁸ Destaca el voto 3477-200 del 28 de abril del 2000 de la Sala Constitucional.

imputado, por lo que, de acuerdo con la redacción de este artículo, en todos los casos procedería la aplicación de esta figura.

Por lo anterior, además de las confusas circunstancias estipuladas en el artículo 19 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, pareciera racional continuar remitiendo al Código Procesal Penal para la eventual toma de declaraciones mediante el anticipo jurisdiccional de prueba, como excepción a la inmediación en debate oral y público que resulta ser.

De esta manera queda claro que lo que se pretende por medio de la Ley contra la Delincuencia Organizada es crear un efecto simbólico mediante el establecimiento de plazos elevados a la prisión, por medio de la redacción de artículos como el 19, donde en correcto derecho y en aplicación del debido proceso, debe el juzgador remitirse al Código Procesal Penal y a todas las demás circunstancias que crean un falso sentimiento de seguridad en el ciudadano sin que corresponda a la realidad.

Retomando las características establecidas por HASSEMER (1995) para el reconocimiento de la legislación que es producto del simbolismo del derecho penal, se puede observar cómo las mismas se cumplen, es decir, la ley en cuestión se basa en las consecuencias del incumplimiento de las normas penales, lo que se refleja en la pérdida de las garantías procesales, de manera tal que con esta pérdida en perjuicio del imputado, la sociedad “gana” –al menos desde el punto de vista nominal– confianza en el sistema penal.

No existe una fundamentación objetiva sobre la extensión de los plazos de prisión preventiva, del secreto sumarial, de las intervenciones telefónicas ni tampoco sobre los nuevos parámetros para la aplicación del anticipo jurisdiccional de prueba, por el contrario, ante la desproporcionalidad de muchas de estas figuras contempladas en la Ley contra la Delincuencia Organizada, se refleja

claramente la ausencia de elementos objetivos y racionales, necesarios en el proceso de creación de esta ley.

Sus fines son meramente preventivos, como se puede evidenciar con las reglas establecidas para el secreto sumarial y de esta manera, de acuerdo con la redacción de algunos de los artículos, se logra determinar cómo se hace énfasis en algunos términos que reflejan que la precisión de la ley se basó en el eficientismo penal, lo cual consecuentemente se manifiesta en la provocación del ya aludido efecto simbólico en la sociedad.

Por lo anterior es que la Ley contra la Delincuencia Organizada se puede encuadrar como una respuesta sustitutoria del legislador, creada a la luz de una falaz emergencia, falaz pues es la errada sensación de inseguridad que crea el populismo punitivo en la sociedad, lo que principalmente hizo que el legislador respondiera ante esta supuesta “crisis” limitando, de manera desproporcionada, los derechos fundamentales del imputado y descargando sobre él toda la premisa bélica del discurso de la intervención penal máxima, es decir, se postula una “guerra” sin cuartel contra el crimen organizado pero ni siquiera se tiene claro lo que es.

CONCLUSIONES.

El Simbolismo del Derecho Penal se crea a partir de una concepción parcializada de esta herramienta de control jurídico penal y se refleja claramente en el proceso de creación de normas. Si bien es cierto el fenómeno del crimen organizado es complejo, deben buscarse los medios adecuados para prevenir su presencia en Costa Rica, ya que una ley que restringe derechos fundamentales y que tiene un corte con tendencia inquisitiva no es una solución unívoca para luchar contra ella.

La Ley contra la Delincuencia Organizada nació en el año 2009 bajo un concepto trillado y errado de “guerra” contra este tipo de criminalidad, evocando conceptos bélicos, lo cual tiene un efecto engañosamente positivo de aceptación social, pues crea una falsa sensación de seguridad.

El primer problema de aplicación de esta ley es su definición pues la misma es sumamente amplia y tiene algunas diferencias con respecto a tratados internacionales que regulan el tema como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por ejemplo en cuanto a la cantidad de personas que debe conformar el grupo delictivo y es difícil, a nivel de investigación, determinar la estructuración del grupo, lo cual resulta ser un requisito para la aplicación de esta ley.

Por otro lado los problemas de seguridad jurídica que se pueden identificar en esta ley son evidentes, las causas de interrupción y suspensión de la prescripción son sumamente amplias, lo que genera que el proceso tramitado bajo esta normativa sea prácticamente imprescriptible.

Incluso son novedosas algunas de las causales de suspensión de la prescripción a manera de ejemplo en los delitos funcionales en donde el plazo no corre si el imputado aún está en ejercicio de sus funciones, este ejercicio puede

determinarse de manera administrativa o bien por medio de medidas cautelares, de manera tal que si no ha existido motivo para la suspensión del cargo, parece irracional que se mantenga suspendido el plazo de la prescripción.

