

**UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA**  
**CARRERA: LICENCIATURA EN DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN**  
**DERECHO.**

**TEMA: ¿EXISTEN ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL**  
**ENEMIGO EN LA NORMATIVA PROCESAL PENAL**  
**COSTARRICENSE?**

**SUSTENTANTE: ERICK JOSE ARIAS MUÑOZ**

**TUTOR: LICDA. CINDY ARENAS BEJARANO**

**AGOSTO, 2022**

## CARTAS DE APROBACIÓN DEL TUTOR

Puntarenas, 16 agosto, 2022.

**Departamento Registro  
Facultad Ciencia Sociales, Carrera Derecho.  
Universidad Hispanoamericana, Sede Puntarenas.**

Estimados señores(as)

El estudiante, ERICK JOSE ARIAS MUÑOZ, cédula de identidad 503910259, me ha presentado para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado ¿Existen Elementos del Derecho Penal del Enemigo en la Normativa Procesal Penal Costarricense?, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

He verificado que se han incluido las observaciones y hechas las correcciones indicadas, durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación, antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos, conclusiones, y recomendaciones. Los resultados obtenidos por el postulante implican la siguiente calificación:

a)	Original del Tema	10%	10%
b)	Cumplimiento de entrega de avances	20%	20%
c)	Coherencia entre los objetivos. Los instrumentos aplicados y los resultados de la investigación	30%	30%
d)	Relevancia de las conclusiones y Recomendaciones.	20%	20%
e)	Calidad, detalle del marco teórico.	20%	20%
TOTAL			100%

Atentamente



Lic.da. Cindy Arenas Bejarano

Cedula: 109740040

Docente Universidad Hispanoamericana

Sede Puntarenas

## CARTAS DE APROBACIÓN DEL LECTOR

### CARTA DE LECTOR

Puntarenas, 22 de agosto 2022.

Carrera Derecho  
Universidad Hispanoamericana  
Sede Puntarenas

Estimados señores:

He analizado la propuesta, de investigación denominada "¿EXISTEN ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL DEL ENEMIGO EN LA NORMATIVA PENAL COSTARRICENSE?", elaborada por el estudiante, Erick Arias Muñoz, cédula de identidad número cinco-trescientos noventa y uno-doscientos cincuenta y nueve, particularmente en lo relativo al aporte jurídico que dicha investigación pueda aportar a las ciencias jurídicas y a efecto de obtener el grado de Licenciado en Derecho. La misma cumple con los requerimientos y exigencias de la Universidad Hispanoamericana, en consecuencia, no tengo correcciones o recomendaciones que hacer.

Por consiguiente, doy por aprobado dicho trabajo de investigación, para su defensa.

Atentamente,



Lic. Marvin Cubero Martínez

Cédula. 601930244

Docente



## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo de tesis principalmente a mi madre María Antonia Muñoz Muñoz, que ha sido un pilar fundamental en el que me he apoyado para salir adelante y continuar mi trayectoria académica.

A mi padre Jorge Didier Arias López, que sin su apoyo no hubiera podido completar este sueño universitario. Ambos junto a mis hermanos, son la motivación para seguir adelante y concluir mis estudios en la Licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Hispanoamericana.

## **AGRADECIMIENTO**

En primera instancia a Dios, por darme la salud y capacidades necesarias para poder llevar a cabo mi primer meta académica y por mantener a mi familia con salud y darme la bendición de tener un trabajo en el Ministerio de Seguridad Pública.

También quiero externarle un agradecimiento especial a mi tutora Cindy Arenas Bejarano, que me ha demostrado que la clave del éxito no es meramente una condición personal, sino, que en el trayecto y frente a las dificultades, nos debemos de rodear de personas con don de gente. Sin Su apoyo y dirección no hubiera sido posible el éxito de este proyecto de investigación.

## TABLA DE CONTENIDO

CARTAS DE APROBACIÓN DEL TUTOR	II
CARTAS DE APROBACIÓN DEL LECTOR	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
TABLA DE CONTENIDO	VI
ÍNDICE DE TABLAS O CADROS	X
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES	X
RESUMEN	XI
<b>CAPÍTULO I INTRODUCTORIO</b>	
1.1 Planteamiento Del Problema	2
1.2 Problematización	3
1.3 Justificación del Tema	4
1.3 Objetivos De Investigación	6
1.3.1 Objetivo General	6
1.3.2 Objetivos Específicos	6
1.4 Alcances y Limitaciones	6
1.4.1 Alcances	6
1.4.2 Limitaciones	7
<b>CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO</b>	
2.1 Contexto Histórico	9
2.1.1 Teoría de Jakobs	9
2.1.1.1 Dicotomía Ciudadano-Enemigo	16

2.1.1.2 Imputación Objetiva según Jackobs	20
2.2 Contexto Teórico-Conceptual	21
2.2.1 Derecho penal costarricense	21
2.2.2 Origen del constitucionalismo en Costa Rica	22
2.2.3 Principios del Proceso Penal Costarricense	25
2.2.3.1 Principio de Igualdad Procesal	26
2.2.3.2 Ultima Ratio	27
2.2.3.3 In dubio pro reo	29
2.2.3.4 Proporcionalidad de la pena	30
2.2.3.5 Culpabilidad	31
2.2.3.6 Lesividad	32
2.2.3.7 Dignidad Humana	33
2.2.3.8 Principio de Inocencia	34
2.2.3.9 Cosa Juzgada	34
2.2.4 Control concentrado de constitucionalidad	36
2.2.5 Elementos del Derecho penal del enemigo subyacentes en la normativa Nacional	38
2.2.5.1 Medidas cautelares	38
2.2.6 Control de convencionalidad	41
2.2.7 Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José)	45
<b>CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO</b>	
3.1 Tipo De Investigación	48
3.1.1 Finalidad	48

3.1.2 Dimensión Temporal	49
3.1.3 Macro	49
3.1.4 Naturaleza	49
3.1.5 Tipo de investigación	50
3.2 Sujetos o Fuentes De Información	51
3.2.1 Sujetos de estudio	51
3.2.2 Fuentes primarias	51
3.2.3 Fuentes secundarias	52
3.2.4 Fuentes terciarias	53
3.3 Selección Del Muestreo	54
3.3.1 La población	54
3.3.2 La muestra	54
3.3.1 No pirobalístico	54
3.4 Técnicas e Instrumentos Para La Recolección De Datos	54
3.4.1 Fichas bibliográficas	55
3.5 Operacionalización De Las Variables	55
<b>CAPÍTULO IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS</b>	
Ficha Bibliográfica N°1	62
Ficha Bibliográfica N°2	69
Ficha Bibliográfica N°3	72
Ficha Bibliográfica N°4	87
<b>CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	
5.1 Conclusiones	95

5.2 Recomendaciones	99
---------------------	----

## CAPÍTULO VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1 Bibliografía	102
------------------	-----

## ÍNDICE DE TABLAS O CUADROS

Tabla N°1 Fuentes primarias utilizadas en la investigación	46
Tabla N°2 Fuentes secundarias utilizadas en la investigación	47

## ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración N°1 Pirámide de Kelsen aplicada en Costa Rica	62
---	----

## RESUMEN

El proyecto con el nombre Elementos del derecho procesal penal del enemigo en la normativa penal costarricense dentro de los principales hallazgos se plantea el siguiente:

Se desarrollan las teorías del derecho penal democrático y derecho penal del enemigo, en todos sus extremos, logrando constatar que el primero se determina como garante del constitucionalismo y la protección de los derechos humanos de las personas, por su parte, se evidencia un derecho penal del enemigo que violenta total o parcialmente derechos inherentes a las personas por los que nuestros antecesores han luchado por obtener.

Producto de un análisis integral de la normativa democrática costarricense, se logra identificar algunos elementos que pertenecen al derecho penal del enemigo, por lo que, carecen de legitimación y deben ser subsanados mediante el control de convencionalidad que en este caso es potestativo de los jueces de turno.

Es así como el trabajo se plantea con la siguiente estructura:

Capítulo I Planteamiento Del Problema: En él se desarrolla la introducción, la descripción del problema, el planteamiento del problema, los objetivos, los alcances y limitaciones.

Capítulo II Marco Teórico: Se expone de manera contextual la información que da sustento a la investigación.

Capítulo III Metodología de la Investigación: En este apartado se menciona la metodología a utilizar en la investigación, tipo de estudio, universos, fuentes, entre otros.

Capítulo IV Análisis e interpretación de datos: Se tabulan los datos en tablas y figuras.

Capítulo V Conclusiones y Recomendaciones: Se presentan los hallazgos más relevantes de la investigación, así como la serie de recomendaciones.

Capítulo VI Referencias Bibliográficas: Se muestra las fuentes utilizadas en la investigación, ordenada alfabéticamente.

**CAPÍTULO I**  
**INTRODUCTORIO**

## 1.1 Planteamiento Del Problema

El sistema penal actual atraviesa una situación paradójica, misma que es posible estudiar bajo los preceptos de una teoría denominada “Derecho Penal del Enemigo”, la cual fue reincorporada a la discusión doctrinal por el profesor alemán Günther Jakobs en 1985.

Dicha teoría consiste en el trato legal diferenciado, según Jakobs (2006) citado por Llobeth y Chan (2020) “hace referencia a la creación de un derecho penal dirigido a regular exclusivamente los riesgos propiciados por delincuentes peligrosos, para quienes el derecho penal acostumbrado resulta insuficiente para contrarrestar su conducta” (p.23).

En los últimos años, la disciplina del Derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular corpus punitivo que podría identificarse con la denominación “Derecho penal del enemigo”.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este término sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.

En este contexto Molina (2016) argumenta

Muchos de estos ordenamientos poseen una mescolanza entre el “derecho penal del ciudadano” y el “derecho penal del enemigo”: del primero se dice que restaura la vigencia de la norma al aplicar la pena y está dirigido a ciudadanos,

del segundo que está enfocado en combatir peligros y se dirige a enemigos quienes no son meros individuos que quebrantan una norma, sino elementos que plantean una amenaza de gran envergadura para la colectividad y desafían la autoridad misma del Estado.(p.02)

Es así como la presente investigación plantea la siguiente pregunta de investigación;

¿Existen elementos del Derecho Penal del Enemigo en la normativa Penal Procesal costarricense?

Con este trabajo de investigación se analizará desde la perspectiva teórica práctica, si judicialmente en los procedimientos ejecutados en sede jurisdiccional, se ve inmersa la aplicación parcial de la teoría en cuestión, donde se examinará al órgano jurisdiccional costarricense, actuando de forma diferente, de acorde a la peligrosidad o reincidencia de algunos justiciables.

## **1.2 Problematicación**

A diferencia del Derecho Penal Democrático, esta otra percepción es generalmente rechazada de plano por los juristas y personas dentro o fuera de los conocimientos jurídicos que escuchan sobre él, las cuales pareciera que no tienen razonamiento crítico, apartado del sentimentalismo negativo que provoca la palabra “Enemigo”.

Se desconocen la práctica sancionatoria utilizada por los juzgadores, hacia algunas personas que, por determinados factores, son socialmente incompatibles con la colectividad, a los cuales se le aplican sanciones más significativas amparados en el artículo 71 inciso F del Código Penal Costarricense o incluso se deniegan algunas medidas cautelares diferentes a la privativa de libertad, fundamentados en los artículos 239,239 y 239 bis del mismo cuerpo normativo, lo cual se convierte en una norma abierta a

interpretación del juzgador, de la cual se puede utilizar para aplicar un castigo más gravoso a una persona por su conducta posterior al delito, dicho acto judicial es propio del Derecho Penal del Enemigo ya que, valora la peligrosidad del agente infractor.

Los opositores de la Teoría Penal del Enemigo, arguyen que la legislación Nacional es estrictamente Democrática y que, considerar la aplicación de esta corriente Dogmática revivida por el expositor supra mencionado en 1985, sería un intento de nazificar un Estado de Derecho.

Lo anterior significaría un intento retrograda de redirigir el ordenamiento jurídico vigente, y, una evidente laceración a todos los avances en Derechos Humanos, que nuestros antecesores defensores de las políticas democráticas, han peleado y aplicado en pro de la igualdad procesal normada en nuestra Carta Magna, específicamente en su Artículo 33.

Si bien es cierto que, la totalidad del texto de la obra “Derecho penal del enemigo” del principal expositor supra mencionado Jakobs en sus extremos, es contraria a los parámetros de los Derechos Humanos aplicables en una sociedad democrática como la nuestra, en lugar de soslayar dicha teoría, debemos analizar si ésta ya subyace en menor medida en la aplicación práctica de la normativa procesal vigente, bajo la potestad de autonomía que revierte el Estado a los Jueces Penales de turno.

### **1.3 Justificación del Tema**

La primera modalidad de legitimación del poder punitivo del Estado dice que para el juzgamiento penal de todas las personas deben cumplirse ciertos derechos y garantías básicas. No obstante, con esta modalidad usualmente se ejecuta una enunciación ontologizante de aquellos derechos y garantías previstos por la tradición penal liberal,

mediante la cual se oculta o distorsiona, lo que sucede en la práctica real de los sistemas penales, en lo que toca a la vigencia fáctica de dichos derechos y garantías.

Así, el Derecho, entendido como ciencia o reflexión jurídica, se desentiende de esa realidad, el castigo penal se legitima acá diciendo que hace algo, que en la práctica no ejecuta.

El Derecho penal del enemigo desde la perspectiva de Jakobs, citado por Sánchez (2017: p.17) se caracteriza por tres elementos:

En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido).

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada y, en tercer lugar, determinadas garantías procesales.

El Derecho penal del enemigo es una consecuencia fatal del Derecho penal del riesgo, lo cual, dentro de la constitución costarricense, es sin duda un tema que revoluciona la perspectiva legal, es decir, se plantea la protección de los derechos humanos por encima del discurso de seguridad contra la lucha de la delincuencia, como una estrategia jurídico – política.

El proyecto de investigación busca hacer un estudio sobre las generalidades de la teoría del derecho penal del enemigo, determinar si existen elementos dentro de la normativa procesal costarricense.

### **1.3 Objetivos De Investigación**

#### ***1.3.1 Objetivo General***

**1.3.1.1** Analizar los conceptos de la teoría del derecho penal del enemigo y constatar si sus elementos subyacen en las nuevas políticas del Derecho procesal penal costarricense.

#### ***1.3.2 Objetivos Específicos***

**1.3.2.1** Desarrollar la teoría del Derecho Penal Democrático y del Derecho Penal del enemigo.

**1.3.2.2** Realizar un análisis comparativo entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal costarricense.

**1.3.2.3** Identificar si existen elementos del Derecho Penal del Enemigo, subyacentemente en la legislación penal costarricense.

**1.3.2.4** Determinar los parámetros para la utilización del control de convencionalidad

### **1.4 Alcances y Limitaciones**

#### ***1.4.1 Alcances***

El alcance de una investigación establece el compromiso de un investigador porque indica los resultados que generará con su proyecto. Sin embargo, en la práctica es muy común ver proyectos de investigación que incluyan elementos de más de uno de estos cuatro alcances, ya que durante el desarrollo de la investigación se dan hallazgos que pueden dar un giro a la investigación, replanteando el problema inicial si es necesario.

Los alcances expresados son descriptivos y cualitativos por el enfoque de la investigación, ya que, miden la relación con el conocimiento alcanzado acerca del problema de investigación y la relación con las aplicaciones prácticas de dicho conocimiento de tal forma que permitan transformar la perspectiva estudiada.

Dentro de los alcances propuestos en el proyecto son los siguientes:

- Brindar información viable para futuras investigaciones sobre el derecho penal del enemigo y si existen elementos que subyacen en la normativa procesal penal costarricense.
- Evaluar la teoría de Jakobs, mediante un análisis comparativo entre la legitimidad del Estado costarricense y las normativas de esta teoría.
- Identificar elementos del Derecho penal del Enemigo aplicados de manera soslayada en el proceso penal costarricense.
- Analizar los parámetros que se deben de utilizar para realizar una correcta implementación del control de convencionalidad.
- Salvaguardar los derechos humanos inherentes de las personas.
- Concientizar sobre la importancia de diferenciar entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.
- Divulgar los principios básicos del proceso penal a la colectividad.

#### ***1.4.2 Limitaciones***

Aunque las limitaciones que se presentaron en el desarrollo del proyecto, no afectaron el avance del mismo, se pueden mencionar entre otros:

- Poca información a nivel nacional y regional sobre temas relacionados.
- Interpretación sobre los alcances del control de convencionalidad, el cual, se tiende a confundir con el control de constitucionalidad.
- Falta de claridad en la normativa procesal penal actual y los riesgos en incurrir se vean afectados los derechos humanos de los administrados.
- Falta de material doctrinal y jurisprudencial que no sobrepase los siete años permitidos por el centro académico para la sustentación.

- La pandemia que no permite realizar un trabajo de campo.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

La definición de las conductas como criminales, los procesos de criminalización y la manera de tratar a los considerados como delincuentes, no sólo depende de la óptica de las orientaciones de la política criminal (con que se oriente) sino también del modelo de Estado en que se aborde el tema: absolutista, liberal, social, totalitario, democrático de Derecho o neoliberal (Carvajal, 2018).

Para Carvajal (2018) “puede tener un enfoque de tipo liberal garantista o contrario a esta concepción con disminución de las garantías individuales, bajo un falso dilema de la seguridad versus los derechos fundamentales” (p.17).

En el siguiente apartado, se desarrollará el contexto histórico y el contextual algunos términos sobre el derecho penal de enemigo, del derecho penal democrático y sus elementos subyacentes, como fundamento conceptual, así como diferentes características del mismo, orientados a como estos se aplican a la normativa constitucional costarricense.

