

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**SEDE RODRIGO FACIO**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de licenciatura en Derecho**

**“Persecución de la criminalidad organizada en el sistema penal costarricense: Entre el  
“eficientismo” penal y el discurso de las garantías”**

**Sergio Eduardo Múnera Chavarría**

**Carné A23487**

**San José, octubre de 2009**











## DEDICATORIA

*A mis padres, Jorge y Ligia, por el apoyo desinteresado, que en los más variados ámbitos de mi vida, me han concedido a lo largo de estos años de estudio. Este trabajo, así como todas mis empresas académicas y personales, se los dedico con profundo amor.*



## AGRADECIMIENTOS

En primer término, agradezco a Dios, por la oportunidad que me ha dado de concluir la presente etapa, cuyo acto conclusivo se manifiesta en esta investigación. Por irradiar mi diario vivir con esperanza.

Agradezco al Lic. Miguel Zamora Acevedo, por la dirección del presente trabajo.

A Don J. Federico Campos Calderón, por la confianza manifestada durante estos años, por hacerme parte de su grupo de trabajo, así como por la colaboración (especialmente en la recopilación bibliográfica) brindada durante el curso de la investigación.

A Don Ronald Salazar Murillo, por el sincero interés en leer y revisar con detalle, este trabajo final de graduación.

Asimismo, agradezco a todos los profesores, de los cuales tuve el gusto de ser alumno, durante mi paso por la Facultad. Asumiendo el riesgo de cometer alguna injusticia, al omitir algún nombre en particular, deseo agradecer a Don Luis Ricardo Rodríguez Vargas, a Don Ramón Madrigal Cuadra (q.d.D.g), a Don Marvin Carvajal Pérez, a Don Víctor Pérez Vargas, a Don J. Federico Campos Calderón, a Don Enrique Pedro Haba Müller, a Don Gastón Certad Maroto (q.d.D.g), a Don Bernardo Van der Lat Echeverría, entre otros, por sus enseñanzas, por motivar mi interés en el estudio del Derecho. Sin duda, sus enseñanzas han sido vitales en la elaboración de este trabajo.

A mis amigos (as) y compañeros (as) de Facultad, por su sincera amistad y apoyo.



DEDICATORIA.....	vii
AGRADECIMIENTOS.....	viii
ÍNDICE GENERAL.....	ix
FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	xv
RESUMEN.....	xvi
PALABRAS CLAVE.....	xvii
INTRODUCCIÓN.....	1
I. JUSTIFICACIÓN.....	1
II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
A) OBJETIVO GENERAL.....	5
B) OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6
III. MARCO TEÓRICO.....	7
IV. HIPÓTESIS.....	11
V. METODOLOGÍA.....	11
VI. ESTRUCTURA.....	14
TÍTULO PRIMERO:.....	18
El discurso de las garantías como límite al poder punitivo del Estado y el “eficientismo” penal.....	18
CAPÍTULO PRIMERO.....	18
El garantismo penal como ideología que informa al Derecho Penal Liberal moderno....	18
1.1 El poder punitivo como instrumento al servicio del control social y el modelo Inquisitivo.....	20
1.2 Spee Von Langenfeld y el surgimiento de la estructura discursiva crítica.....	28

1.3 El discurso liberal en el pensamiento ilustrado. Beccaria y el iluminismo penal	31
1.4 El Estado de Derecho y la incorporación normativa de las garantías .....	39
1.5 El garantismo como mecanismo de protección de los derechos del ciudadano en el Estado de Derecho: Ferrajoli y el moderno garantismo penal.....	52
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b> .....	71
El nuevo embate antiliberal: El Derecho Penal “eficaz” .....	71
2.1 Aproximación a un concepto del eficientismo penal.....	71
2.2 El funcionalismo sistémico y su conexión con el enfoque eficientista .....	75
2.3 La administrativización del Derecho penal .....	78
2.4 Desformalización del sistema penal: la sociedad de riesgos y la lógica de la emergencia como fundamento del eficientismo penal .....	84
2.5 Ponderación de intereses y la eficacia simbólica de la legislación penal.....	97
<b>TÍTULO SEGUNDO</b> .....	108
La criminalidad organizada como paradigma del enfrentamiento entre garantías y eficiencia .....	108
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b> .....	108
La problemática del concepto de crimen organizado .....	108
1.1 El crimen organizado frente a otras formas de delincuencia: análisis fenomenológico .....	109
1.2 El intento de definición de la criminalidad organizada desde la óptica jurídica .	116
1.3 La definición del crimen organizado en el Derecho comparado .....	129
a) Austria .....	129
b) Bélgica.....	130