La prisión preventiva dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada se regula de forma distinta a lo estipulado en el Código Procesal Penal, de forma tal que una persona puede estar privada de su libertad hasta por sesenta meses sin que exista una sentencia firme en su contra, lo que además de un roce evidente a los principios de dignidad y libertad es un claro problema de seguridad jurídica pues conlleva a que las investigaciones sean extensas y se causa incertidumbre a las partes quienes, en la práctica, siempre desean que sus causas sean resueltas a la brevedad posible.

De acuerdo con lo anterior, tomando en consideración los plazos de prescripción y de prisión preventiva se violenta claramente el artículo 41 de la Constitución Política y 4 del Código Procesal Penal pues ambos hacen énfasis en que a toda persona sometida a un proceso judicial se le debe hacer justicia pronta y cumplida, de conformidad con lo estipulado en la Ley bajo estudio se pierde la garantía de prontitud en las causas que se tramiten bajo los parámetros de esta última.

El secreto sumarial se amplía afectado el derecho de defensa pues de poder realizarlo solamente en una ocasión, con la Ley contra la Delincuencia Organizada se puede hacer hasta en dos ocasiones, lo que limita el acceso al expediente y por tanto las facultades que pueda ejercer el imputado para realizar tanto su defensa técnica como material.

Por otro lado el secreto bancario no es una regla, debe seguir analizándose como una excepción a pesar de que en esta ley se establezca que en todas las investigaciones que tengan la declaratoria del artículo 4 de la misma procederá el

levantamiento del mismo, pues siempre deben analizarse los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

A pesar de lo anterior, la figura del congelamiento de cuentas bancarias se encuentra regulado de forma incorrecta, pues deja a criterio del ente financiero la escogencia de las cuentas que pueden ser congeladas y no establece un plazo mínimo; para ello se indica que el congelamiento finalizará cuando se comunique la resolución que finalice el proceso, sea sobreseimiento, archivo o desestimación, lo que afecta de forma directa el derecho de propiedad del imputado, pues debe contemplarse no solamente un plazo máximo, sino también la posibilidad de levantar el congelamiento sin necesidad de que sea por la finalización del proceso.

Otra de las figuras controversiales es la intervención de las comunicaciones por medio del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, pues dentro de los principios generales extraídos de la ley 7425 es el mismo juez que ordenó la diligencia quien personalmente debe realizarla, sin embargo, la creación del Centro supone como regla general la delegación en otro funcionario, lo que violenta el artículo 24 de la Constitución Política.

El plazo de las intervenciones contenido en la ley especial que las regula es por un máximo de 9 meses, contemplando las prórrogas que puedan solicitarse. Sin embargo, desproporcionadamente este plazo se amplía en la Ley contra la Delincuencia Organizada hasta por 24 meses, lo que evidencia los efectos simbólicos de esta legislación.

Por último, en cuanto al anticipo jurisdiccional de prueba, tal como se explicó en el desarrollo del tema, los criterios para aplicarlo contravienen el derecho de defensa y el principio de inmediación pues no resulta lógico que la misma se aplique cuando exista peligro para la integridad o patrimonio de

personas que no figuran en el proceso siquiera como testigos, es evidente el efecto que el populismo punitivo ha tenido en el proceso de creación de normas.

Así pues, la Ley contra la Delincuencia Organizada parte de una concepción sesgada de emergencia, al crear un efecto contradictorio, pues mientras se causa un sentimiento de seguridad –falsa– en la persona, ésta no se da cuenta que en caso de que se vea envuelta en un proceso judicial de este tipo, se limitarán todas las garantías contempladas en la Constitución Política y Tratados Internacionales.

Los medios de comunicación masiva han tenido un papel preponderante en el proceso de creación de normas, pues dada la manera en que transmiten información sobre los niveles de delincuencia a la población, crean miedos en la misma, situación que a su vez incide en que muchos ciudadanos soliciten a los políticos la creación de leyes de mano dura y súper dura, que los hará sentirse más seguros, sin embargo esto no es más que un efecto simbólico del control jurídico penal.

Es así como el temor a la amenaza, la percepción de la violencia y la política criminal son los tres pilares que conforman el pensamiento social y, al menos, la primera condición la adquiere del trato mediático que se le da al tema del delito, provocando diversas reacciones que inciden en la creación de normas de emergencia.

Las leyes de emergencia resultan ser respuestas “sustitutorias” del legislador, pues se crean a partir de la “crisis” expuesta (construida) por los medios de comunicación masiva y que ha sido interiorizada por la sociedad, es decir, se trata de leyes creadas a partir del populismo punitivo y su principal característica es la violación a los derechos humanos del imputado, quien en última instancia, es la parte más vulnerable del proceso.