## **2.1 Contexto Histórico**

### ***2.1.1 Teoría de Jakobs***

Como preámbulo, para entender la siguiente teoría, impulsada por el reconocido jurista alemán Günther Jackobs, quien es un defensor del funcionalismo de Luhmann, debemos entender el contexto de lo que el autor considera como tal.

Niklas Luhmann, es un sociólogo Alemán que estableció la teoría del funcionalismo, donde define que la sociedad se rige por reglas funcional-estructurales, donde de primer instancia todos los individuos en una determinada sociedad tiene una función específica en la estructura social y deben cumplirla, el funcionalismo además del principio ya mencionado, también es una política aplicable a factores determinados de comportamientos en la sociedad, donde, se estudia la sociedad a como se encuentra en el

momento de intervenirla, no valora el contexto histórico de la misma, ni toma en cuenta aspectos culturales o cualquier otro para determinar los parámetros del injusto, según la teoría cada persona indiscriminadamente, tiene un rol específico dentro de la sociedad, para garantizar la sana convivencia y que su comportamiento debe ser categóricamente sistemático.

El sociólogo toma sus bases de la teoría de la vida y su concepción de la autopoiesis del biólogo chileno Humberto Maturana, quien determina el sentido de la vida e indica que las especies se determinan y se controlan por medio de comunicaciones, no necesariamente verbales, sino también corporales, donde cada individuo cumple con rol dentro de lo permitido en el grupo, funcionan como un engranaje en relación con su entorno y lo denominan “determinación estructural”.

Basado de esta teoría Luhmann lo llevó al campo de la sociología con la Teoría de los Sistemas donde considera que los sistemas tienen comunicación psíquica y de conciencia, todos los elementos de un sistema tienen un rol específico en la identidad de la sociedad, con un círculo de comportamientos que deben cumplir de manera automática y; Jackobs lo traslada al Derecho Penal con el Derecho Penal del Enemigo, quien define el funcionalismo jurídico-penal como una corriente normativa dirigida a garantizar la identidad de la norma y el lineamiento establecido que debe tener la sociedad.

Los principios del Derecho Penal del Enemigo postulados por Günther Jakobs en 1985 son hasta el día de hoy, un tema de discusión tanto en el ámbito de la dogmática penal, la filosofía del derecho como la política criminal de distintos países de occidente.

Posterior a su primera intervención sobre el modelo en cuestión realizada en 1985, el profesor Jackobs ha hecho diversos intentos de proponer el modelo en cuestión en discusión reiteradamente, el 4 de octubre de 1999, mientras se celebraba un congreso de

juristas en la ciudad de Berlín Alemania, el exponente realizó un revuelo dogmático al traer al escenario su tesis sobre la necesidad de aplicar un sistema correlativo al Democrático, al que denominó Derecho Penal del Enemigo, en el cual, se propone dar un trato diferenciado a un grupo determinado de personas que, basado en su peligrosidad, van a ser consideradas enemigos del Estado.

Varios académicos afirman que las categorías conceptuales del Derecho Penal del Enemigo tienen una marcada herencia hegeliana (Parma, 2012; Mizrahi, 2012). Esa herencia se encontraría presente en la definición de norma y delito, como también en la categoría de lo real que es relacionada de manera directa con la famosa frase de Hegel "El drama no es escoger entre el bien y el mal, sino entre el bien y el bien." que une dialécticamente lo real con lo racional y cuestionan la corriente en debate, refiriéndose a estar retrocediendo en cuanto a los avances logrados con las nuevas políticas criminales.

El sustentante presumió que ambos sistemas normativos podían convivir armoniosamente en un Estado Social de Derecho, bajo los preceptos de que a todo aquel al que el Estado valora e identifique su peligrosidad los determina como enemigos, a los cuales, se les van a aplicar sanciones más rigurosas y laceración total o parcial de los Derechos que asisten a los encartados en procesos penales, bajo la ideología de sustraerles su calidad de persona y así ser juzgados como no personas; para el autor estas personas por sus características específicas, no pueden ser reinsertadas a la convivencia común bajo el Derecho Penal del Enemigo.

Para los demás habitantes de la nación que comenten delitos menos gravosos o que, no revierte peligrosidad para el Estado y administrados, se les aplicaría las normas y procedimientos constitucionales-democráticos, bajo las reglas de contraparte que llamó "Derecho Penal del Ciudadano". Creando una dicotomía entre ambas corrientes doctrinales,

pero insistiendo en su sana convivencia y aplicación, en un País Constitucionalista garante del Derecho Democrático.

Para Jakobs se debe identificar un derecho penal del ciudadano, el derecho de todos, cuya reacción es frente a hechos futuros (es prospectivo) y para el enjuiciamiento de hechos delictivos cotidianos y, un derecho penal del enemigo, que tiene como característica principal la penalización de conductas en la fase previa a la lesión de bienes jurídicos (fases de ideación o preparatoria del delito), lo que implica una intervención estatal anticipada para la inocuización esas conductas (amplio adelantamiento de la punibilidad), en lugar del punto de referencia en que la punibilidad recae sobre el hecho cometido, con una característica retrospectiva, de acuerdo con la concepción de un derecho penal liberal. (García, Solano, Ruiz, 2018)

Además de lo anterior, las penas previstas deben ser desproporcionadamente altas, y determinadas garantías procesales deben ser relativizadas o incluso suprimidas.

El derecho penal del enemigo establece una diferenciación entre los ciudadanos que deben ser considerados como personas y los enemigos considerados como no personas (Jakobs, 2003). Sobre lo anterior cabe preguntarnos si esta concepción es compatible con la concepción liberal del derecho penal y si se podría sostener de manera correlativa.

Según el profesor Jakobs, en el escenario de la criminalidad se encuentran personas que delinquen, que han cometido un “error” (ciudadanos), o individuos (enemigos) a quienes se les debe impedir “mediante la coacción que destruyan el ordenamiento jurídico” (García, Solano, Ruiz, 2018).

Para el derecho penal del enemigo no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, como sucedería cuando se aplica el derecho penal del ciudadano, sino que tiene como función la de contrarrestar la inseguridad que genera el individuo que no

garantiza al Estado la seguridad cognitiva de comportamiento y que por el contrario constituye una fuente de peligro, de manera que la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de los hechos cometidos.

En resumen, “Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación” (Jakobs, 2003: 30). En la visión de Jakobs, concretada en los dos tipos de derecho penal que expone, a diferencia de otras perspectivas que compartimos, solo importa el interés del Estado de mantener el orden, sin que tenga mayor relevancia las tareas que pueden llegar a realizar el derecho y la administración de justicia en defensa de los derechos humanos y de los grupos sociales más vulnerables (García, Solano, Ruiz, 2018).

El derecho penal del enemigo es una clara manifestación de la actual tendencia expansiva del derecho penal y un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico penales liberales del Estado de Derecho.

Así mismo, el Derecho penal del enemigo como la unión entre el derecho penal simbólico y el punitivismo, que no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza determinados grupos de infractores. Esta lógica punitivista, también se encuentra articulada a otros aspectos como la política de guerra preventiva la cual deja a la discrecionalidad de Estados poderosos la decisión de ejecutar acciones militares contra aquellos que considere como enemigos o potenciales amenazas a su país (Carvajal, 2015).

Esto hace referencia que el Derecho Penal no buscar proteger un bien jurídico, sino determinar el comportamiento que deben tener los administrados en la sociedad, pretende atacar a sus enemigos, es decir, el Derecho Penal de Jackobs tiene como única intención aplicar eficazmente la norma, dicho derecho debe mantenerse al margen de la colectividad,

siempre que estos, se apeguen a las normas establecidas y de las expectativas de rol que debe cumplir cada uno de los administrados en un Estado determinado.

Inmediatamente sus homólogos lo criticaron con dureza, tachándole de retrograda y de querer traer a la actualidad procesos y normas ya superadas desde la época de la ilustración, actos que repercutirían negativamente contra los Derechos Humanos que tanto ha costado obtener a través de los años. Jackobs arguye que el Derecho penal del Enemigo, ya se encuentra inmerso parcialmente en los procesos penales Democráticos con los siguientes aspectos,

- a. Adelantamiento de la punibilidad, “es decir, aplicar una medida represiva pre manifestación de la comisión de un delito esto se puede evidenciar en los sistemas democráticos en las agrupaciones criminales o terroristas”;
- b. La falta de reducción de la pena proporcional a determinadas personas (facultativo de los juzgadores);
- c. La lucha del Estado contra delitos económicos, también el jurista agrega en su tesis los delitos sexuales y otras conductas peligrosas.

Los académicos en contra de la reutilización de este Derecho, acuden inmediatamente a la remembranza que la historia nos reprocha con la doctrina nazi y los acontecimientos repudiables del holocausto judío donde Adolf Hitler, con la ayuda de su entonces socio, el jurista Alemán Carl Schmitt mediante un libro denominado “el concepto de lo político” crearon una separación entre amigos y enemigos, dándole la última calificación a personas contrarias a ideologías, creencias y hasta por tipo de sangre, creando así, una “justificación” para someter un País, arrancándole su Democracia y convirtiéndolo en un régimen de dictadura, donde fue Hitler derrocó al presidente de turno autonombrándose el Führer (líder político Alemán) y lacerando la separación de poderes,

donde Hitler con la ayuda de su asesor Schmitt, solicitaron a los tribunales Estatales de esa época, condenar a muerte a un grupo de judíos a los que, según la ley creada por la nueva dictadura, denominada “Ley de protección de la sangre y el matrimonio Alemán” eran enemigos del Estado, al recibir una respuesta negativa del órgano jurisdiccional, realizan arbitrariamente una turbia interpretación de la organización del Estado, arguyendo que, el ahora Gobernador era considerado un Juez de mayor rango, y que, se podía apartar de las sentencias de la sede judicial o reivindicarlas según las necesidades del Gobierno, repercutiendo en la orden de Hitler, quien ordenó en la fatídica noche llamada “Noche de los cuchillos” asesinar a 85 personas, por razones de creencias, sangre y algunas de las víctimas eran rusos miembros de la SA(tropas de asalto), algunos políticos opositores y militares conservadores.

Es la historia la que nos reclama cada vez que alguien propone alguna teoría similar o que tienda a confundirse con la nefasta trayectoria Nazi, la que no queda solo en el holocausto mencionado, sino que perpetró un sin número de barbaries que no se mencionan en este proyecto, acciones que, finalizaron con la concertación de la Segunda Guerra Mundial.

Jackobs menciona diversos ejemplos, e indica que queda en evidencia la inmersión de la corriente penalista del enemigo en los sistemas democráticos como:

- a) La extensión de la prisión preventiva.
- b) Las intervenciones telefónicas,
- c) Otras investigaciones secretas,
- d) La utilización de agentes encubiertos y
- e) La incomunicación.

Expresa que las conductas indicadas son aplicadas en la práctica de la investigación y persecución penal de la comisión de un delito previo a su realización lo cual son institutos de la teoría que propone, por lo cual al estar en un Estado en teoría estrictamente de Derecho, carecen de legitimación. Recalcando así, la necesidad de que se implemente una correcta dicotomía de ambos sistemas y se apliquen correlativamente en el sistema democrático y, que se estipule por decisión Gubernamental por medio del trabajo de inteligencia, quien tiene la calificación de ciudadano o de enemigo. Además de lo anterior, el sustentante califica algunas normas del Derecho penal del enemigo “maquilladas” bajo la necesidad de su implementación para contener algunos delitos más gravosos y se “justifica” su aplicación en medio del régimen democrático, sin valorar la legitimidad de la tipificación de acorde al sistema político que impera el País.

#### ***2.1.1.1 Dicotomía Ciudadano- Enemigo (El Inimicus)***

Al Günther Jackobs, usar la palabra enemigo como eje transversal de su teoría, inmediatamente se produjo un sentimentalismo de rechazo en el congreso Alemán de juristas y es que, dicha palabra, al escucharla por la generalidad ocasiona un sentimiento de “rechazo”, una sensación que estamos frente a un detrimento de todos los avances que hemos logrado en referencia a Derechos Humanos y nos traslada instantáneamente a la época dictatorial alemana, la que fue fatídica para la historia de la humanidad.

En el famoso congreso de juristas, el homólogo Albin Eser, criticó la teoría de Jackobs, indicándole que nos estaba devolviendo años atrás con una serie de consideraciones ajenas al Derecho Alemán.

Recordó que, la última vez que se le despojo a alguien su calidad de persona -época nazi- solo quedan recuerdos fatídicos, expresó que dicha teoría estaba fuera de lugar, ya que, no existía un presupuesto o criterio claro de cuales era los parámetros para cambiar la

calificación de ciudadano a no-persona y que esto se prestaría para abusos autoritarios Estatales.

Es notorio que este sentimiento, crea un desenfoque doctrinal de lo que quiere decir el expositor y su diferenciación entre ciudadano- enemigo. Se confunde con lo planteado por el jurista Nazi Carl Schmitt en su libro “El concepto de lo político”. El derecho nazi a como se planteó anteriormente fue uno de los más arbitrarios y abusivos de la historia, en sus líneas se especifica una diferenciación entre amigos y enemigos.

Donde se basaron en aspectos ideológicos, raciales y religiosos para determinar a quienes consideraban enemigos, fue tal la manipulación que el dictador de la época le impuso a los administrados, iniciando como un “salvador” con propuestas que eran de gusto para la colectividad y llegando al punto de imponer los aspectos antes mencionados y hacerle creer al pueblo que era lo mejor para la sana convivencia.

Lo que bien es cierto es que, esta clasificación de enemigos no representaba más que xenofobia, antisemitismo y diferencias ideológicas con otros nacionales que se oponían al poder absoluto que pretendía tener el autoproclamado Führer Alemán.

La determinación entre amigo y enemigo era completamente arbitraria, donde las persona que tenían las características mencionadas, eran castigados con severidad y aquellos que compartían ideologías con el mando ejecutivo y cometían actos delictivos injustificados contra los considerados enemigos no eran castigados, peor aún eran considerados aliados o amigos, lo que significaría un aumento en el trato cruel contra los inocentes.

El expositor ha indicado reiteradamente que no se debe confundir su teoría con la del jurista nazi, ya que, su teoría es completamente diferente a la desarrollada en el holocausto.

Jackobs (2007) expresa:

El concepto de Schmitt no se refiere a un delincuente, sino al hostis (Extranjero), al otro, dentro del Estado, solo cuando se llega a una guerra civil existe una confrontación política en el sentido de Schmitt. En cambio, el enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un inimicus. No es otro, sino que debería comportarse como un igual y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico penal, a diferencia del hostis de Schmitt. Si, en mis consideraciones, me hubiera referido a Carl Schmitt, ello hubiera constituido una cita radicalmente fallida. (p.33)

De ninguna manera se puede confundir ambas teorías, ya que, sus enemigos tienen diferentes características y las pretensiones Estatales son totalmente controvertidas, tampoco se asemejan la transcendencia dogmática, ya que Jackobs se fundamenta en la teoría de los sistemas, el funcionalismo y su lucha es contra enemigos penales, por otra parte, Schmitt realiza interpretaciones oscuras de la organización del Estado donde subyace el antisemitismo y su lucha era contra enemigos teológicos y políticos.

La categorización que propone Jackobs entre ciudadanos y enemigos, es un etiquetamiento que le corresponde al Estado con su poder coercitivo y dicha determinación es una construcción social de aquellos que considera como tal, en problemas tan agudos como el terrorismo, el narcotráfico, el crimen organizado.

En la medida de que, en ellos las decisiones normativas no se fundamentan en condiciones dogmáticas, como en decisiones políticas, el carácter de actor, lo define quien en su momento tenga el poder de definición. Un delincuente es, en últimas, lo que el Estado dice que es.

Para Jackobs, el Estado es el único que puede dar una construcción de quien es nocivo para la colectividad y debe ser tratado con rigurosidad, bajo la premisa que esta persona no se comporta como tal, es decir, no tiene respeto por los demás e irrumpe aquel dicho trillado de “el derecho de uno termina donde inicia el de otro”. Dicho etiquetamiento según el expositor, le corresponde a la policía mediante los agentes encubiertos.

Esta distinción de ninguna manera equivale a tortura y tampoco a una inhabilitación total de todos los derechos de los encartados, al Günther indicar una restricción parcial o total de los derechos asistentes a los enemigos, en lo que refiere a “total”, debe interpretarse que un derecho independiente será lacerado en su totalidad. gr la libertad en la prisión preventiva.

No que se les restringen la totalidad de derechos inherentes, ya que, de ser así, si estamos hablando de un abuso del poder Estatal y estaríamos bajo las premisas del Derecho penal del enemigo de Schmitt y bajo una figura Gubernamental autoritaria.

La construcción de la figura del enemigo, debe ser bajo una percepción que se puede explicar de manera metafórica como un padre que busca apartar de sus hijos a los vendedores de droga del colegio por medio de la expulsión del individuo, mediante políticas administrativas del centro educativo.

Para Günther, esa figura paternalista de protección debe garantizar el Estado, para con los administrados, donde todo aquel que es considerado disfuncional, se aparte de la sociedad. Es cierto que la naturaleza punitiva del Derecho que defiende, es el ataque contra sus enemigos, también funge como pena simbólica para aquel que tenga intenciones de infringir la norma.

Definir enemigo como aquel individuo que no cumple un comportamiento estructural pre establecido de acorde a su rol, que irrumpe la comunicación sistemática de una sociedad activa, armoniosa y que no acepta cognitivamente la normatividad vigente.

Analizando el concepto, podemos dudar de cual rol debe seguir el ciudadano para no ser calificado como antagonista, lo cual se puede esclarecer con la estructura del Estado, donde está la sociedad general, la cual rige bajo los principios básicos de comportamiento normativo.