c) Acción común del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo de Europa	130
d) España	131
e) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	133
f) Guatemala	137
g) Venezuela	138
h) El Salvador	140
CAPÍTULO SEGUNDO	143
Instrumentos procesales de persecución del crimen organizado. Especial análisis del Derecho comparado	143
2.1 Caso de Guatemala: Ley contra la delincuencia organizada	144
a) Operaciones encubiertas	148
b) La entrega vigilada	152
c) La intervención de las comunicaciones privadas	154
d) El arrepentido	159
2.2 Caso de Venezuela: Ley orgánica contra la delincuencia organizada	168
a) Operaciones encubiertas	172
b) La entrega vigilada	176
c) La intervención de las comunicaciones privadas	179
d) El arrepentido	182
2.3 Caso de El Salvador: Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja	184
CAPÍTULO TERCERO	196

La persecución penal del crimen organizado en el sistema penal costarricense .....	196
3.1 Algunas menciones en la normativa procesal penal costarricense .....	196
a) El Testigo de la Corona en el numeral 22 del Código Procesal Penal costarricense .....	197
b) El procedimiento para asuntos de tramitación compleja.....	205
3.2 La creación de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado .....	212
3.3 La ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, número 8720 .....	219
3.4 Sistematización de la normativa jurídica: La Ley Contra la Delincuencia Organizada.....	235
a) Concepto.....	237
b) Procedimiento especial en los supuestos de criminalidad organizada .....	242
c) La acción penal.....	246
d) Crimen organizado y prisión preventiva .....	251
e) La Plataforma de Información Policial.....	259
f) La intervención de las comunicaciones privadas.....	272
g) Capitales emergentes.....	294
CONCLUSIONES.....	306
BIBLIOGRAFÍA.....	327
Libros.....	327
Artículos especializados .....	331
Tesis de grado y otras investigaciones .....	334
Leyes y proyectos de Ley .....	334
Instrumentos normativos del Derecho Internacional.....	337