Indicado lo anterior, ante el análisis de la Ley contra la Delincuencia Organizada y tomando en consideración las conclusiones a las que se ha llegado en cuanto a los derechos fundamentales que se limitan con esta normativa, es claro que esta ley cumple con las características de una norma de emergencia, que pretende funcionar como una especie de prevención general negativa.

Se puede concluir entonces, que claramente se violentan los derechos fundamentales de las personas con la creación de esta ley, que no es más que un ejemplo de Simbolismo Penal, pues todos los institutos que contiene (prescripción, prisión, secreto sumarial, secreto bancario, intervenciones telefónicas, anticipo jurisdiccional de prueba, entre otros) ya eran regulados por otras leyes, las cuales contemplan una restricción menor a los derechos fundamentales de las personas con plazos que fueron fijados por el legislador tomando en consideración el principio de proporcionalidad.

Lamentablemente, las tendencias actuales del populismo punitivo son exaltadas por el legislador por medio de la creación de leyes de emergencia que pretenden tener una labor “ejemplificante” en la sociedad, por medio de la prevención especial negativa, lo que no es más que el Simbolismo Penal en su máxima expresión.

Es así como de acuerdo a lo indicado en el primer capítulo y retomando la clasificación de las normas que hace HASSEMER (1995), la Ley contra la Delincuencia Organizada es una norma de carácter simbólico, pues además de encuadrar en un tipo de norma de acuerdo con la clasificación indicada, cumple con una serie de características específicas.

Se trata de una ley que se creó como una respuesta sustitutoria del legislador ante la aparente crisis planteada en primer término por los medios de comunicación masiva e interiorizada por la sociedad, es decir es una ley de

emergencia creada a la luz del populismo punitivo y que cumple con una de las premisas básicas de este tipo de legislación: la relativización de los derechos fundamentales del imputado.

Dentro de las características que se identifican fácilmente dentro de la Ley número 8754 salta a la vista que se orienta a las consecuencias, se pierde el garantismo y se basa en argumentos eficientistas, por lo que con base en tales supuestos, el simbolismo cobra vida. Tampoco se apoya en elementos objetivos pues no se basa en el fin de la norma sino en sus funciones, uno de los ejemplos que se pueden destacar es la desproporcionalidad de la prisión preventiva o de las intervenciones telefónicas, pues sin parámetros objetivos, los plazos se amplían en más del doble, con lo que se satisface el interés de represión de la sociedad, alimentado por el populismo punitivo.

Por último, es claro como algunos de los fines de esta normativa son preventivos, a manera de ejemplo, con la regulación del levantamiento del secreto bancario y el congelamiento de las cuentas del investigado. Conforme a los elementos que caracterizan las leyes con efectos simbólicos (HASSEMER, 1995), se puede establecer que los mismos se cumplen y además es posible encuadrar la ley como una respuesta sustitutoria del legislador, con lo que no queda duda de que la Ley contra la Delincuencia Organizada es una ley de claros efectos simbólicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLI, R. (2003). *Sistema penal y problemas sociales*. España: Tirant lo Blanch.
- BORJA, E. (2001). *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. Costa Rica, Editorial Jurídica Continental.
- CHIRINO, A. (1997). *Tecnologías de la Información y Proceso Penal, Análisis de una Crisis Anunciada*, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales n 10, San José, Costa Rica.
- DIEZ, J. (2000). *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*. Conferencia realizada para el seminario Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. Alemania.
- DONINI, M. y PAPA, M. (2007). *Diritto Penale del Nemico, un Dibattito Internazionale*. Italia, Giuffrè Editore.
- ELBERT, C. (2010). *Populismo Penal en Costa Rica*. Conferencia ofrecida en las Jornadas Académicas en conmemoración del 40 aniversario de la Defensa Pública de Costa Rica. 5 de marzo del 2010. Costa Rica.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. España, Trotta.
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. España, Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y garantismo*. España: Trotta.
- FLORES, C. (2011). *Génesis y Evolución Histórica del Crimen Organizado*. Estados Unidos, Universidad de Conneticut.
- GAMBETTA, D. (2007). *La Mafía Siciliana, el Negocio de la Protección Privada*. Italia, Editorial FCE.
- GONZALEZ (2008). *¿Inquisitivism como Eficientismo? Utopía, Distropía y Ucronía del Inquisitivism*. Perú, Escuela de Altos Estudios Jurídicos.
- HASSEMER, W. (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy, Norma, Interpretación y Procedimiento. Límites a la Prisión Preventiva*. Argentina, Ad-Hoc.
- HASSEMER, W. (1995). *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*. Argentina, Conosur.
- HASSEMER, W. (2003). *Por qué no debe Suprimirse el Derecho Penal*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- HERNÁNDEZ, R. (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. Costa Rica, Juricentro.
- JIMÉNEZ, L. (2001). *Derecho Penal, Criminología y Otros Temas Penales*, Volumen 2. Argentina, Editorial Jurídica Universitaria.
- LARRAURI, E. (1997). *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*. España, Universidad Autónoma de Barcelona.
- LLOBET, J. (2005). *Derecho Procesal Penal. I Aspectos generales*. Costa Rica, editorial Jurídica Continental.