### ***2.1.1.2 Imputación objetiva según Jackobs***

Previo a aterrizar sobre una definición sobre la imputación objetiva, debemos identificar la imputación personal, donde cada individuo conoce el comportamiento que ha de tener en la sociedad, pero también asume que la colectividad va a desarrollarse bajo ese círculo de reglas. Todo eso estipulado de forma objetiva, toda acción de ese grupo de personas debe interpretarse de esa forma, no cabe lugar a consideraciones subjetivas ni valorar interpretaciones del porqué ese individuo irrumpió ese orden sistemático.

Referente a la imputación objetiva y como se ha indicado reiteradamente, para Jackobs, la imputación del actor penal, no se determina por interpretaciones subjetivas del tipo y la acción penal para determinar el nexo-causal. Según el expositor se determina de forma concreta si realizó la conducta no permitida en desapego del comportamiento idóneo que tuvo que tener dentro de la sociedad en la que convive.

No valora si la acción cometida por el agente sobrepaso un peligro permitido, ni tiene valoraciones subjetivas ni especulaciones de comportamiento delictual, esta modalidad de imputación solo observa si se contradijo la norma o no, ya que, este Derecho solo pretende auto defenderse, reguardar la norma que es eje transversal de la identidad de la sociedad.

Según este tipo de pensamiento doctrinal, cuando una persona es imputada y sometida al poder coercitivo de la administración de justicia bajo la pena privativa de libertad, al lograr la eficacia del sistema, el Derecho penal de regocija y se hace más fuerte, pero, si en caso contrario, por tecnicismos o factores de derechos procesales intervinientes, un justiciable es absuelto de un delito que cometió, el Derecho penal se debilita.

## **2.2 Contexto Teórico-Conceptual**

El marco teórico-conceptual, es parte fundamental de toda investigación, ya que, brinda una perspectiva literaria en la que se sustenta la validez y confiabilidad de la información utilizada, en el desarrollo del documento, según Barrantes (2016) se considera “el plan inicial del marco teórico, permite al investigador conformar mediante el fundamento de la dirección del trabajo” (p.157). Se proyecta de manera clara las ideas principales que se tomaran en cuenta en el desarrollo del marco teórico.

### **2.2.1 Derecho penal costarricense**

La ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica.

En 1970 el Catedrático de la Universidad de Costa Rica, Dr. Guillermo Padilla Castro, es el principal creador del Código Penal vigente, en el cual se realizó una inclinación hacia el constitucionalismo basado en la tendencia del Estado ya que, desde 1949 se implementó la Carta Magna, reafirmando la ideología a desarrollar las leyes con una tendencia garante de la igualdad procesal y políticas de carácter democráticas.

El Derecho Penal Democrático, es un conjunto normativo dirigido por una serie de principios que no pretende devolver mal por mal, como el reconocido ojo por ojo. El modelo penal vigente, reacciona frente a un hecho en cuanto a la lesión de un bien jurídico,

además, pretende mediante una pena mínima y proporcional en relación al hecho cometido, reinsertar al infractor a la sociedad, observando el hecho cometido y no la personalidad del autor, aunado a lo anterior se rige por principios como, legalidad, proporcionalidad de la pena, ultima ratio, culpabilidad, in dubio pro reo, igualdad procesal, lesividad y dignidad humana.

Esta cantidad de principios se encuentran regulados, tanto en la Constitución Política, leyes vigentes y tratados internacionales a los que se ha adscrito el Gobierno costarricense, estos son protectores rígidos de los Derechos inherentes e irrenunciables de las partes que desarrollan un proceso jurisdiccional, se regulan junto al código procesal penal, la gran cantidad de casos tipificados que se resuelven en sede judicial, poniéndole así reglas y límites a toda la administración de justicia, frente a los involucrados de casos controvertidos, evitando así, todo tipo de discriminación, abuso de poder o cualquier laceración a los Derechos inherentes a cada persona sin importar la nacionalidad, credo, entre otros.

Según el artículo 1º del código penal, menciona

“nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente” (Código Penal No. 4573, p.15).

Así mismo, en el artículo 2º.

No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal.

### ***2.2.2 Origen del constitucionalismo en Costa Rica***

El Derecho Constitucional de Costa Rica era una continuación del derecho público español, o mejor expresado, que el derecho español era la fuente del derecho constitucional de Costa Rica.

La Constitución de Cádiz como carta constitucional modeladora del Pacto de Concordia, que fue el primer documento constitucional elaborado en Costa Rica. El Lic. Luis Demetrio Tinoco, en un artículo publicado en La Nación del 14 de enero de 1949, comentado el proyecto de constitución de ese año, sostenía la posibilidad de que la Constitución de Cádiz pudiera considerarse como la primera carta política en la evolución del derecho público de Costa Rica. Decía el Señor Tinoco en lo conducente:

La Constitución aprobada en Cádiz el 18 de marzo de 1812 debe ser considerada como la primera de las cartas fundamentales que rigieron la vida de la sociedad costarricense, porque en su discusión y aprobación estuvo representada la Provincia en la persona de su gran diputado don Florencio del Castillo, de quien es deudora aún la República por su destacada actuación en aquellos Cortes extraordinarias, cuya presidencia ocupó durante algunos meses; porque ella fue jurada en Cartago al ruido de tabores y tambores, y saludada por descargas de fusilería de nuestros batallones coloniales; porque fue bajo su imperio que se realizaron en el país las primeras votaciones populares, que produjeron los primeros choques de opinión y resultaron en la elección de ayuntamientos hijos de la voluntad comunal y no designados por disposición real; y porque ella siguió aplicándose, aún después de proclamada la independencia de la Provincia, en todo lo que no chocaba con la nueva situación que había surgido del 13 y del 29 octubre de 1821.

Esa Constitución gaditana, merecedora por mil títulos de ser gratamente recordada por los hijos de América, incorporó principios que entonces se consideraron revolucionarios y que hoy figuran, algunas veces con idéntica redacción, en la mayor parte de las constituciones modernas.

En el mismo año de la independencia, 1821, fue emitida la primera Constitución, llamada “Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica” o “Pacto de Concordia”,

inspirado en la Constitución de Cádiz de 1812. En 1823 se aprobaron el “Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica”, y el “Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica”, inspirados en el “Pacto de Concordia”. Por ello, se ha sostenido la tesis del origen español de nuestro Derecho Constitucional.

“El pacto de Concordia y los dos Estatutos Políticos son la definición jurídica de la nacionalidad costarricense. Esos tres documentos que no fueron sino un solo, otorgaron a la antigua provincia española de Costa Rica de la Capitanía General de Guatemala, su condición legal dentro del Derecho público como nación soberana y como Estado independiente, y tienen, en consecuencia, la perpetuidad que le cabe a Costa Rica como país americano.

El pacto fue una versión de la Constitución de Cádiz o una interpretación del tema, como puede verse en el epígrafe del documento, en los nueve artículos del capítulo V, en el artículo 47 del mismo y en el artículo 22 del segundo Estatuto Político del 16 de mayo de 1823. En otras publicaciones hemos expuesto las razones históricas y los motivos jurídicos que han dado al Pacto de Concordia esas características. Como actualmente tiene definida su posición, no hemos considerado del caso una repetición de los argumentos que han sido expuestos para comprobar su condición de primera constitución costarricense.

El documento tuvo un origen tan fundamentalmente popular que en 1944, al comentar la elección libre de los legados o representantes a las juntas o asambleas de 25 de octubre y 12 de noviembre de 1821 en Cartago, y la peculiaridad de no haber cedido su representación el electorado sino bajo condición suspensiva, escribíamos: “El hecho fue que los pueblos se reservaron la facultad de aprobar o improbar la conducta de sus representantes en Cartago, que en algunas ocasiones discutieron las materias aceptadas por los mismo, y en otras habían sobrepasado en sus atribuciones” La carta no definió los

límites del territorio, omisión perfectamente explicable en una situación en que no era posible prever el resultado de aquel momento histórico: si Costa Rica se vincularía a la postre al Imperio Mejicano, a la República Federal de Centroamérica, o había de ser una nación autónoma, y lo anterior sin tomar en cuenta la inclinación hacia Colombia, o la pretensión sostenida luego por la República mejicana que reiteró el propósito del imperio de Iturbide sobre la América Central.

En todo caso la omisión no pudo ser nunca una cuestión de fondo, pues bien sabemos que los límites territoriales de todos los países se han escapado del ordenamiento constitucional, para convertirse en materia muchas veces litigiosa dentro de las estipulaciones del Derecho internacional. En 1887 se discutía en Washington la validez del Tratado Cañas Jerez entre Costa Rica y Nicaragua, y el distinguido jurisconsulto don Pedro Pérez Zeledón, Ministro de Costa Rica, contestando la objeción de Nicaragua de que el Tratado en disputa implicaba una reforma de la constitución nicaragüense que no había sido acordada, manifestaba lo siguiente: «Las constituciones políticas, por otra parte, no son el lugar de definir las cuestiones de límites entre los Estados; si lo fuesen, jamás podrían tener desenlace semejantes cuestiones sin un desquiciamiento general del Estado, originado por la variación de su código fundamental.

### **2.2.3 Principios del Proceso Penal Costarricense**

Los principios deben entenderse como las razones para las ponderaciones, es decir, son propiedades fundamentadas en la capacidad y necesidades de ponderación y que conclusiones surgen a raíz de estos.

Para García (1986) citado por Cambroner (2019) menciona;

Han sido los principios descubiertos y funcionalizados por los juristas los que han cambiado, no sólo la ciencia del Derecho administrativo, sino la vida misma de éste

como un ordenamiento aplicable. Ello se ha hecho visible cuando esos principios han sido recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación como ha ocurrido en todos los países continentales (p.03).

Como todo proceso racional de decisión en la aplicación del derecho y su argumentación practica son discutibles e importantes. Hablar de justicia es, inevitablemente, adentrarse en un tema totalmente controversial, manoseado y, para decirlo de manera técnica, altamente polisémico; a esas especificidades deben sumarse la emotividad y la persuasión.

### ***2.2.3.1 Principio de Igualdad Procesal***

Estipulado en la Constitución Política en su numeral 33, que indica, “Artículo 33.-

Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.” (Constitución Política Costarricense, 1949, p.06)

De esta norma constitucional se determina que no es específicamente a ciudadanos costarricenses que protege la norma, sino, a toda persona sin distinción alguna, a esta generalidad el Derecho Democrático le garantiza que, sin importar condiciones sociales, culturales, de credo, nacionalidad o cualquier otra razón, van a ser procesados mediante una serie de derechos inherentes e irrenunciables a la hora de cometer una infracción delictiva en territorio costarricense, sin importar incluso lo reprochable o la gravedad de los hechos que enfrenta.

El principio también previene a la justicia que no se pueden trasgredir a las personas referente a la Dignidad Humana, es decir, en ningún ámbito se pueden realizar tratos contrarios a la misma, incluyendo a la sede administrativa, donde ningún ente Estatal puede incurrir en humillaciones, burlas, torturas o cualquier acción que vaya contra la Dignidad, además que en el inciso 2 del artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos

Humanos, cuando se estipula "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1970, p. 02)

Esto sea por norma constitucional o tratado internacional del país, debe ser garante de lo mencionado en los procesos policiales y judiciales, todo lo contrario, a esto, será recurrible por vía del Recurso de Amparo.

### ***2.2.3.2 Ultima Ratio***

La doctrina penal, se ha determinado que el Estado debe aplicar todas las acciones pertinentes previas para la sana convivencia y protecciones de los bienes jurídicos, como última opción se ingresará al campo penal. Este principio está estrictamente relacionado con el de mínima intervención del Estado y pretende tratar de resolver el conflicto por medios alternos antes de ir al campo más gravoso.

De acuerdo con Morillas (2018) el derecho penal

Es la rama del derecho que tiene por función normar y concebir las capacidades punitivas del Estado, es decir, la facultad de imponer mediante la administración de justicia el castigo que en función de la comisión de un acto que por su naturaleza violente las normas de convivencia o de conducta se hace acreedor un individuo, lo cual deberá siempre estar regido por los principios de proporcionalidad e imparcialidad. (S.P)

Además, ya inmersos en el campo penal, la Administración de justicia debe seguirlo aplicando en procesos internos como en la asignación de prisión preventiva y prisión, en los cuales se debe procurar la aplicación de las demás medidas alternas antes de estipular la más gravosa.

Para Mir (2018) el principio de última ratio parte de que estos no son los únicos medios de protección que dispone la sociedad dentro del ordenamiento jurídico.

Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos para el ciudadano y con frecuencia más eficaces para la protección de la sociedad. (p. 109).

Se deduce entonces que al contar con medios alternativos cuyo resultado a obtenerse puede ser igual o incluso mejor, no justifica la utilización de recursos graves que pudieran derivar en la lesión de derechos de la persona que se encuentra en proceso de juzgamiento.

Junto a lo anterior Carnevali (2019) la conceptualización de este principio versa en un límite acerca intervención violenta del Estado en la conflictividad social, es decir que el poder penal sólo deberá ser ejercido ante el más grave de los conflictos, sólo cuando las demás alternativas para la resolución de estos sean de carácter inútiles, por tanto, su utilización es aplicada a la adecuación de conductas como comportamientos afectivos para la sociedad. (p.139)

El principio de mínima intervención o ultima ratio, en sentido amplio es considerado como una regla de eficacia constituyendo un límite interno que emerge en torno a la política criminal, buscando según las reglas establecidas terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos, determinando que esa es la finalidad última de la política criminal como parte instrumental de la gestión para la solución de la conflictividad.

De acuerdo con Ferrer (2018) la Corte Interamericana de Derechos Humanos “reconoce que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto a una conducta ilícita” (p.140)

Es así que en observancia al principio de intervención mínima y de ultima ratio el poder punitivo del Estado solo se debe ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o los pongan en peligro.

### **2.2.3.3 *In dubio pro reo***

El art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en un juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Declaración Universal de Derechos Humanos – PGR, 1948, p.02)

Se podría determinar que es el principio más controvertido y garante de los derechos del justiciable, este, determina de que en caso de existir una duda posterior a la apreciación de la prueba el juzgador debe inclinar su decisión al criterio más favorable para el encartado, esta determinación debe realizarse de manera objetiva, es decir, el administrador de justicia no puede basarse en aspectos subjetivos, o tomar en consideración prueba dictaminada como espuria (que inculpen al imputado) para dictar sentencia condenatoria.

Según Gutiérrez (2019) el principio *in dubio pro reo*

Permite conciliar la finalidad represiva de las normas penales con un sistema de garantías jurídico – penales y con una serie de instituciones que, sin eliminar el carácter lacerante de la pena, intentan hacerla cuando se ejecuta, más servible al reo,

procurando la regeneración social de éste y su adaptación al medio una vez cumplida aquella alzada la libertad. (p.12)

Por muchos años este principio ha sido fundamental en el Derecho penal costarricense, sin embargo, con las nuevas políticas, se han creado figuras en contraposición, amparadas en la figura de la discriminación positiva, en protección de determinadas víctimas penales con el *In dubio pro víctima* o agredido en caso de la ley de violencia doméstica.

#### ***2.2.3.4 Proporcionalidad de la pena***

El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho, dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la “intervención mínima” del Estado.

En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas.

Según la sala constitucional indica:

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la ponderación que debe darse entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. No deben preverse ni imponerse penas o medidas que resulten desproporcionadas, en relación con la gravedad de la falta (Constitución Política Costarricense, 1949, p.13)

Derivado de lo anterior podemos afirmar que el juzgador debe estipular la pena basado en aspectos objetivos de la acción cometida y los resultados lesivos al bien jurídico

tutelado, no puede basarse en aspectos subjetivos del autor, de ninguna manera el juez podrá poner una condena desmedida o dictar la pena más elevada basados en cualquier aspecto ajeno a los mencionados por la sala constitucional.

#### **2.2.3.5 Culpabilidad**

Cizur (2015) argumenta

Sólo es admisible una culpabilidad por el hecho y no cabe una culpabilidad por el ánimo o el modo de vivir o por cualquier otro elemento de juicio ajeno al hombre en cuanto protagonista del hecho concreto que se está valorando y juzgando (p. 277).

La culpabilidad es el factor que, añadido al injusto, permite la aparición de la pena. Culpabilidad e injusto definen el ámbito de la prevención general.

Este derecho se encuentra estrictamente relacionado con el de la dignidad humana, está fundamentado en razón de que todo ser humano se desenvuelve bajo el libre albedrío, donde cada uno de los habitantes tiene conocimiento pleno de las acciones que comete, con la excepción de quienes tienen una condición psíquica diferenciada.

Es importante recalcar que, en los procesos penales, para determinar la comisión de un delito, se debe desarrollar el *inter Criminis*, donde se deben completar los elementos de la tipicidad y la antijuricidad, para llegar a la culpabilidad y poder aplicar la penalidad prevista para tal comportamiento.

El principio en cuestión refiere al nexo entre un hecho ilícito o injusto, con una persona determinada, a los que se les puede acachar su autoría en cualquiera de sus tipos o su participación, en caso de haber dudas sobre este principio, se delibera bajo el *in dubio pro reo*.

### **2.2.3.6 Lesividad**

Considerado un principio fundamental y que se encuentra estrictamente relacionado con el principio de proporcionalidad, refiera a que, en primera instancia, el legislador debe estipular la penalidad las normas, de acorde al daño en referencia al bien jurídico que se pretende defender, posteriormente, el juzgador tiene la obligatoriedad a la hora de estipular una pena privativa o no de libertad, de acorde al margen de pena que tenga la norma, valorar la gravedad del daño cometido por el sujeto activo contra el sujeto pasivo.

El Dr. Pablo Tinajero (1998) citado por Reyes (2017, p.24), establece para que exista lesividad se debe considerar:

- a) La revocación mediante el cual se elimina un acto por autoridad administrativa, por razones de legitimidad o de mérito, por la misma autoridad administrativa;
- b) La invalidación, mediante la cual un órgano administrativo distinto al que expidió el acto, lo elimina por razones de ilegitimidad, y,
- c) La abrogación mediante la cual un órgano administrativo elimina a un acto por razones de mérito.