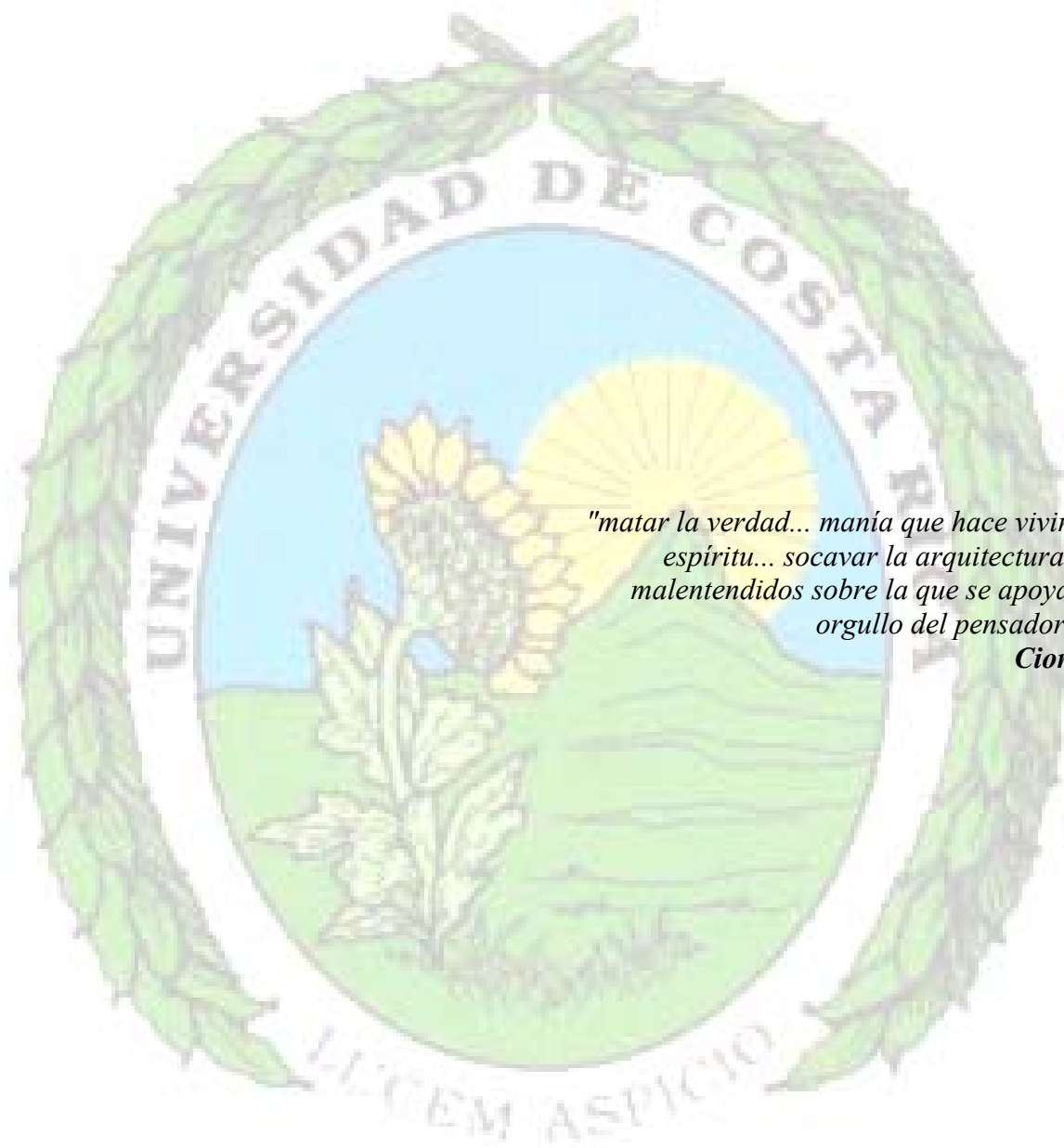
Jurisprudencia..... 338

Información procedente de diarios de circulación nacional ..... 341

Referencias Electrónicas..... 342

Entrevistas ..... 342





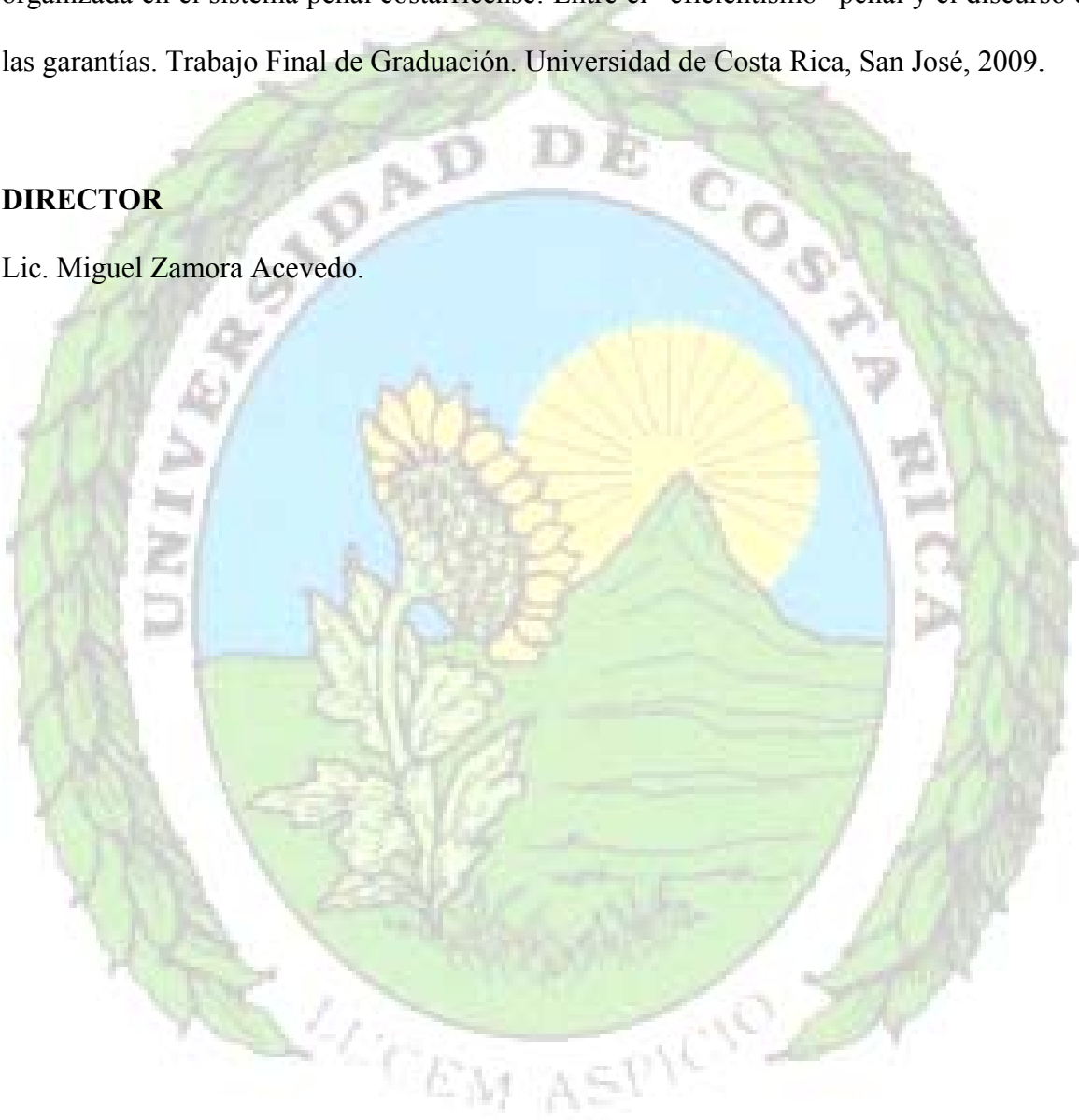
*"matar la verdad... manía que hace vivir al espíritu... socavar la arquitectura de malentendidos sobre la que se apoya el orgullo del pensador..."*  
**Ciorán**