- LLOBET, J. (2008). *Derechos Humanos en la Justicia Penal, Evaluados con Películas*. Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- LLOBET, J. (2010). *La Prisión Preventiva, Límites Constitucionales*. Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- LUPSHA, P. (1980). *Political Economy of Drug Trafficking*. Estados Unidos, University of New Mexico.
- MANZANOS, C. (2011). *Génesis de los Conflictos, Sociedad del Miedo e Industrialización del Control*. España. Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada n. 161.
- MOLINA, R. (2008). *La McDonalización del Proceso Penal*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Colombia.
- MONTERO, D. (2007). *Democracia y Defensa Pública*. Costa Rica, Poder Judicial.
- MORA, L. y otros. (1997). *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Costa Rica, Editorial Colegio de Abogados.
- MORALES, J. (2011). *La Creación Discursiva de la Verdad en el Sistema Penal Costarricense*. Monografía para optar por el título de Magíster en Sociología Jurídico Penal. Universidad de Barcelona. Costa Rica.
- NICOLELLA, A. (2011) *Los Medios de Comunicación y el Populismo Punitivo*. Artículo de la revista Magazine Observador, Argentina.
- PEZZINO, P. (1993). *Condizioni Politiche e Amministrative della Sicilia*. Italia, Donzeli Editore.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. (2010). *Política integral y sostenible de seguridad ciudadana y promoción de la paz social (POLSEPAZ)*. Costa Rica: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- YOUNG, J. (2003). *La Sociedad "Excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. España, Marcial Pons.
- ZAFFARONI, E. (2005). *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos*. Argentina, B de F.
- ZAMBRANO, A. (2006). *El Populismo Punitivo*. España, en Jornadas Juzgado de Pueblo.

JURISPRUDENCIA.

- SALA CONSTITUCIONAL, voto 2617-94 de las 10:45 del 03 de junio de 1994.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 2011-11177 de las 12:36 del 19 de agosto del 2011.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 9349 -2009 de las 14:32 del 17 de junio del 2009.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 1302-90 de las 15:30 del 17 de octubre de 1990.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 3984 -1992 de las 15:27 del 15 de diciembre de 1992.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 6535-95 de las 16:21 del 28 de noviembre de 1995.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 5050-97 de las 09:51 del 22 de agosto de 1997.

SALA CONSTITUCIONAL, *voto 2005-9139* de las 11:38 del 08 de julio del 2005.
SALA CONSTITUCIONAL, *voto 10091-2001* de las 14:30 del 09 de octubre del 2001.
SALA CONSTITUCIONAL, *voto 3444-97* de las 10:21 del 20 de junio de 1997.
SALA CONSTITUCIONAL, *voto 3195-95* de las 15:12 del 20 de junio de 1995.
SALA CONSTITUCIONAL, *voto 3477-2000* de las 08:59 del 28 de abril del 2000.
SALA TERCERA, *voto 1422-2004* de las 10:10 del 17 de diciembre del 2004.

LEYES Y TRATADOS INTERNACIONALES.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
Convención Americana de Derechos Humanos.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
Constitución Política de Costa Rica.
Ley contra la Delincuencia Organizada de Costa Rica.
Ley de Protección a Víctimas y Testigos Costarricense.
Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones de Costa Rica.
Código Procesal Penal de Costa Rica.
Expediente Legislativo número 16973 denominado Ley para el Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana como antecedente de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

MEDIOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS:

DERECHO PENAL JBC, <http://derechopenaljcb.blogspot.com/2012/06/winfried-hassemer-la-violencia.html> (Consulta 30 de octubre, 2012)
MODELO DE LAS NACIONES UNIDAS DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, http://www.itammun.org.mx/wp-content/uploads/2011/08/CPDJP_Tema-A.pdf (consulta 04 de octubre, 2012)
WORDPRESS, ARTÍCULO “LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA Y LA TENDENCIA HACIA UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. GUILLAMONDEGUI, R. en <http://bohemiaguerrera.wordpress.com/perspectivas-del-derecho-penal/los-discursos-de-emergencia-y-la-tendencia-hacia-un-derecho-penal-del-enemigo/> (consulta 17 de octubre, 2012)