Considerado un principio fundamental y que se encuentra estrictamente relacionado con el principio de proporcionalidad, refiera a que, en primera instancia, el legislador debe estipular la penalidad las normas, de acorde al daño en referencia al bien jurídico que se pretende defender, posteriormente, el juzgador tiene la obligatoriedad a la hora de estipular una pena privativa o no de libertad, de acorde al margen de pena que tenga la norma, valorar la gravedad del daño cometido por el sujeto activo contra el sujeto pasivo y mediante un juicio de valor, estipular cuan grave fue la comisión del delito y así dictar la pena proporcional.

### **2.2.3.7 Dignidad Humana**

En cuanto al derecho, la idea de dignidad aparece en los textos jurídicos indisolublemente ligada a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948. Cada individuo independientemente de su condición social, cultural y económica, tiene derechos inalienables y dignidad, por tanto, en todo momento y lugar deben ser garantizados. La dignidad humana es la causa de que se reconozcan los derechos en sí, es su justificación misma.

Para Chacón (2015) determinar

La dignidad en su enfoque como derecho humano, si la misma no viene acompañada de procesos de vigencia y promoción de los derechos en cuestión, en el seno de las relaciones tanto sociales como gubernamentales, en general. La responsabilidad en la consecución de un mundo mejor pasa por la construcción de un ethos común, que respete e integre inclusivamente pensamientos y diferentes puntos de vista, pues lo contrario sería asemejarse a modelos de corte totalitarista, siendo una lección que ya entiende superada con creces la humanidad por sus nefastos efectos. (p.17)

Se entiende como dignidad al respeto humano en todas las condiciones culturales, sociales, económicas, cuando se hace referencia a la dignidad, este tema se entrelaza a los derechos humanos, basados en la moral de las sociedades actuales.

Además, Chacón (2015) señala que “la dignidad, puesta en acción, permite la construcción de ciudadanía que integre los derechos humanos, si se quiere, como eje operativo inclusivo más que de simple ejercicio lúdico o intelectual” (p.55).

Esta ciudadanía, a su vez, es activa, propicia a los individuos y grupos ejercer una contraloría de aquellas políticas emanadas del aparato público, cuando no se llegara a

respetar la dignidad humana como fundamento ético/axiológico primordial en sus diversas variantes: integralidad; satisfacción de necesidades básicas; accesibilidad; oportunidad sin distinción o no exclusión, entre otras variables potables para medir el impacto y salvaguarda de los derechos humanos en un marco holístico de dignidad.

#### **2.2.3.8 Principio de inocencia**

Este se puede conceptualizar mediante el artículo 9 del código procesal penal:

Estado de inocencia El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado. Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido. En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial. (p.20)

#### **2.2.3.9 Cosa Juzgada**

Esta se puede ubicar en el artículo 64 del nuevo código procesal civil que indica:

Para que se produzca cosa juzgada es necesaria la identidad de sujetos, objeto y causa, la cual puede ser declarada de oficio. Sus efectos se limitan a lo dispositivo.

Producen cosa juzgada material las sentencias firmes dictadas en procesos ordinarios y las resoluciones expresamente indicadas por la ley, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o no de la relación jurídica juzgada. Las sentencias dictadas en los demás procesos tendrán efecto de cosa juzgada formal y la presentación de un proceso ordinario no impedirá su ejecución. (S.P)

Para entender este principio, es importante destacar que este, se puede conceptualizar como el efecto que le da el derecho a las resoluciones dictadas por las diferentes instancias judiciales.

Aun estando ventilando temas procedimentales de índole penal en este proyecto, se debe aplicar lo estipulado en el código procesal civil y, es necesario para conceptualizar el instituto al que hacemos mención.

Se divide en dos los cuales se explican a continuación,

#### **2.2.2.8.1 Cosa Juzgada Formal**

Ubicable en las resoluciones no declarativas, ese carácter no poder ser alteradas ni impugnada significa que en determinado momento adquiere la resolución judicial el efecto de cosa juzgada en sentido material y la resolución que se encuentra en tal caso recibe entonces el nombre de resolución firme o irrevocable.

De cosa juzgada en sentido formal revierte se puede identificar su manifestación dentro del proceso mismo, en cuanto al juez que la ha dictado, lo hace de manera vinculante. Por lo que no se podría variar y en cuanto a las partes porque ya no pueden impugnarla

#### **2.2.2.8.2 Cosa Juzgada Material**

La cosa juzgada material es precisamente el efecto propio de la resolución que pone fin al proceso. La cosa juzgada material no influye sobre el proceso mismo en que se dicta la resolución, sino que tiene un carácter exterior, es decir, afecta a procesos distintos y posteriores. La cosa juzgada material tiene dos efectos:

1) Tiene un efecto positivo de que un asunto judicial ha sido resuelto en una sentencia firme y definitiva vincula a los tribunales posteriores siempre y cuando tenga como antecedente lógico el mismo objeto, los litigantes sean los mismos.

2) Presenta también un efecto estrictamente vinculado al principio non bis in idem, según el cual no se puede iniciar un proceso futuro con el mismo objeto

Es importante concluir con que la cosa juzgada material conlleva la preclusión de todos los extremos de la resolución dictada, esta no podrá ventilarse en otro proceso, con el mismo objeto y las mismas partes, en pro de garantizar la seguridad jurídica que debe garantizar el Estado mediante las sentencias dictadas en sus distintas sedes jurisdiccionales y no tiene efecto ningún recurso una vez que queden en firme dichas resoluciones.

#### ***2.2.4 Control concentrado de constitucionalidad***

Parte del proceso garantista que ha predominado en nuestro sistema político-penal, se ha determinado desde la concepción de la constitución política, un cuerpo colegiado que pueda tener un control sobre las leyes y procedimientos jurisdiccionales con la intención de garantizar que se apeguen estrictamente a la constitución política y los derechos inmersos en ella, dicha potestad se otorgó mediante el artículo 10 de la carta magna que estipula:

ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá, además:

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.

(Así reformado por el artículo 1 de la Ley No.7128 de 18 de agosto de 1989.

Asimismo, el artículo Transitorio de dicha ley establece: "La sala que se crea en el artículo 10 estará integrada por siete magistrados y por los suplentes que determine la ley, que serán elegidos por la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios de sus miembros. La Asamblea Legislativa hará el nombramiento de los miembros de la Sala dentro de las diez sesiones siguientes a la publicación de la presente ley; dos de ellos los escogerá de entre los miembros de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuya integración quedará así reducida.

Mientras no se haya promulgado una ley de la jurisdicción constitucional, la Sala continuará tramitando los asuntos de su competencia, aún los pendientes, de conformidad con las disposiciones vigentes").(p.02)

De lo anterior extraemos la importancia de este instituto que revisa y tutela las actuaciones y normas positivas emanadas por el legislativo. La característica más trascendental de esta facultad es que, al juez tener dudas sobre la constitucionalidad de una norma o procedimiento, tiene la obligación de suspender el proceso y enviar la consulta de constitucionalidad a la sala respectiva.

Una vez sea acogida la consulta, la sala emite una circular interna, donde ordena que, todos los procedimientos judiciales que se estén llevando bajo la norma o procedimiento en cuestión sus suspendan temporalmente hasta que se dé un criterio sobre su constitucionalidad, es decir todos los procesos donde se involucre la norma dudosa, debe

ser suspendido inmediatamente en aras de garantizar que, si es inconstitucional, no se agraven más personas con su aplicación.

Si después de la examinación y deliberación de los siete magistrados titulares de la sala constitucional, determinan que la norma o procedimiento es constitucional, se remite la respuesta y todos los procesos continúan con normalidad, pero, si estos especialistas constitucionales determinan la inconstitucionalidad de estos, se emite un comunicado general, donde se restringe a los juzgadores de la utilización de esta norma, además, se realiza el proceso para que esta sea tachada con tal calificativo en las actualizaciones del código o ley que hace alusión a ellas.

### ***2.2.5 Elementos del Derecho penal del enemigo subyacentes en la normativa Nacional***

Costa Rica, al tener una política democrática, tiene la obligatoriedad de velar por los derechos humanos de todos los administrados, hacia donde se dirige el proyecto, es desarrollar una perspectiva clara en el campo procesal penal, donde según el análisis textual, se ha identificado algunos elementos del derecho penal del enemigo propuesto por el jurista alemán Günther Jackobs, inmersos en la normativa penal vigente.

Evidenciando su injerencia que es contraria a los principios propios de un sistema garantista y en definitiva no se deberían utilizar en aras de resguardar el debido proceso y las estipulaciones de la constitución política y convención interamericana de derechos humanos, a continuación, se plantea un análisis comparativo de la base contextual sobre los elementos subyacentes, tanto en las leyes ordinarias como en las especiales:

#### **2.2.5.1 Medidas cautelares**

Las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo.

En un Estado constitucionalista, el órgano encargado de administrar la justicia, en aras de mantener a un sujeto apegado al proceso, tiene la obligación de mediante un juicio de valor y una resolución fundamentada, dictaminar una medida preventiva para hacer cumplir este apego procesal, a través del tiempo y, a inicios de la implementación de los códigos y procesos penales, los juzgadores, al ventilar un proceso en los estrados judiciales, como medida preventiva, contaban y utilizaban la prisión preventiva como medio de adhesión personal al proceso.

Sin embargo, a través de los años, el aumento significativo de derechos humanos, ya sea, internos o internacionales y, el avance tecnológico con un crecimiento vertiginoso, han sido pilar fundamental para mantener al sujeto apegado al proceso seguido en su contra mediante mecanismos alternos de sujeción estipulados en el numeral 244 del código procesal penal que estipula:

Otras medidas cautelares. Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

- a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

- d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a este el abandono inmediato del domicilio.
- h) La prestación de una caución adecuada.
- i) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.
- j) La imposición de la medida de localización permanente con mecanismo electrónico. Para tal efecto, un día bajo localización permanente con dispositivo electrónico equivale a un día de prisión preventiva. (p.161)

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado. El tribunal de turno, si por medio de solicitud Fiscal, debe valorar la interposición de una medida para sujetar un agente infractor a un proceso, deberá valorar las medidas alternas antes mencionadas y, como última opción o ultima ratio, se estipulará la prisión preventiva y así garantizar los derechos procesales de cada uno de los intervinientes en el proceso llevado a cabo.

Tanto la doctrina como las legislaciones nacional e internacional han dado un amplio tratamiento al tema de la prisión preventiva. En primer lugar, debe tenerse presente que las medidas cautelares son aquellas medidas de coerción que realiza el Estado y que afectan o limitan los derechos fundamentales (inviolabilidad de domicilio, intimidad,

libertad, secreto de comunicaciones, libertad personal y libertad de movimiento) que consagra la Constitución Política costarricense a favor de las personas.

Estas medidas tienen carácter excepcional y su aplicación al imputado debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad. Los fines que persiguen dichas medidas son de carácter procesal y no los propios de las penas (principio de inocencia). El sujeto objeto de la medida cautelar es normalmente el imputado.

### ***2.2.6 Control de convencionalidad***

Nikken (2008) citado por Carranza y Huertas (2015), argumenta;

Toda persona humana, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado. Ellos son inherentes al ser humano y no requieren de ningún título específico para adquirirlos. No resultan de una adjudicación o cesión del Estado, cuya función con respecto a ellos es de reconocimiento, respeto y protección” (p.08).

Según lo anterior se desprende el concepto de derechos humanos como garantía de todo individuo, así como, a la protección de tales derechos jurisdiccionales de cada estado y la responsabilidad internacional, donde se busque la intervención de todo órgano que a través de los convenios salvaguarde la protección de los individuos.

Lo expresado por Javier LLobet (2008), citado por Carranza y Huertas (2015) “respecto de los derechos humanos de los habitantes deja de ser un asunto interno de cada Estado, para constituirse en un asunto que atañe a la comunidad internacional” (p.08)

El procedimiento en cuestión, se ha normado constitucionalmente en el artículo 07 de la carta magna;

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

Derivado del texto normativo anterior, se puede interpretar que el poder legislativo les otorga un poder jerárquico especial a los tratados internacionales en lo que consensuadamente se inscribe el País, por encima de las leyes orgánicas y especiales, por lo que, según la pirámide de Kelsen tienen únicamente como superior a la Constitución Política.

Sin embargo, según la sala constitucional desde antes del año 2000 ratifica lo siguiente;

...hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no hay sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza

normativa que le otorga la materia que regula. (...)Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución” Resolución N° 02313 – 1995 del 09 de mayo del 1995 a las 4:18 p. m.

Referente a lo anterior, los tratados internacionales, están sobre la constitución política si estos protegen más integralmente los derechos de los habitantes de la Nación, este poder especial se debe utilizar en todos los ámbitos y casos desarrollados en la República, garantizando esa extrema protección a los derechos inherentes de las personas.

Lo que, genera una confusión de como materializar lo expuesto en este apartado. Generalmente se tiende a confundir con el control de constitucionalidad desarrollado en el tema anterior, debido a que, si estamos arguyendo que, la sala constitucional, de acorde a las disposiciones constitucionales revierte interés superior a dichos convenios internacionales, pareciera que dicha sala, bajo los preceptos del artículo 10 del cuerpo normativo constitucional.

Al tratarse de temas referentes a derechos humanos, parece que dicha sala especializada es la facultada para materializar estas disposiciones mediante su experticia constitucional. Lo cual es una interpretación errónea, debido a que, dicha sala es la facultada de velar por los derechos inmersos en la constitución, si bien es cierto también pueden dar criterios sobre convencionalidad no es una potestad únicamente de ésta.

Por esa confusión, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos dispuso mediante jurisprudencia vinculante;

... el Tribunal reitera que las distintas autoridades estatales, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; en esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De esa cuenta, con independencia de las reformas normativas que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades competentes para decidir el nombramiento y remoción de las y los fiscales, así como los tribunales de justicia, ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en esta Sentencia...

Por lo que se estipuló, que existe una obligatoriedad del Estado mediante sus jueces que, en una manera desconcentrada de la sala constitucional, es decir, realizándolo de forma difusa, realicen la interpretación de la norma en contra posición de las estipulaciones de los tratados internacionales adscritos por el Gobierno.

Cada uno de los jueces de turno, tiene la potestad de basarse en los parámetros de las disposiciones internacionales y considerar que una norma es contraria a estas, mediante un control de convencionalidad que si bien es cierto no tiene efecto erga omnes o de acatamiento general y obligatorio, puede garantizar de manera individual el derecho correspondiente a un justiciable en un caso específico como los que expondremos posteriormente.

Pueden usarse como parámetros de convencionalidad, instrumentos internacionales que no requieren proceso de ratificación, siempre que Costa Rica, pertenezca al sistema del

que emanan, v.gr. ONU, OEA. Al adherirse el país a la organización, tácitamente se obligó a cumplir las estipulaciones de la normativa que estas dicten. Lo anterior en concordancia del artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

ARTICULO 11.- Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido. (S.P)

Lo anterior refuerza la posición de que no es necesario la firma del tratado sino con el hecho de estar adscritos a la organización, el Estado se obliga a ejercer bajo sus preceptos, además, en cumplimiento del "Pacta Sunt Servanda", que refiere a que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, este principio se encuentra en el artículo 26 del cuerpo normativo internacional de Viena.

Entre los tratados internacionales firmados por Costa Rica, para efectos de este proyecto, tomaremos de referencia la Convención Americana de derechos humanos en el cual su sede reside en nuestro territorio Nacional.

### ***2.2.7 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)***

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969, resalta que dentro de un Estado de derecho en el cual se rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación (alimentación, salud, libertad de organización, de participación política, entre otros).

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos; Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

**CAPÍTULO III**  
**MARCO METODOLÓGICO**

En el siguiente apartado se mostrará la metodología implementada para el desarrollo óptimo de la investigación, se definen los conceptos y finalidad de la investigación, su enfoque, sujetos de investigación, entre otros aspectos relevantes.

Según Ponce et al. (2015), el marco metodológico: “es la descripción detallada y precisa de las estrategias y procedimientos de cómo se va a realizar la investigación” (p. 1). Se describe cómo se realizará la investigación, define el plan de acción que utilizará la persona investigadora para lograr los objetivos propuestos y determina el modo en que se dará respuesta al problema de investigación y a la hipótesis, en caso de que hubiera.

Así mismo Tamayo y Tamayo citado por Flores (2016) lo define como “un proceso que, mediante el método científico, procura obtener información relevante para entender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento” (p.23); dicho conocimiento se adquiere para relacionarlo con las hipótesis presentadas ante los problemas planteados.

En el siguiente capítulo, se plantea de forma clara, la metodología a seguir, que son necesarias en la operacionalización, tratamiento diferenciado según la naturaleza de la investigación.

### ***3.1 Tipo De Investigación***

#### ***3.1.1 Finalidad***

La investigación cualitativa estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas. Es así como, Tamayo y Tamayo citado por Flores, J (2016) al referirse a la investigación cualitativa “como un modo de encarar el mundo empírico, señalan que en su más amplio sentido es la investigación que produce datos descriptivos: las palabras de las personas, habladas o escritas y la conducta observable” (p.41).

La investigación cualitativa aborda lo real en cuanto proceso cultural, desde una perspectiva subjetiva, con la que se intenta comprender e interpretar todas las acciones humanas, las vivencias, las experiencias, el sentir, con el fin de crear formas de ser en el mundo de la vida. En este sentido, es importante reflexionar acerca de lo importante que es investigar a partir de las propias experiencias, que llevarán a una explicación acerca de lo que se hace, lo que se piensa y cuál es su fin o propósito

### ***3.1.2 Dimensión Temporal***

Para que la investigación tenga una fluidez necesaria en el acceso a datos relevantes, el proyecto se embarca con un estimado de tiempo, en el cual, no solo se toman en cuenta la duración en el desarrollo del documento escrito, sino, la aplicación de los instrumentos a la población deseada.