## FICHA BIBLIOGRÁFICA

MÚNERA CHAVARRÍA SERGIO EDUARDO. Persecución de la criminalidad organizada en el sistema penal costarricense: Entre el “eficientismo” penal y el discurso de las garantías. Trabajo Final de Graduación. Universidad de Costa Rica, San José, 2009.

### **DIRECTOR**

Lic. Miguel Zamora Acevedo.



## RESUMEN

La principal nota característica del Estado de Derecho – tal y como éste resultó configurado a partir de los ideales del pensamiento ilustrado, en las últimas décadas del siglo XVIII – reside en un entendimiento del poder público, como un fenómeno esencialmente limitado por normas jurídicas. Dicha limitación del poder, deviene particularmente relevante, tratándose de la intervención de la autoridad pública mediante el Derecho penal. En este sentido, los derechos fundamentales, y sus respectivas garantías, se presentan en una relación de interdependencia, en virtud de la cual, el poder punitivo resulta recortado, dando paso a una concepción liberal o garantista del ordenamiento jurídico penal.

Sobre la base del discurso de las garantías, se construyó el Derecho penal liberal. Sin embargo, tal construcción no ha sido definitiva, pues las tendencias autoritarias se presentan en una constante pugna con aquellas de orientación liberal. Recuérdese, que el desarrollo en materia de garantías, experimentado durante los siglos XVIII y XIX, vino a desarticularse en el siglo XX (época de la “decadencia del pensamiento”), y no fue sino hasta luego de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, que el discurso garantista se revitalizó.

Recientemente, ha surgido en el ámbito de la discusión político-criminal, e incluso dentro de los círculos académicos y dogmáticos, un debate tendiente a poner el acento sobre la aparente necesidad de dotar a las agencias del sistema penal de instrumentos que



permitan, de modo más “eficaz”, “luchar” contra nuevas formas de criminalidad. Justamente, en este contexto, surge la criminalidad organizada como nuevo elemento discursivo, que si bien, no representa un fenómeno novedoso, sí muestra dentro del marco global actual, rasgos de peligrosidad muy particulares.

En razón de la constatación de la amenaza que entraña el crimen organizado para la estabilidad política y económica de los Estados de Derecho, se ha edificado un discurso que se adhiere a los postulados fundamentales del “eficientismo penal.” Dicho discurso es susceptible de ser calificado como un discurso “de emergencia”, y en ese entendido, ha propugnado la necesidad de flexibilizar o des-formalizar numerosos institutos jurídico-penales (tanto sustantivos como procesales), que se consideran patrimonio de la estructura liberal. Tales propuestas, por lo demás, implican la vulneración de derechos fundamentales y garantías, en evidente detrimento del Estado de Derecho.

Se concluye, entonces, que el abordaje legal y doctrinario del fenómeno de la criminalidad organizada, representa una afrenta al discurso de las garantías, que como se apuntó líneas arriba, constituye la base existencial del Estado Constitucional de Derecho.

## **PALABRAS CLAVE**

Poder punitivo

Discurso ilustrado

Derecho penal liberal

Estado de Derecho

Derechos fundamentales

Discurso de las garantías

Eficientismo penal

Discurso de emergencia

Criminalidad organizada



# INTRODUCCIÓN

## I. JUSTIFICACIÓN

Es posible afirmar que la criminalidad es un fenómeno consustancial a la colectividad misma, ya que ha estado presente, de manera constante, en los diversos grupos sociales a través de la historia. Incluso, en las sociedades con mejores índices de bienestar y desarrollo social, acaecen, en mayor o menor medida, actos delictivos.