Según Ballesteros (2015), la dimensión temporal “es el nómada es el más subjetivo y personal de los seres. Ser que vive en el viaje, en el continuo modificar del referente y que por tanto mide el tiempo solo para sí (p.03). El tiempo solo suyo, no tiene que ver con los cambios comunes- que no los hay- sino con su ser.

El proyecto de investigación tendrá una duración de 4 meses correspondientes de mayo a agosto del 2021.

### ***3.1.3 Macro***

Para efectos de la presente investigación esta, se lleva a cabo en Puntarenas, cantón Central, como referencia de esto se tomará la aplicación de las normas positivas en determinados donde se valoran aspectos ajenos al Derecho Penal Democrático.

### ***3.1.4 Naturaleza***

El enfoque la investigación es de carácter cualitativo lo que representa, es un proceso inductivo contextualizado en un ambiente natural, esto se debe a que en la recolección de

datos se establece una estrecha relación entre los participantes de la investigación sustrayendo sus experiencias e ideologías en detrimento del empleo de un instrumento de medición predeterminado.

Según Hernández Sampieri (2014) en este enfoque “las variables no se definen con la finalidad de manipularse experimentalmente, y esto nos indica que se analiza una realidad subjetiva además de tener una investigación sin potencial de réplica y sin fundamentos estadísticos” (p.8).

Este enfoque se caracteriza también por la no completa conceptualización de las preguntas de investigación y por la no reducción a números de las conclusiones sustraídas de los datos, además busca sobre todo la dispersión de la información en contraste con el enfoque cuantitativo que busca delimitarla.

Con el enfoque cualitativo se tiene una gran amplitud de ideas e interpretaciones que enriquecen el fin de la investigación. El alcance final del estudio cualitativo consiste en comprender un fenómeno social complejo, más allá de medir las variables involucradas, se busca entenderlo.

### **3.1.5 Tipo de investigación**

La investigación descriptiva se basa en hechos y su característica básica es proponer explicaciones correctas. Para la investigación descriptiva, su enfoque principal es descubrir algunas características básicas de una colección homogénea de fenómenos.

Al utilizar esta investigación el estudiante investigador debe describir situaciones y eventos. Esto es, decir cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno.

Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis.

Según Hernández Sampieri (2016):

Estos se encargan de medir y evaluar diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así (vélgase la redundancia) describir lo que se investiga. (p.130)

La investigación descriptiva implica la representación de hechos, fenómenos, individuos o grupos con el fin de determinar su estructura o comportamiento. En cuanto a la profundidad del conocimiento, los resultados de este tipo de investigaciones se encuentran en un nivel intermedio.

### ***3.2 Sujetos o Fuentes De Información***

#### ***3.2.1 Sujetos de estudio***

Con el fin de obtener la información necesaria importante para el desarrollo de las conclusiones y recomendaciones de esta investigación, es necesario fijar los sujetos por investigar y determinar las fuentes de información.

Según Hernández (2016) “los sujetos son el conjunto de elementos que tienen características en común...Pueden ser finitas o infinitas” (p.135).

#### ***3.2.2 Fuentes primarias***

Estas son las que brindan la información necesaria que va a ser utilizada en la investigación”.

Según Maranto & González (2015): una fuente “es todo aquello que nos proporciona datos para reconstruir hechos y las bases del conocimiento.” (p. 2). Pueden ser primarias, estas contienen información de primera mano del fenómeno que se está analizando y generalmente es información directa que aún no ha sido interpretada o

analizada por otras personas, y, las secundarias, son aquellas en las que ya se ha procesado la información de una fuente primaria.

Según Sampieri (2018) “constituyen el objetivo de la investigación bibliográfica o revisión de la literatura y proporcionan datos de primera mano” (p.101). Entre las fuentes primarias utilizadas en la investigación se encuentran:

### **Tabla N°1**

#### **Fuentes primarias utilizadas en la investigación**

<b>Autor o autores</b>	<b>Universidad u organización</b>	<b>País</b>	<b>Año</b>
Javier Llobeth Rodríguez, Gustavo Chan Mora	Autoría personal (edición impresa)	Costa Rica	2020
Yohan Molina González	Revista Verba Iuris	Colombia	2016
Henry Parma	CONICET	Alemania	2016
Esteban Mizrahi	Universidad Nacional de la Matanza	Argentina	2016
Germán García Silva, Angélica Solano, Gerardo Ruiz	Universidad Del Zulia	España Colombia	2018

*Fuente: Elaboración Propia*

#### **3.2.3 Fuentes secundarias**

Se consultaron varios libros digitales, según Sampieri (2018) “son compilaciones, resúmenes y listados de referencias publicadas en un área de conocimiento en particular son listados de fuentes primarias (p.102)”. Es decir, reprocessan información de primera mano.

Entre las fuentes secundarias utilizadas se encuentran:

**Tabla N°2**

**Fuentes secundarias utilizadas en la investigación**

<b>Autor o autores</b>	<b>Nombre</b>	<b>País</b>	<b>Año</b>
Jorge Carvajal Martínez	El paradigma de la seguridad y las tensiones con los derechos humanos.	Venezuela	2018
Carlos Bernal	Mutaciones de la criminalidad colombiana en la Era del Posconflicto	Venezuela	2018
Hernández-Sampieri, R. & Mendoza, C	Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta,	México	2018

*Fuente: Elaboración Propia*

**3.2.4 Fuentes terciarias**

En cuanto a las fuentes terciarias se utilizarán artículos científicos que aporten información relevante para el estudio y que permitan una mejor comprensión en los resultados de la investigación.

### ***3.3 Selección Del Muestreo***

#### ***3.3.1 La población***

Para Hernández Sampieri (2018) "una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones" (p. 65). Es la totalidad del fenómeno a estudiar, donde las entidades de la población poseen una característica común la cual se estudia y da origen a los datos de la investigación, se realizará un análisis bibliográfico.

#### ***3.3.2 La muestra***

Según Hernández Sampieri (2018) "la muestra es, en esencia, un subgrupo de la población" (p.67). Es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que se le llama población.

Por ser una investigación de naturaleza cualitativa, descriptiva y exploratoria, no se utiliza una muestra representativa, por el hecho de estar enfocada en bibliografía.

#### ***3.3.1 No probalístico***

El muestreo no probabilístico según Hernández Sampieri (2018) es "una técnica de muestreo en la cual el investigador selecciona muestras basadas en un juicio subjetivo en lugar de hacer la selección al azar" (p.88). El muestreo no probabilístico es un método menos estricto, este método de muestreo depende en gran medida de la experiencia de la población meta.

### ***3.4 Técnicas e Instrumentos Para La Recolección De Datos***

Para diferentes autores las técnicas e instrumentos de recopilación de datos, define el rumbo de la investigación para la obtención de información confiable y válida para poder alcanzar un resultado que dé pie para el desarrollo de las conclusiones.

Son los procedimientos e instrumentos por utilizar para acceder al conocimiento. Encuestas, entrevistas, observaciones y todo lo que se deriva de ellas.

Dentro de la investigación se utilizarán los siguientes instrumentos para la recopilación de la información:

### ***3.4.1 Fichas bibliográficas***

Esta contiene los datos bibliográficos de las fuentes documentales. En esta unidad de registro se anotan los diversos elementos que identifican los documentos.

Debido a estos documentos son de distinta naturaleza, los datos varían. Algunos de estos elementos incluyen apellidos y nombres del autor, título del documento, editorial y lugar de publicación, entre otros.

### ***3.5 Operacionalización De Las Variables***

En consecuencia, la operacionalización de las variables es el proceso a través del cual se explicará en detalle la definición que adoptará de las variables de estudio, tipos de valores, en el caso de la investigación se representan los cualitativos.

Así, se exponen las siguientes variables de estudio.

<b>OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	<b>VARIABLE</b>	<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>DEFINICIÓN INSTRUMENTAL</b>
Desarrollar la teoría del Derecho Penal del enemigo y del Derecho penal Democrático.	Derecho Penal del enemigo	Grosso (2016), refiere que la expresión derecho penal del enemigo, son “un conjunto de normas que, al correr la frontera de la criminalización a estadios previos a la afectación del bien jurídico, saltaban las barreras de lo que debía ser un derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas” (p.1)	Se analizarán artículos académicos y demás documentos de internet.	Fichas bibliográficas relacionadas con la variable.

	Derecho penal Democrático	Según Grosso (2016), es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado; afirmación de que los bienes jurídico políticos-criminalmente” (p.10)		
Realizar un análisis comparativo entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal democrático.	Análisis comparativo	Es una estrategia ampliamente utilizada en diversos campos de la ciencia y la investigación de mercados, pues permite establecer relaciones entre dos o más fenómenos o	Se analizarán artículos académicos y demás documentos de internet.	Fichas bibliográficas relacionadas con la variable.

		conjuntos de elementos para obtener razones válidas en la explicación de diferencias o semejanzas.		
Identificar si existen elementos del Derecho Penal del Enemigo, subyacentemente en la legislación penal costarricense.	Normas y procedimientos jurisdiccionales	Conjunto de reglamentos que se deben seguir para el cumplimiento de la constitución.	Se analizarán artículos académicos y demás documentos de internet.	Fichas bibliográficas relacionadas con la variable.
Determinar los parámetros para la utilización del control de convencionalidad.	Control de convencionalidad.	Dentro de un Estado de derecho en el cual se rigen las instituciones	Se analizará el Pacto de San José y los alcances potestativos	Fichas bibliográficas relacionadas con la variable.

		democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación (alimentación, salud, libertad de organización, de participación política, entre otros).	que tienen los juzgadores para realizar el control de convencionalidad.	
--	--	--	---	--

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS**

El análisis de datos cualitativos es un proceso mediante el cual se pueden extraer significados y conclusiones a partir de datos no estructurados y heterogéneos, para Abarca (2013) “el análisis de datos cualitativo es un proceso dinámico y creativo que nos permite extraer conocimiento de una masa de datos heterogéneos en forma textual o narrativa” (p.36). La importancia de los datos cualitativos reside en el hecho de que nos permiten obtener conocimiento profundo sobre ciertas realidades subjetivas.

En efecto la investigación con fin cualitativo, debe estar enfocada al logro de los objetivos planteados, de tal manera, que aporte hallazgos importantes que se enfoquen en brindar una respuesta ya sea positiva o negativa. Así mismo, en el contexto de análisis los datos cualitativos le permiten a la investigación que la referencia sea más amplia y concreta.

La importancia del análisis en el contexto de estudio permitirá representar de una mejor manera los resultados adquiridos con la implementación del instrumento de recopilación de datos. En este sentido Abarca (2013) argumenta “los datos son a menudo muy heterogéneos y provienen tanto de entrevistas, como de observaciones directas, de documentos públicos o privados, de notas metodológicas, etc., cuya coherencia en la integración es indispensable para recomponer una visión de conjunto” (p.41).

Aunque todos los datos son importantes, se precisa de una cierta mirada crítica para distinguir los que van a constituir la fuente principal de la teorización de los que sólo aportan información complementaria o ilustran los primeros.

Por ende, se trabaja de manera subjetiva en cuanto al tratamiento de la información, permitiendo una visión y/o percepción de los participantes en el estudio, teniendo como principal objetivo es demostrar la realidad del tema planteado.

## Ficha Bibliográfica N°1

Objetivo N°1: Desarrollar la teoría del Derecho Penal Democrático y del Derecho Penal del enemigo.	
Variable	Contextualización
Derecho penal del enemigo	Jakobs citado por Llobet (2020) argumenta “el derecho penal del enemigo es de aquellos que forman contra el enemigo, frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra” (p.21)
Derecho penal democrático	Gómez (2016) argumenta “se configure siguiendo la lógica del merecimiento, esto es, castigando en función de la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, y no en atención a otras consideraciones como la peligrosidad del autor del delito o personalidad.” (p.38)

**Fuente:** Ficha Bibliográfica, Derecho penal del enemigo Javier Llobet, Gustavo Chan, 2020.

El derecho penal del enemigo, al considerar al ciudadano como un peligro para la sociedad, se anticipa a cualquier daño que pudiera provocar el primero al Estado de derecho, y lo encasilla como un sujeto al que hay que vigilar y controlar, para garantizar así la seguridad ciudadana.

Al acontecer lo explicado anteriormente, el derecho penal se convierte en un derecho penal de peligrosidad. Se establece un estigma en los ciudadanos por virtud del cual hay que considerarlos peligrosos anticipadamente para no lamentar después, no haberlo hecho antes. Esto, es lógico que conlleve a otros efectos. En principio, disminuye parcial o totalmente la influencia de uno o varios derechos humanos, por cuanto lo que importa es la seguridad y no que en el relacionamiento del Estado con los ciudadanos, se respeten irrestrictamente los derechos de estos últimos.

Las garantías procesales y constitucionales, bajo esta interpretación del derecho penal, pasa a ocupar una segunda categoría. Para distinguir a los ciudadanos que ameritan que se les aplique el modelo de derecho penal del enemigo; a los que no, Jakobs los caracteriza de enemigos de la colectividad, debido a que ellos han realizado un abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta.

La aplicación del derecho penal del enemigo es la consideración de que el derecho penal en general se anticipa a que el sujeto en cuestión le haga daño a la sociedad. Al anticiparse, el derecho penal del enemigo logra que no se apliquen tantas penas, sobre todo porque quienes pueden delinquir se encuentran identificados por el sistema y esto marca, identifica, aísla y distingue del resto.

Si no se aplicarán tantas penas, entonces el derecho penal del enemigo se trata, de un derecho de medidas curativas o de seguridad. Esto está particularmente relacionado con el derecho penal de peligrosidad, puesto que, en este último, se desarrollan una serie de medidas que tienden a controlar a los antisociales, que se enseñen como tales y a los cuales se les asigna el concepto de peligrosos.

Además de lo indicado anteriormente, el derecho penal del enemigo debe, en suma, establecer una serie de medidas preventivas en el entendido de que se ha pasado de la

prevención general a la particular por el solo hecho de identificar a los peligrosos, a los enemigos.

La crítica fundamental al tipo de derecho penal o tendencia de este, que constituye el derecho penal del enemigo, reside en la debilidad de su dogmática frente a la rudeza de su política criminal. Se trata de una fuerte carga de fuerza o poder depositado en el Estado, para garantizar la seguridad ciudadana, en contraposición al respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En tal virtud, y siendo que el derecho penal del enemigo es una tendencia que puede servir como herramienta de control social en manos del Estado, es preciso que las autoridades que conducen los destinos del país, así como los encargados de aplicar justicia, deban subordinar su actuar no solo a las normas y legislación vigente, sino además a los principios inspiradores de las normas, al espíritu de la ley que busca precisamente establecer un equilibrio entre seguridad ciudadana y el respeto a los derechos ciudadanos.

Es preciso indicar de paso, que tal como ocurre con una serie de temas similares, el derecho penal del enemigo no es un conjunto de ideales rechazables bajo la etiqueta de derecho penal del enemigo, sino que el conjunto de estos, deben servir para enriquecer el actuar del Estado.

El derecho penal del enemigo es un tipo de derecho penal que establece la identificación de personas que resultan potencialmente peligrosos para la sociedad, por cuanto los actos que cometen no encajan sistemáticamente de acorde a su rol dentro de la sociedad y han abandonado el Estado de derecho.

Es menester recalcar que de acorde a las políticas penales propuestas por el sustentante, el cual se basa en la teoría de los sistemas, implementada por el sociólogo Niklas Luhmann; cada persona tiene un rol específico en la sociedad y, cada uno de los

habitantes deben dar una garantía cognitiva de que se desarrollarán bajo dicho rol, trabajando sistemáticamente como una especie de engranaje, el cual es el centro de sostenibilidad de la sociedad, idea extraída de la teoría de la Autopoiesis del Biólogo Humberto Maturana citado por Vázquez (2016) la autopoiesis “da cuenta de la organización de los sistemas vivos como redes cerradas de autoproducción de los componentes que las constituyen” (p.124).

El concepto supra mencionado, fue utilizado por el sociólogo Luhmann y trasladado a la sociología en su teoría de los sistemas donde especifica que cada individuo tiene un determinado rol de comportamiento para encajar en el sistema en el que habita, posteriormente el jurista Alemán Jackobs, traslada esta interpretación al campo del Derecho penal y sostiene que derivado de las teorías tanto de Maturana como de Luhmann, determinan que toda individuo debe cumplir un propósito para con los demás, sus comportamientos y acciones deben ajuntarse dentro de las normas establecidas para cada agrupación.

Una vez incluido estas teorías al Derecho Penal, Jackobs argumenta que las normas penales, deben obedecer al mismo orden, además, agrega un factor fundamental en su corriente doctrinal, la que previene la comisión de delitos futuros basándose en la personalidad o la peligrosidad de los administrados y que, quien no se apegue a este orden, es nocivo para la colectividad y se debe enmarcar como enemigo , al que se le restringirán total o parcialmente sus derechos inherentes, en pro de la seguridad común.

Por su parte, la teoría del Derecho penal democrático, como lo establece la contextualización, hace referencia al conjunto de reglas o normas relativas de la conducta de los individuos, esto alude al sistema, no solo impone penas tras la constatación de un

delito, sino que asigna medidas preventivas a los presuntos infractores aún sin haberse determinado su culpabilidad.

Según Lascurán y Rodríguez (2019) el Derecho Penal, en la medida en la que trata de evitar ciertos comportamientos, el Derecho Penal es un medio de control social, como también lo son la familia, la escuela o las religiones, las reglas sociales o las reglas morales. Lo que caracteriza el Derecho Penal como forma de control social es que está altamente formalizado. Esto significa que sus reglas y su modo de actuar, lo prohibido y sancionado, los modos de sanción y su aplicación práctica, se manifiestan con precisión a través de ciertos cauces formales y solo a través de ellos. Un segundo rasgo del Derecho Penal como medio de control es su contundencia: la gravedad de los instrumentos de los que se vale. (p.35).

Es importante destacar que nuestro país desde que se realizó la independencia con la colonia española, ha optado por un sistema penal garantista de las igualdades y derechos inherentes a los administrados, se vio reflejado desde que se realizó la separación de poderes, donde contamos con un poder ejecutivo, quien es representativo del país, un uno judicial, encargado de administrar y aplicar la normativa que aprueba potestativamente el tercer poder, conformado por 57 diputados y denominado Legislativo.

Este último tiene la tarea de analizar, debatir y aprobar leyes con efecto erga omnes, es decir, de acatamiento general, dichas normas, deben pasar por un proceso riguroso en el plenario, pero cada una de esas normas debe estar estrictamente apegada a la política que ha imperado por años, misma que es garantista de los derechos humanos y no discriminación de los administrados, por lo que, la ley se debe dictar y aplicar para todos y ningún costarricense o habitante puede alegar desconocimiento de la misma- a excepción del error de tipo-.

Una política criminal apegada al modelo constitucionalista con el desarrollado en nuestro país, no puede valorar aspectos personales o de peligrosidad de los administrados, al contrario, prevalecen principios que son protectores de los derechos humanos y procesales de los infractores como el in dubio pro reo, principio de inocencia, proporcionalidad, ultima ratio, entre otros.

Esta corriente procesal penal, busca castigar hechos retrospectivos y, su finalidad es la reinserción del individuo a la sociedad, sin importar aspectos como la reincidencia, incluso se han desarrollado mecanismos, que buscan restaurar antes de condenar a algunos delincuentes, como lo es la justicia restaurativa.

Buena parte de las razones para una jurisdicción constitucional radican no en la necesidad de judicializar la política, sino para poner coto a legislación de emergencia que nace no de la necesidad sino de la búsqueda de soluciones coyunturales para problemas perentorios. La revisión de ese trabajo legislativo se ha confiado a una jurisdicción que observa las leyes y los proyectos con un lente de análisis de carácter constitucional.

La justicia no es apolítica. Los jueces ejercen un poder enorme de interpretación y de decisión, y desde esa perspectiva ejercen política. Pero no nos llamemos al error, es a veces también colegislador cuando se le confiere la tarea de definir si una ley es o no constitucional, oficio que es únicamente potestativo de la Sala Constitucional o cuando le dice al Poder Legislativo lo que debe hacer en determinadas áreas.

Lo anterior, lo ejerce la misma sala bajo la figura de las consultas de constitucionalidad que, los legisladores realizan para determinar el apego de las leyes a aprobar con la Constitución política, también los magistrados pueden verificar sobre el apego con los tratados internacionales adscritos por el país, esto último se realiza bajo la figura de control de convencionalidad que es diferente al control de constitucionalidad.

En referencia a lo anterior, siempre en la línea del respeto de los derechos de las personas, el modelo penal vigente en nuestro país, al estar la constitución política, código penal y demás leyes, desactualizadas por la gran cantidad de años que tienen de promulgadas, el Gobierno ha optado por ser parte de los tratados internacionales que protejan los derechos humanos.

Según la pirámide de Kelsen:

### **Ilustración N°1**

Pirámide de Kelsen aplicada en Costa Rica



Fuente: Proyecto de investigación Derechos Humanos: Métricas y mediciones en discapacidad

En primera instancia se encuentra Carta Magna, seguido por los tratados internacionales, leyes- donde las especiales están sobre las ordinarias-, reglamentos, decretos emitidos por el Ejecutivo y por último, directrices internas.

Sin embargo, al tener esa línea estrictamente apegada a los derechos inherentes de las personas, si existe un tratado internacional, que proteja estos derechos y que dicha protección no se encuentre positivizada en la constitución política, este tratado prevalece

sobre esta última. Lo anterior es muestra de lo estrictamente garante que es el sistema democrático con dichos derechos y su aplicación es general.

### Ficha Bibliográfica N°2

Objetivo N°2: Realizar un análisis comparativo entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal democrático	
Análisis comparativo	
Derecho penal del enemigo	Derecho penal democrático
Para López (2015) menciona “cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social” (p.02). Esta forma de pensamiento considera al delincuente como enemigo de la sociedad, es decir, se pretende que dejen de ser consideradas como personas por parte del Estado, por lo cual el Estado no debería propender a recuperarlos para la sociedad.	Para Flores (2016) “el derecho es producto de lo social, esto, porque la convivencia humana produce la conciencia de lo jurídico” (p.01). Además, sostiene la misma autora, que el derecho solo tiene sentido para el hombre en sociedad. De ahí, que es la propia sociedad quien se autorregulada, siendo una característica del derecho que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose en obligatoria en algún sentido.

Ambas corrientes normativas se pueden catalogar como antagonistas debido a las siguientes consideraciones:

De primer instancia podemos describir al derecho penal del enemigo, como un cuerpo normativo estricto, con una serie de normas de punibilidad simbólicas, que buscan dar un mensaje tiránico a la colectividad su principal función es proteger a la norma, no

buscar reinsertar al delincuente, busca su inocuización, es decir, cuando el derecho penal del enemigo castiga a un infractor o neutraliza una posible amenaza, el cuerpo normativo se fortalece, caso contrario el derecho penal democrático, que busca garantizar todos los derechos de los delincuentes y a opinión popular, revierte un carácter más permisivo en comparación con su contra parte.

El sistema garantista busca reinsertar al infractor a la sociedad y utiliza la pena con la intención de crear conciencia en el mismo. Explicándolo en forma de prosopopeya, el derecho penal del enemigo al ejecutar sus normas estrictas y penalizar una conducta, dice “soy fuerte y prevalezco”, por su parte el derecho penal democrático, aplica todos los procedimientos taxativos y si no logra concretar una sentencia dice “quizás si era un delincuente, no se pudo condenar, pero se le respetaron todos sus derechos humanos y garantías procesales”

El derecho penal democrático, enfoca su persecución penal en hechos retrospectivos, es decir, realizados por el agente con anterioridad, el derecho penal del enemigo enfoca su persecución penal además de hechos ocurridos, a prevención de hechos futuros- que no se han cometido-, pudiendo así incurrir en error y castigando a un inocente.

El derecho penal del enemigo, tiene su poder irrestricto, no acepta interferencia de agentes externos que pueden intervenir dentro del proceso penal que se está desarrollado, por su parte el derecho democrático, puede tener interferencia de agentes externos, como la sala constitucional, corte interamericana de derechos humanos, entre otros.

El proceso penal ventilado por el derecho penal del enemigo, se puede considerar un proceso expedito, ya que su proceso posterior a la calificación del justiciable como enemigo, la condena es inminente y con celeridad, en cambio, el proceso del derecho penal democrático, al estar regido por una serie de reglas y procedimientos exige la necesidad de

ser prolongado en aras de llegar a su fin de manera óptima y respetando siempre los principios y garantías procesales.

El derecho penal democrático, aplica sus alcances basándose únicamente en el derecho penal del hecho, su antagonista por su parte, valora la personalidad o la peligrosidad de los administrados, pudiendo castigar a una persona sin necesidad de cometer un delito.

Por otro lado, tenemos un Derecho penal democrático que se caracteriza por ser garante de los derechos y libertades de los administrados, enviando el mensaje de seguridad jurídica que otorga el estado para con sus habitantes, el derecho penal del enemigo propone una laceración total o parcial de los derechos en aras de hacer cumplir la norma y con la teoría de seguridad colectiva.

### Ficha Bibliográfica N°3

Objetivo N°3: Identificar si existen elementos del Derecho Penal del Enemigo, subyacentemente en la legislación penal costarricense.	
Variable	Contextualización
Elementos del derecho penal del enemigo	Delito de asociación ilícita Elementos para dictar prisión preventiva Peligro procesal de reincidencia delictiva Extensión de la prisión preventiva Arresto domiciliario con monitoreo electrónico

Tomando en consideración de que el sistema político-penal costarricense, se realiza un análisis exhaustivo de la normativa procesal penal tanto en las normas completas, como los elementos de valoración para estipular medidas preventivas o penas a los ciudadanos. En nuestra práctica jurisdiccional se deben respetar una serie de principios y reglas que deben tutelarse bajo el marco de constitucionalidad y convencionalidad.

Resultado de dicho análisis, se logran observar elementos propios del derecho penal del enemigo en la normativa democrática vigente, los que carecen de legitimidad y no se deberían utilizar en el tratamiento de los justiciables en los procesos ventilados en los estrados judiciales.

Para Carvajal (2018) “puede tener un enfoque de tipo liberal garantista o contrario a esta concepción con disminución de las garantías individuales, bajo un falso dilema de la seguridad versus los derechos fundamentales” (p.17).

A continuación, se desarrollarán los elementos del derecho penal del enemigo considerados como subyacentes en la normativa procesal nacional.

### **Delito de asociación ilícita**

Adscrito en el numeral 281 del código penal que indica

Artículo 281.-Asociación ilícita. Será reprimido con prisión de uno a seis años, quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

La pena será de seis a diez años de prisión si el fin de la asociación es cometer actos de terrorismo o secuestro extorsivo. (p.192)

Donde se observa una pena de uno a seis años de prisión para aquel que, se asocie con una o más personas, con la finalidad de cometer actos delictivos y, la penalidad puede aumentar hasta a diez años si la intención es cometer actos considerados como terroristas.

Una de las características más controvertidas de este ilícito, no es necesario un pacto expreso de unión entre los presuntos delincuentes, con solo el hecho de pretender realizar acciones delictivas que puedan ser consideradas en equipo complementan la tipicidad objetiva y subjetiva, ya que, se considera un tipo penal plurisubjetivo, con el simple hecho de realizar dicha asociación, se pone a funcionar el órgano jurisdiccional de oficio.

Lo más cuestionable del delito en cuestión, es que no necesita la comisión de un delito, con el hecho de pretender cometerlo de manera dolosa, cumple con los requisitos necesarios para impulsar la persecución penal, es decir, va en busca de prevenir un hecho

futuro por la peligrosidad que representa los autores intelectuales, si bien en cierto, la normativa costarricense se penalizan los delitos de peligro abstracto, este por sus peculiaridades antes mencionadas, encaja en las políticas del derecho penal del enemigo.

La normativa democrática entre sus pilares fundamentales, es castigar el hecho pasado y no el futuro a como lo pretende resguardar este tipo penal. Además, se plantea los aspectos que determinan si se está cometiendo el tipo penal.

La respuesta también se ve inmersa en el derecho penal del enemigo, siendo que, la manera de perseguir este delito es mediante trabajos de inteligencia, agentes encubiertos trabajando de manera presencial o virtual o, mediante intervenciones telefónicas que, al no haber una presunción razonable de culpabilidad, la cual es necesaria para que un juez, mediante una interpretación de las leyes garantistas e interpretando bajo los principios que la rigen, puedan girar una orden para restringir un derecho fundamental, en este caso el de privacidad.

Estas interrogantes se vuelven más reprochables cuando se plantean hipótesis o casos hipotéticos; entre ellos, como trabajaría el Estado de derecho bajo su poder judicial cuando una persona hace favores o presta sus servicios de transporte a una persona que comete ilícitos, sin este saber lo que realiza.

Verbigracia sujeto A, le solicita a sujeto B que, le preste sus servicios informales de transporte y que lo lleve a determinado lugar, al estar en el sitio, sujeto A se baja del vehículo y entra a un centro comercial, posteriormente le solicita que lo lleve a otros sector y de la misma manera el sujeto B permanece en el automotor y el sujeto A ingresa a una casa, el sujeto B le pregunta a sujeto A, que diligencias realiza y le responde que saludar a familiares y en el centro comercial buscar una mercadería que no encontró y así sucesivamente por tiempo prolongado y en realidad el sujeto realizaba los delitos de

coacción, extorsión y amenazas con arma de fuego. La policía investigadora los detiene y el Ministerio Público lo acusa del delito en cuestión.

Para encajar en la tipicidad de este delito, no se necesita un acuerdo verbal, sino también de forma tácita, que con la interacción de los sujetos en la comisión de los delitos es suficiente para poder restringirles sus derechos e iniciar el proceso penal. Entonces el derecho penal democrático no estaría fungiendo con el principio de culpabilidad individual, debido a que, el transportista no tiene conocimiento del hecho que está desarrollándose y peor aún, tiene escasa o nula posibilidad de demostrar su inocencia.

Para Rivera Quesada, L. y Salazar Sánchez, A.M (2014) “Esto significa que la colectividad es su globalidad debe pretender la comisión de delitos para que se configure este delito, no la intención de alguno o algunos de sus miembros: “no es la intención o propósito del socio lo que decide la tipicidad, sino la naturaleza del “objeto social” (p.04)

Derivado de lo anterior, la política criminal costarricense estaría apartándose de la aplicación del derecho penal del hecho y trabajando bajo preceptos de prevención futura y peligrosidad de los individuos con la colectividad, ya que este tipo penal puede ser aplicado sin la necesidad de cometer un ilícito, con el simple hecho de pretender realizarlos o solo por el hecho de ser parte de una organización, sin cometer algún delito, esto es propio de la corriente del derecho penal del enemigo.

El órgano jurisdiccional, estaría trabajando en inobservancia de los principios de presunción de inocencia, culpabilidad individual, lesividad, además de estar fungiendo bajo un Estado de policía, definitivamente contrario a los parámetros constitucionales que rigen nuestro país.

## **Elementos para dictar prisión preventiva**

La prisión preventiva es un instituto utilizado por los juzgadores para mantener al o los individuos apegados al proceso penal que se sigue en su contra. Es menester recalcar que esta medida puede ser utilizada bajo ciertos parámetros y que, obligatoriamente se debe implementar como ultima ratio.

Para Jerez y Herrera (2019) este requisito de procedencia de la prisión preventiva “hace referencia a la necesidad de fundamentar la solicitud de prisión preventiva sobre la base de pruebas o indicios suficientes que logren acreditar la presunción razonable de que el acusado es con probabilidad autor o participe del ilícito penal (p.05).”

Entre los requisitos de esta medida el fiscal para solicitarla, debe probarle al juzgador cuál de los peligros procesales es inminente que el justiciable cometa peligro de fuga, del cual se estipula como aquellos factores que pueden influir para que el delincuente decida huir del proceso.

Esto quiere decir, elementos circunstanciales que hagan considerar al infractor que es más sensato huir ya sea dentro o fuera del país, entre los parámetros de esta categoría, se puede ubicar el arraigo, que es cuando el individuo tiene trabajo estable, domicilio fijo o familia, abogando por el sentimentalismo o la estabilidad que pueda generar estos factores para con el encartado.

Sin embargo, existen otros parámetros que pueden influir en la decisión del agente infractor, como su estatus económico pecuniariamente y pueda huir con facilidad incluso con su familia o, que la pena proporcional que se le podría imponer sea sumamente alta, donde el presunto delincuente pueda analizar que pasará una determinada cantidad de años privado de la libertad.

Sea cual sea el caso, de considerarse alguno de las situaciones anteriores, el fiscal mediante acusación fundamentada puede solicitar al juez la prisión preventiva por peligro de fuga.

Siguiendo con la referencia anterior, además se puede solicitar la prisión por el peligro procesal de que el agente pueda de alguna manera obstaculizar el proceso para lograr su exculpación sea realizando actos contra la administración de justicia o, contra algún interviniente del proceso, llámese víctimas, testigos o incluso contra los administradores de justicia o sus auxiliares de investigación.

Se podrá interpretar que la argumentación de este peligro procesal puede encajar basándose en la peligrosidad del agente, sin embargo, este tema encaja en otro ámbito jurídico.

Aunado a estos peligros procesales y de interés para esta investigación cualitativa, se presenta el peligro de reincidencia delictiva como otro elemento subyacente.

### **Peligro procesal por continuidad y reincidencia delictiva**

Para Llobet (2014) “se trata, sin lugar de dudas, de la causal de prisión preventiva que ha dado lugar a una mayor polémica, sin que exista acuerdo sobre la legitimidad de su regulación en un Estado de Derecho. (p.08)”

Previo a realizar un análisis a fondo de las normas que los toman en consideración para estipular la prisión preventiva debemos conceptualizar cada una de ellas con el fin de diferenciar los parámetros de cada una y evidenciar la existencia subyacente de elementos ilegítimos del sistema democrático.

Entendemos continuidad delictiva como el conjunto de injustos cometidos de manera independiente o en concurso material sin haber sido juzgado por ninguno, donde un

individuo sujeto a un proceso debido a su comportamiento es un infractor habitual, por lo cual se considera que lo seguirá realizando.

El artículo 239 indica una serie de requerimientos taxativos que son indispensables para dictar la prisión preventiva, en su inciso b expresa:

Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. (p.157)

En reiteradas ocasiones se ha indicado que la pena privativa de libertad y las medidas con la misma categoría, deben ser utilizadas como ultima ratio y, agotar las medidas alternas en pro de los derechos humanos y en la actualidad se considera el alto hacinamiento carcelario.

Sin embargo, derivado del texto normativo supra citado, se puede observar que uno de los parámetros que acusa el Ministerio público y que toma en consideración el juez, es un peligro de continuidad delictiva, es decir, el juez busca mediante la pena privativa de libertad prevenir un hecho futuro incierto.

Lo anterior es una evidente medida de seguridad ubicable en el derecho penal del enemigo para evitar la comisión de un hecho futuro, basándose en los delitos sin sentencia en firme y que son ajenos al que se encuentra en debate y valorando la peligrosidad del justiciable.

Lo anterior en contrariedad del principio de inocencia, debido a que se presume que es culpable de los delitos, in dubio pro reo, al valorar de acorde a la duda de los delitos cometidos en conjunto con la presunción de inocencia y el principio non bis in idem, al

realizar una interpretación desfavorable para el encartado, además, del principio de igualdad estipulada en el numeral 33 de la constitución política vigente que indica:

Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (p.08)

Como sustento de lo anterior la jurisprudencia al respecto indica,

...según jurisprudencia vinculante como el Juzgado Penal en su momento valoró la existencia de un peligro de continuidad delictiva, lo que resulta razonable, habida cuenta de la cantidad de causas que se abrieron contra el justiciable en un período relativamente corto de tiempo, todas por delitos de igual naturaleza, algunas de ellas por hechos ocurridos después de que se había iniciado la investigación en su contra. Lo anterior determina la necesidad de prorrogar la medida cautelar... Resolución N<sup>a</sup> 02313 – 2019 del 19 de diciembre del 2019 a las 3:32 p. m.

El voto anterior no es precisamente sobre la estipulación de la prisión preventiva, sino de una prórroga donde el ad quo, deliberó y estipuló la prisión preventiva valorando el peligro de continuidad delictiva y en este voto el ad quem resella el criterio y extiende la prisión preventiva por dos meses.

Aunado a lo anterior, extraemos del mismo código procesal en su artículo 239 bis que indica otras causales para estipular la prisión preventiva, en el inciso C, expresa,

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. (p.158)

En el enumerado supra mencionado, podemos identificar que la reincidencia en nuestra legislación es uno de los causales para determinar la estipulación de prisión preventiva y es utilizada por los juzgadores como parámetro para dictarla a los justiciables que encajen en los parámetros establecidos.

La reincidencia se puede confundir con la reiteración por lo que conceptualizamos que;

La reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa, y Reiteración es la circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo por delitos de índole diversa del que se juzga.

(Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de Manuel Osorio).

La reincidencia está tipificada en el artículo 39 del código penal que indica:

Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición. (p.37)

Considerar la posible reincidencia de los encartados para restringirles el derecho constitucional de la libertad, al igual que en la continuidad delictiva, es una interpretación ubicable dentro del derecho penal del enemigo, siendo que, se busca una prevención futura de un hecho incierto.

En algunos casos, se solicita un criterio técnico del Instituto Nacional de Criminología; sin embargo, los estudios realizados por estos profesionales son en base a hechos pasados y criterios históricos del comportamiento, lo cuales son utilizados para proyectar a futuro una probabilidad estadística. No se mantiene un 100% de certeza de que ese comportamiento se vaya a cumplir, por lo cual, bajo las premisas del in dubio pro reo, al existir ese porcentaje de error, se debe interpretar como duda y resolver lo más favorable para el encartado.

Es decir, no existe la seguridad de que ese comportamiento se vaya a realizar, por lo que el órgano judicial de dictar prisión preventiva basado en estos aspectos probabilísticos, está castigando al agente con una soslayada medida de seguridad, basándose meramente en la conducta del agente su personalidad y en su peligrosidad para con la colectividad, ambos criterios propios del derecho penal del enemigo propuesto por Jackobs.

La prisión preventiva debe ser usada bajo el principio de última ratio y con estas consideraciones expuestas puede ser utilizada en prima ratio, según la decisión del Ministerio Público de solicitarla y la interpretación facultativa del código procesal penal realizada por el juzgador en turno que conozca el caso específico.

Además de que la estipulación de la medida preventiva en cuestión, no conlleva a ningún tipo de sanción o indemnización contra el Estado, lo que significa una evidente indefensión de los encargados y una violación a los derechos procesales de los mismos, en caso de un error al estipularla de la administración de justicia.

Políticamente, parece estar el sistema actuando “con mano dura”, contra los infractores que hacen daño a la sociedad, pero lo que es cierto es que, en un Gobierno constitucionalista, los procesos penales deben ser garantistas de los derechos de los encartados, se desapega totalmente de los principios de presunción de inocencia.

Ya que, por el simple hecho de considerar que un justiciable, cometerá delitos si quedase en libertad en caso de la continuidad delictiva o, por el hecho de que el individuo fue condenado previamente de algún delito violento, es decir, ya el agente descontó el castigo que impone el Estado.

El hecho de tomar en consideración los elementos supra mencionados, es una evidente señal de que se está etiquetando al encartado como enemigo de Estado en

representación de la colectividad y que se está actuando contra el de una manera rígida y diferenciada en consideración de los demás infractores.

Esto deja en evidencia la ruptura del principio de igualdad procesal del artículo 33 de la carta magna debido a que se les está dando un trato diferenciado en relación con la colectividad, por el simple hecho de pensar que, por su personalidad, realizarán una continuidad delictiva o que, por el hecho de haber sido juzgados-reincidentes-, debe aplicarse la ley de manera más rigurosa, juzgándolo 2 veces tomando en cuenta el mismo hecho delictivo.

De acorde a este elemento de aplicación de prisión privativa de libertad, para determinar la aplicación de dicha medida preventiva, es que el justiciable tenga la calidad de reincidente, este ha sido procesado y juzgado con anterioridad de algún delito específicamente violento, ya sea, contra las personas o con fuerza sobre las cosas, dando a la luz otra consideración propia del derecho penal del enemigo, al valorar la peligrosidad del encartado en procesos anteriores y ajenos al presente.

Hay una evidente violación al principio pro homine que estipula que la norma debe interpretarse de la forma más favorable para el encartado, también al principio non bis in ídem y también afecta al instituto de cosa juzgada material, del cual nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, pero en este artículo, se le castiga por segunda vez al justiciable por el delito que ya descontó, también viéndose afectados los principios de igualdad procesal pues su condena ya descontada es tomada en consideración para determinar si un juzgador puede agraviar su derecho constitucional de la libertad, caso que no aplicaría para un delincuente primario.

Según el artículo 238 del código procesal penal indica los ámbitos de aplicación para la prisión preventiva para mantener al sujeto activo apegado al proceso. En su penúltimo párrafo expresa,

Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados. (p.156)

Por lo que le juzgador, debe intervenir lo menos posible los derechos que le asisten a los sujetos activos del proceso en cuestión.

Además, que el país en su afán de ser constitucionalista, ha firmado tratados internacionales que, prohíben de manera categórica, tomar en consideración este aspecto para estipular medidas privativas de libertad o para aumentar las penas condenatorias. Lo anterior se puede extraer del tratado firmado en la provincia de San José, que se denomina, Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José).

### **Extensión de la prisión preventiva**

En estricta correlación con el tema anterior, además de las consideraciones expuestas, el órgano de justicia puede realizar una serie de reajustes de prolongación a la medida preventiva restrictiva de libertad, siempre y cuando no hayan variado las condiciones que fundamentaron en la primera aplicación de dicha medida preventiva, en este caso, referente al objeto de esta investigación la continuidad y la reincidencia delictiva.

Este instituto está normado en el artículo 258 del Código Procesal Penal, donde específicamente en su primer párrafo indica

A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal de Apelación de Sentencia, hasta por un año 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. (p.170)

Además, en su párrafo tercero indica,

Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición. (p.170)

Donde se especifica que el ad quo puede extender hasta por seis meses la medida preventiva

Aunado a lo anterior, el párrafo cuarto expresa

El Tribunal de Apelación de Sentencia, excepcionalmente y de oficio, podrá autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio. (p.170)

Y finalmente, en su quinto párrafo indica

De manera excepcional, la Sala de Casación Penal podrá ampliar, en los asuntos de su conocimiento, la prisión preventiva hasta por seis meses más allá de los términos de ley autorizados con anterioridad. (p.170)

Resultado de lo anterior vemos que el legislador insiste en penalizar la continuidad y reincidencia delictiva como base para poder extender la prisión preventiva, que debería ser utilizado como ultima ratio y valorar primero lo favorable para el encartado, esto es prueba fehaciente de que el Estado tiene un tratamiento diferenciado con las personas que con una interpretación controversial, considera que continuará delinquir y con los reincidentes, los cuales, ya cumplieron condena por los delitos cometidos y que, en teoría fueron reinsertados a la sociedad.

Al igual que en el apartado preliminar se afectan derechos constitucionales y procesales de los encartados, en este caso se aumenta la afectación, considerando que, a un individuo se le dicte prisión preventiva por seis meses fundamentando la solicitud por continuidad delictiva o reincidencia

Si al cumplir ese plazo no se ha efectuado el juicio y si no ha variado las circunstancias que dieron pie a la primera resolución preventiva, que de hecho no va a cambiar por la razón de que, si fiscalía y juzgado consideran peligro de reincidencia, dicho peligro va a continuar, por lo cual, se puede extender seis meses más por el mismo tribunal que lleva el proceso.

Si transcurre el tiempo y no se ha efectuado el juicio, el tribunal de alzada puede, mediante solicitud de la Fiscalía aumentarlo hasta por seis meses más y después, puede ser aumentado seis meses más por tribunal de casación, veinticuatro meses en prisión preventiva por peligro de reincidencia.

Dicha práctica jurisdiccional, se puede evidenciar en los votos de jurisprudencia emitida por la sala tercera de casación penal que indica

Examinado el asunto, este Tribunal de Apelación de Sentencia corrobora que las circunstancias por las cuales se ha venido decretando la prisión preventiva en contra del aquí imputado [Nombre 001], no han cambiado. De forma que, la ampliación de la medida cautelar solicitada resulta indispensable para asegurar la sujeción del imputado al proceso, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley.

Presupuestos que han motivado la prisión preventiva del indiciado [Nombre 001]:

(i) Presunción de participación delictiva: Desde la primera vez que se ordenó la medida, se ha considerado la existencia de elementos probatorios suficientes para sostener razonablemente que el encartado [Nombre 001] es con probabilidad autor

de diversos hechos punibles, como un delito de transporte de droga, dos tentativas de homicidio calificado y un delito de daños agravado, al punto que ya la Fiscalía finalizó la investigación y formuló una acusación formal en su contra Resolución N° 01085 – 2021 del 26 de Octubre del 2021 a las 4:30 p. m.

Resultado del voto anterior, la sala especializada en materia penal, dictó sentencia a favor del ministerio público y, se extendió por tres meses más la prisión preventiva.

#### Ficha Bibliográfica N°4

Objetivo N°4: Determinar los parámetros para la utilización del control de convencionalidad.	
Variable	Contextualización
Control de convencionalidad	Para Aguilar (2016) “es el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley, a los tratados internacionales respecto de los cuales, el Estado ha consentido en obligarse” (p.721)

Producto de la segunda guerra mundial, sobresalió la necesidad de realizar convenios internacionales en pro de los derechos humanos de las personas, pero se buscó la manera de estandarizar dichas regulaciones en las diversas regiones, fue así, que se conformó la corte interamericana de derechos humanos IDH por sus siglas en inglés.

Todos los Estados que se adscribían en el tratado internacional, debería por regla general, aplicar todos los alcances de ella en cada una de sus Republicas. Incluso, dichas normas garantes de los derechos humanos de las personas, tienen jerarquía sobre la constitución política del país en cuestión, es por ello que, tiene efecto erga omnes en todos los Estados, lo que, tienen la obligación de ejecutar cada una de las reglas y principios que en ellos se determine con consenso general.

Derivado de lo anterior, se puede determinar que los asuntos de derechos humanos, dejan de ser un tema meramente propio de cada Región y pasa a ser de carácter

internacional. Producto de lo anterior, se creó la Convención Americana de Derechos Humanos CIDH, la que se conformó en la provincia de San José Costa Rica en 1969 y es estrictamente garante de los derechos inherentes de las personas del continente americano, siempre y cuando estén incluidos en dicho tratado.

La finalidad principal de este tratado es garantizar los derechos procesales y sociales de las personas, con una serie de principios y normas que buscan eliminar la vulnerabilidad que tienen algunos cuerpos normativos y que, mediante este tratado internacional, cada país puede utilizar un adecuado control de convencionalidad y pueda subsanar los errores en referencia, que se han venido cometiendo en cada uno de los países, además, de reforzar la democracia de manera estándar en los países miembros.

Basado en esas consideraciones, se debe entender como materializamos las normas en cuestión en caso de requerirse en un proceso judicial determinado, donde las normas orgánicas, especiales ni la propia constitución política logran abarcar el derecho humano o procesal en cuestión. Se debe practicar el control de convencionalidad que en la mayoría de los casos se confunde con el control de constitucionalidad.

Para dirimir la disyuntiva, se debe indicar que, en nuestro país, contamos con un sistema constitucional concentrado oficial, para entender el control de constitucionalidad, es menester recalcar que, únicamente la sala constitucional tiene la potestad de interpretar y dar un criterio sobre el caso específico, es decir, si un juez o alguna de las partes considera que determinada norma es contraria o afecta parcialmente un derecho humano o procesal, garantizado en la constitución política, el juez debe presentar ante la sala constitucional la consulta y esta última suspende todos los procesos que se estén llevando en referencia a esa norma.

Una vez que se determine por parte de la sala, si la norma es constitucional, se reanudan todos los procesos en cuestión, pero, si se determina la inconstitucionalidad de la norma, la norma es declarada permanentemente con ese calificativo y, se deben dar un sobreseimiento de los procesos que dependan de ella. La característica principal de este control es que únicamente aplicable por los magistrados de dicha sala.

Referente al control de constitucionalidad, es importante destacar que tanto abogados como juzgadores tienden a confundirla con el control de constitucionalidad, teniendo un ámbito de aplicación diferente.

Indica la Corte Interamericana de los Derechos humanos,

... el Tribunal reitera que las distintas autoridades estatales, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; en esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De esa cuenta, con independencia de las reformas normativas que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades competentes para decidir el nombramiento y remoción de las y los fiscales, así como los tribunales de justicia, ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en esta Sentencia...

Dicha interpretación se debe realizar de forma difusa, es decir, cualquier juzgador que de manera oficiosa o por solicitud de parte, pongan en entredicho que una norma va en contra de los derechos humanos adscritos a un tratado internacional en el que su Gobierno

se inscribió, en este caso nos referimos a la convención americana de derechos humanos, si el juzgador detecta ese error, tiene la potestad de no aplicar dicha norma mediante resolución fundamentada y esto no le acarrearía problemas penales o administrativos.

Esto no significa que la norma va a perder validez como en el caso del control de constitucionalidad, pero si, se respetaran los derechos humanos que le asisten por convención y que, por obligación el juzgador debe aplicar de manera oficiosa.

Para determinar los parámetros para la correcta aplicación del control de convencionalidad podemos tomar de ejemplo los artículos expuestos en el apartado anterior, sobre la estipulación y prórroga de la prisión preventiva, donde el juez conocedor de derecho y garante de los derechos humanos, además de tener el pleno conocimiento de que si el Gobierno se inscribe a un tratado internacional, debe fungir judicialmente bajo sus preceptos una vez cumpla los 10 días de publicado en el diario oficial la Gaceta.

Si nos basamos en la convención americana de derechos humanos, este pacto especifica en su artículo 5 inciso 3:

La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (S.P)

Lo cual especifica que no se puede interponer una pena de acorde a la personalidad del agente infractor, en aras de respetar los principios de la integridad de la persona, además, que en su numeral numero 7 inciso 2:

Derecho a la Libertad Personal

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. (S.P)

Y al referirnos a privación de libertad, debemos analizar en conjunto la constitución política en su artículo 37 que expresa:

Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas. (p.08)

Agregando a la normativa anterior, podemos citar el artículo 11, inciso 1 de Declaración universal de los derechos humanos

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En relación con anterior, el juez debe aplicar las normas internacionales donde según el artículo 05 inciso 03 del Pacto de San José, donde la pena no puede trascender de la personalidad del delincuente, es el primer indicio para poder valorar la ilegitimidad de los artículos 238,239 y 239 bis, en el punto de la continuidad delictiva y la reincidencia.

Ya que de valorar la continuidad delictiva estaríamos frente a una valoración de la personalidad del presunto infractor debido a la incerteza de que el sujeto en cuestión verdaderamente pueda cometer delitos y si se considera su record delictivo, estaríamos frente a una valoración de la peligrosidad del mismo, ambas consideraciones ilegítimas en un Estado estrictamente garantista.

Aunado a la consideración anterior, el artículo 7 inciso 2 del mismo cuerpo normativo expresa la prohibición de restringir la libertad física salvo lo dispuesto en las constituciones políticas o leyes que se basen en ella. De este punto en primera instancia debemos identificar sobre si los artículos supra citados están en estricta relación con la carta magna.

Evidentemente las consideraciones sobre continuidad delictiva son contrarias al principio de inocencia, porque se basa en que el sujeto activo ha cometido reiterados delitos y seguirá en la misma línea, por lo que se le está presumiendo su culpabilidad e imponiendo un tipo de medida de seguridad para evitar que los siga cometiendo, también riñe contra el principio de igualdad y dignidad humana previsto en el numeral 33 de la COPO, debido al trato diferenciado en relación con los demás infractores penales.

Referente a reincidencia delictiva la aplicación de la prisión preventiva por este caso es contrario al principio de cosa juzgada material, debido a que el sujeto ya descontó la pena correspondiente al delito que cometió en retrospectiva, tomar esto en cuenta para restringir su libertad, sería juzgándolo dos veces por el mismo suceso, también es contrario al principio de igualdad y dignidad humana por mas mismas razones que se desarrollaron previo en la continuidad delictiva.

Por lo anterior, el juzgador, en observancia de que su interpretación actuando bajo el principio pro homine y pro libertatis, al valorar de que las normas en cuestión riñen con los principios constitucionales y basados en el artículo 5 inciso 3 de la convención americana de derechos humanos, reforzar la no valoración de la personalidad del delincuente para determinar una sanción.

Según la Corte Interamericana de los Derechos humanos indica mediante jurisprudencia;

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente

de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.”

Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 01 de febrero de 2006.

Aunado a la integración del artículo 7 inciso 2 donde limita la privación de libertad a la constitución políticas y sus leyes armoniosamente derivadas, donde, no se puede ubicar los artículos donde subyacen políticas del derecho penal del enemigo citados con anterioridad, debe, mediante resolución debidamente fundamentada limitarse de interponer o extender la prisión preventiva por los motivos desarrollados ampliamente en este apartado.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Una vez finalizado el proceso investigativo con todos los sujetos en estudio se presentan las conclusiones suministradas para cada variable las cuales se obtienen con base en los cuadros resúmenes descritos en el capítulo IV.

En el siguiente apartado se mencionan las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

### **5.1 Conclusiones**

Según Soriano (2011), las conclusiones en una investigación científica “son constructos teóricos los cuales exponen aquellos datos confirmatorios o limitaciones finales de la investigación, es decir, son las ideas de cierre de la investigación ejecutada a fin de colaborar con el acervo académico” (p.01).

Es así como se plantean las siguientes conclusiones por objetivo:

Objetivo N°1: Desarrollar la teoría del Derecho Penal Democrático y del Derecho Penal del enemigo.

Derivado del desarrollo de las teorías Derecho Penal Democrático y del Derecho Penal del enemigo, se llega a la conclusión de que el derecho penal democrático es un conjunto sistemático de normas de carácter social, dónde su proceso de acuerdo a la doctrina es estrictamente garante de los derechos humanos tanto del sujeto pasivo como del sujeto activo.

Además, como fortalecimiento de este carácter garantista, se optó por inscribirse en tratados internacionales en pro de tutelar los derechos humanos y procesales de los administrados, este sistema político normativo, se apega a una serie de principios y regulaciones que permiten un estricto apego a criterios constitucionalistas y busca castigar hechos retrospectivos o cometidos con anterioridad.

Como característica destacable refiere a que la finalidad de sus sanciones es que, mediante sus penas y sanciones, el infractor interiorice el castigo y pueda reintegrarse a la sociedad con un nuevo inicio y tenga una sana convivencia en la sociedad.

Por su parte, el derecho penal del enemigo, se impone como un cuerpo normativo robusto y estricto que pretende crear una diferenciación entre ciudadanos y enemigos, donde, a este último, se le va a dar un trato diferenciado, en el cual, se le van a restringir total o parcialmente derechos humanos como procesales que si se garantizan en el sistema democrático.

Esto con la ideología de que el derecho y sus normas deben prevalecer, que los infractores de acorde a su personalidad y peligrosidad, son incompatibles con la colectividad y se deben tratar mediante la inocuización, el Estado en este derecho busca prevenir delitos futuros, previo a su realización de acorde a las consideraciones supra mencionadas.

La finalidad del punitivismo de este sistema normativo propuesto por el alemán Günther Jakobs, es la neutralización de peligros y la separación de los agentes que lo representan de la colectividad.

Objetivo N°2: Realizar un análisis comparativo entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal costarricense.

Resultado del análisis comparativo donde se confronta el derecho penal del enemigo contra el derecho penal del ciudadano se concluye que, el derecho penal del enemigo revierte un carácter populista, donde de acorde a la rigurosidad de sus procedimientos, parece tener una protección paternalista para con sus administrados, imponiendo normas y procedimientos simbólicos que pueden fungir como prevención general y mantener a la sociedad en línea de acorde al rol o comportamiento que debe garantizar cognitivamente.

Sin embargo, es un sistema con tendencia retrograda que inhibe total o parcialmente los derechos humanos y procesales, por su parte, el derecho penal democrático garantiza la protección, retrayendo los significativos avances logrados en pro de los derechos inherentes de las personas posterior a la segunda guerra mundial.

Por su parte el derecho penal democrático, es garante de los derechos humanos y procesales, se apega a los avances históricos que ha tenido la humanidad en cuanto a procesos jurisdiccionales, en opinión general tiene una percepción permisiva con los infractores, sin embargo, lo que busca es desarrollar el proceso con la mínima afectación para el justiciable.

Objetivo N°3: Identificar si existen elementos del Derecho Penal del Enemigo, subyacentemente en la legislación penal costarricense.

Al realizar un análisis sobre la normativa de la cual se basa el procedimiento penal costarricense, se logra identificar diversas manifestaciones del derecho penal del enemigo inmersas en las normas y técnicas procedimentales democráticas, que de acorde al carácter constitucionalista del sistema democrático carecen de legitimación en referencia a los derechos humanos y procesales que rigen un Estado de derecho.

Estas normas desarrolladas en este proyecto, no deben ser aplicadas de manera taxativa a como se ha realizado por costumbre judicial, ya que se identifica que su ilegitimidad es parcial, es decir, la norma es válida para un Estado democrático, pero cuenta con determinados elementos de valoración que son contrarios a las garantías que se deben resguarda para con los administrado.

Objetivo N°4: Determinar los parámetros para la utilización del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un instituto poco conocido, que tiende a confundirse con el control de constitucionalidad, sin embargo, de conocerse la diferencia, su alcance y ámbito de aplicación, es una herramienta excepcional en pro de los derechos humanos y procesales de las personas sujetas a procesos jurisdiccionales.

El juez bajo interpretación mediante el principio pro homine, debe realizar un análisis de la norma aplicada de acorde al caso específico, dicha valoración debe realizarse con la intención de deliberar de manera favorable en pro del justiciable, respetando tanto los derechos de este, como los derechos del sujeto pasivo del proceso.

Este instituto permite que los jueces ejerzan el control de convencionalidad de manera difusa, es decir, cada juez valora la norma aplicable y con pleno conocimiento de los derechos tutelados en tratados internaciones referentes a los derechos humanos y procesales, puede apartarse de la utilización de dicha ley, sin necesidad de la aprobación o criterio de la sala constitucional, mediante resolución fundamentada.

La estipulación de este control difuso por oficio del control de convencionalidad, no se visualiza mediante los tratados internacionales adscritos, sino que se ratificó mediante jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos con efecto erga omnes o de acatamiento general.

Son tan vinculante los tratados internacionales que sobrepasan los poderes supremos del Estado democrático y sus constituciones políticas en asuntos de derechos humanos, además, tiene interferencia hasta en criterios técnicos y reglas generales de procedimientos judiciales, como lo es la variación del control concentrado que se ha desarrollado categóricamente desde los inicios de la constitución, a un control difuso que, se implementó

una vez firmado el tratado internacional, para efectos de este proyecto la corte americana de derecho humanos o Pacto de San José.

## **5.2 Recomendaciones**

Para Barrantes (2017) las recomendaciones, en un estudio de investigación “están dirigidas a proporcionar sugerencias a la luz de los resultados, en este sentido las recomendaciones están dirigidas” (p.117). Sugerir, respecto a la forma de mejorar los métodos de estudio, acciones específicas en base a las consecuencias.

Por lo tanto, las recomendaciones deben ser consistentes con los hallazgos y resultados relacionados con la investigación. En este contexto se realizan las siguientes recomendaciones:

En primera instancia, realizar una revisión exhaustiva de las normas aplicables con el fin de identificar si algunas o sus elementos constitutivos carecen de legitimidad en referencia al sistema democrático en el que se crearon, y así, no violentar los derechos de los administrados.

Se deben realizar capacitaciones a los jueces de la República, sobre los alcances y ámbito de aplicación del instituto de control de convencionalidad, para poder así, de una manera más simplificada y con celeridad, respetar los derechos humanos y procesales de las personas, mediante la interpretación de las normas en confrontación con los tratados internacionales y de observarse una laceración o contradicción de los mismos, potestativamente apartarse de la aplicación de esta norma.

Realizar campañas publicitarias de información sobre el proceso y la tramitología del penal democrático con la finalidad de crear conciencia en la colectividad de que el procedimiento penal sigue en pie, aunque el presunto infractor queda en libertad, se

mantiene apegado al proceso de la manera menos gravosa y así, ir disminuyendo esa ideología de que la justicia democrática es permisiva con los delincuentes.

Incentivar a los legisladores que, a la hora de implementar leyes, se apeguen estrictamente a los derechos consagrados en la constitución política y tratados internacionales en aras de fortalecer la posición garantista del Estado costarricense y el respeto de las garantías colectivas y tutelar la igualdad procesal de todos los habitantes de la República.

Solicitar a la sala constitucional, un estudio minucioso de las normas que han sido objeto control de convencionalidad por parte de los juzgados y tribunales inferiores y, de ser detectado la contrariedad con los tratados internacionales en referencia a los derechos de las personas, iniciar de manera oficiosa, en el caso que proceda, el proceso de inconstitucionalidad de las mismas se puede ver registrado en el artículo 10 de la constitución política que indica; y si no se consagra el derecho en la constitución política, dictar jurisprudencia vinculante, para evitar afectaciones futuras a los ciudadanos, con la aplicación de normas obsoletas o con interpretación confusa.

## **CAPÍTULO VI**

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## 6.1 Bibliografía

- Barrantes R. (2016). La investigación: un camino al conocimiento. México. McGraw-Hill.
- Bernal, C. (2018). “Mutaciones de la criminalidad colombiana en la Era del Posconflicto”.  
Utopía y Praxis Latinoamericana. Vol. 23, No. 1 Extra: 80-95.
- Cambronero, A. (2019). Principios generales del derecho: justicia protectora y reproducción del orden social. Revista electrónica. Recuperado de:  
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/37911>
- Carnevali, R. (2019). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. Talca, Chile: Editorial Praxis.
- Carrión, H. (2020). La implementación de mecanismos alternativos en el sistema penal mexicano como política pública de derechos humanos. México: Servicio de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carvajal, J. (2018). “El paradigma de la seguridad y las tensiones con los derechos humanos”.  
Utopía y Praxis Latinoamericana. Vol. 23, No. 1 Extra: 97-110. Recuperado de:  
<file:///C:/Users/heyli/Downloads/Dialnet-LaNegacionDeLaCalidadDeCiudadanoODePersonaEnElDere-8416589.pdf>
- Código penal n° 4573 la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica
- Código procesal penal n° 7594 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica
- Convención Americana de los derechos Humanos (Pacto de San José)
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Ley N°7615
- Fernández, A. (2018). Derecho penal, parte general: teoría del delito: tema, acción. México: Servicio de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores, L.L. (2016). Introducción al Estudio del Derecho. México: Grupo Editorial Patria.

- García, G.; Solano, A. & Ruiz, G. (2018). “El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas”. Utopía y Praxis Latinoamericana. Vol. 23, No. 1 Extra: 11-31. Recuperado de: <file:///C:/Users/heyli/Downloads/Dialnet-LaNegacionDeLaCalidadDeCiudadanoODePersonaEnElDere-8416589.pdf>
- Gómez, V. (2016), El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático, Marcial Pons, Madrid. [file:///C:/Users/heyli/Downloads/337774-Text%20de%20l'article-486154-1-10-20180523%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/heyli/Downloads/337774-Text%20de%20l'article-486154-1-10-20180523%20(1).pdf)
- Jerez, L.; Herrera, H. (2019). Informe de investigación CIJUL. Recuperado de: [file:///C:/Users/heyli/Downloads/la\\_prision\\_preventiva%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/heyli/Downloads/la_prision_preventiva%20(1).pdf)
- Landaverde, M. (2015). Derecho Penal del Enemigo. Enfoque Jurídico. Recuperado de: [https://enfoquejuridico.org/2015/08/26/derecho-penal-del-enemigo/#\\_ftn39](https://enfoquejuridico.org/2015/08/26/derecho-penal-del-enemigo/#_ftn39).
- LLobet, J. (2019). Informe de investigación CIJUL. Recuperado de: [file:///C:/Users/heyli/Downloads/la\\_prision\\_preventiva%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/heyli/Downloads/la_prision_preventiva%20(1).pdf)
- López, J. (2015). Derecho Penal del Enemigo: La sombra del autoritarismo en la política criminal contemporánea. Universidad Autónoma de Barcelona. <https://dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/2117/2172>
- Mir, S. (2018). Introducción a las bases del derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Euros Editores S.R.L.
- Mizrahi, E. (2018). Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires, Universidad Nacional de la Matanza, 2018, 80 pp. Recuperado de: <file:///C:/Users/heyli/Downloads/Dialnet-FilosofiaHegeliananaEnElDerechoPenalDelEnemigo-5712441.pdf>

- Molina, Y. (2016). Derecho penal del enemigo y dignidad humana Revista Verba Iuris, 11(36), pp. 135-146. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1018/788>
- Morillas, L. (2018). Sistema de derecho penal: parte general. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.
- Parma, C. (2012). Jakobs hacia un derecho penal distinto. Projusticia. Centro de estudios para el desarrollo de la justicia, agosto de 2012, pp. 15. Recuperado de: <file:///C:/Users/heyli/Downloads/Dialnet-FilosofiaHegelianaEnElDerechoPenalDelEnemigo-5712441.pdf>
- Rivera Quesada, L. y Salazar Sánchez, A. (2014). Delito De Asociación Ilícita. Recuperado de: [file:///C:/Users/heyli/Downloads/delito\\_de\\_asociacion\\_ilicita.pdf](file:///C:/Users/heyli/Downloads/delito_de_asociacion_ilicita.pdf)
- Sánchez, N. C. (2018). Elementos para una justicia de paz restaurativa. Bogotá, Colombia: Servicio de Publicaciones de la Universidad Santo Tomás.
- Varona, G. (2018). Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial. Madrid, España: Editorial
- Vega, J. (2018). La Filosofía del Derecho como filosofía práctica. En: Revus. Revista electrónica: <https://journals.openedition.org/revus/3990>
- Zúñiga, U. (2019). Código Procesal Penal. JSA Investigaciones Jurídicas S.A.
- Cizur, M. (2015). Decidir y argumentar sobre derechos. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/33292.pdf>
- Reyes, L. (2016). Declaratoria de lesividad en los procedimientos administrativos previo a la acción judicial contencioso administrativa. Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/13718/1/T-UCE-013-AB-198-2017.pdf>

Chacón, A. (2015). El concepto de dignidad humana como fundamento axiológico y ético de los derechos humanos. Documento en línea. Disponible en: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/7062/7274>. Consultado el 27-01-18.



**UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA  
CENTRO DE INFORMACION TECNOLOGICO (CENIT)  
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA  
REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA  
DE LOS TRABAJOS FINALES DE GRADUACION**

San José, 17 de agosto de 2022

Señores:

Universidad Hispanoamericana  
Centro de Información Tecnológico (CENIT)

Estimados Señores:

El suscrito ERICK JOSE ARIAS MUÑOZ con número de identificación 503910259 autor (a) del trabajo de graduación titulado ¿EXISTEN ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA NORMATIVA PROCESAL PENAL COSTARRICENSE? presentado y aprobado en el año 2022 como requisito para optar por el título de LICENCIATURA EN DERECHO ; (~~SI~~/ NO) autorizo al Centro de Información Tecnológico (CENIT) para que con fines académicos, muestre a la comunidad universitaria la producción intelectual contenida en este documento.

De conformidad con lo establecido en la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Cordialmente,

  
503910259

Firma y Documento de Identidad

---

**ANEXO 1 (Versión en línea dentro del Repositorio)  
LICENCIA Y AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA PUBLICAR Y  
PERMITIR LA CONSULTA Y USO**

**Parte 1. Términos de la licencia general para publicación de obras en el repositorio institucional**

Como titular del derecho de autor, confiero al Centro de Información Tecnológico (CENIT) una licencia no exclusiva, limitada y gratuita sobre la obra que se integrará en el Repositorio Institucional, que se ajusta a las siguientes características:

- a) Estará vigente a partir de la fecha de inclusión en el repositorio, el autor podrá dar por terminada la licencia solicitándolo a la Universidad por escrito.
- b) Autoriza al Centro de Información Tecnológico (CENIT) a publicar la obra en digital, los usuarios puedan consultar el contenido de su Trabajo Final de Graduación en la página Web de la Biblioteca Digital de la Universidad Hispanoamericana
- c) Los autores aceptan que la autorización se hace a título gratuito, por lo tanto, renuncian a recibir beneficio alguno por la publicación, distribución, comunicación pública y cualquier otro uso que se haga en los términos de la presente licencia y de la licencia de uso con que se publica.
- d) Los autores manifiestan que se trata de una obra original sobre la que tienen los derechos que autorizan y que son ellos quienes asumen total responsabilidad por el contenido de su obra ante el Centro de Información Tecnológico (CENIT) y ante terceros. En todo caso el Centro de Información Tecnológico (CENIT) se compromete a indicar siempre la autoría incluyendo el nombre del autor y la fecha de publicación.
- e) Autorizo al Centro de Información Tecnológica (CENIT) para incluir la obra en los índices y buscadores que estimen necesarios para promover su difusión.
- f) Acepto que el Centro de Información Tecnológico (CENIT) pueda convertir el documento a cualquier medio o formato para propósitos de preservación digital.
- g) Autorizo que la obra sea puesta a disposición de la comunidad universitaria en los términos autorizados en los literales anteriores bajo los límites definidos por la universidad en las "Condiciones de uso de estricto cumplimiento" de los recursos publicados en Repositorio Institucional.

SI EL DOCUMENTO SE BASA EN UN TRABAJO QUE HA SIDO PATROCINADO O APOYADO POR UNA AGENCIA O UNA ORGANIZACIÓN, CON EXCEPCIÓN DEL CENTRO DE INFORMACIÓN TECNOLÓGICO (CENIT), EL AUTOR GARANTIZA QUE SE HA CUMPLIDO CON LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES REQUERIDOS POR EL RESPECTIVO CONTRATO O ACUERDO.



## DECLARACIÓN JURADA

Yo Erick Arias Muñoz, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 503910259 egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: ¿Existen elementos del derecho penal del enemigo en la normativa procesal penal costarricense?

\_\_\_\_\_ es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los 14 días del mes de agosto del año dos mil veintidos.



Firma del estudiante

Cédula: 503910259