Es claro que la calificación de determinados comportamientos humanos como delictivos, obedece a una valoración política, la cual, subsumida dentro de una estructura jurídica, permite edificar ese concepto abstracto que denominamos delito.

La cualidad de los delitos, su tipología, sus formas de persecución, así como las diversas modalidades bajo las cuáles se configuran, se han encontrado siempre subordinadas al contexto cultural, económico, político, e incluso religioso, dentro del cual se inscribe el fenómeno criminal. Así, por ejemplo, durante el siglo XIII se estimó que algunas conductas “socialmente indeseables” realizadas por mujeres, debían criminalizarse (así, la construcción abstracta del delito de brujería). De seguido, se instauró un esquema procedimental, denominado “Inquisitivo”, dispuesto para la aplicación del poder punitivo.

Algunos siglos después se consideró como delito la pertenencia a una determinada etnia – así en el nacional socialismo alemán del siglo XX – mientras que en el siglo XXI, es el terrorismo quien suele ocupar la atención de las políticas criminales contemporáneas.

La “globalidad” es considerada como la característica substancial del contexto mundial actual. Si bien es cierto, el concepto de “globalización” no suele gozar de univocidad dentro de las ciencias sociales, hay acuerdo entre sociólogos, economistas, juristas y politólogos, en cuanto a que los fenómenos sociales son, en nuestros días, globales. Y es precisamente desde esta perspectiva global, que analizan el objeto de sus respectivas ciencias.

Suele considerarse que el fenómeno de la globalidad se ha venido acentuando, con especial celeridad, a partir de la revolución científica y técnica, que tuvo lugar tras el inicio de la era atómica, en el epílogo de la Segunda Guerra Mundial. En décadas sucesivas, el desarrollo de las comunicaciones y el transporte, han provocado que las fronteras de los Estados dejen de tener una importancia decisiva, como otrora se consideró, y pasen a jugar tan sólo un rol orientador de la distribución geopolítica de éstos.

En el campo jurídico penal, la globalización y la innovación tecnológica se han conjugado para permitir a las organizaciones criminales transformarse en verdaderas empresas criminales. Adviértase que la organización de los grupos ligados a actividades delictivas no es, en modo alguno, un fenómeno novedoso. Podemos recordar, para citar tan solo dos ejemplos, que la organización criminal conocida como la Yakuza japonesa tuvo su origen en el siglo XVII. Asimismo, la Cosa Nostra siciliana se erigió como tal en la

primera mitad del siglo XIX. Así las cosas, lo que realmente caracteriza a los grupos criminales en la actualidad, parece ser, justamente, el carácter transnacional de sus operaciones, así como las facilidades brindadas por las nuevas tecnologías para consumir sus propósitos delictivos y procurarse la impunidad.

Aunado a lo anterior, cabe destacar que otro rasgo distintivo de la criminalidad organizada, reside en que sus estructuras se disponen de forma tal, que existe una disociación entre el momento cuando se planean los ilícitos y su fase ejecutiva y de consumación. Corolario de lo anterior es que los clásicos postulados de vigencia de la ley penal en el tiempo y en el espacio, así como los instrumentos habituales establecidos para la persecución penal (puestos al servicio de los órganos fiscales y de policía) resultan insuficientes (según el decir de algunos), de cara al combate de la “criminalidad de la globalización”. Lo mismo ocurre con los esquemas propios de la parte general del Derecho penal, relativos a la autoría y participación, que también se ponen en entredicho ante la disociación antes anotada.

En este orden de ideas, en materia político – jurídica ha surgido un candente debate, cuyo objeto pretende cuestionar si el Derecho penal tradicional – que en el marco de las democracias constitucionales, se distingue por ostentar una estructura liberal, o también llamada de garantías – es capaz de brindar una respuesta adecuada para efectos de regular y reprimir el fenómeno de la delincuencia organizada.

La respuesta de los estudiosos ha tendido a dirigirse en sentido negativo; es decir, apunta a la necesidad de efectuar severas enmiendas al Derecho penal y procesal penal

vigentes. Estas reformas, por lo demás, se han orientado hacia una ideología expansionista (en tanto crecimiento cuantitativo y cualitativo de los hechos jurídico- penalmente relevantes) y eficientista, puesto que se opta por una flexibilización o relativización de principios y dogmas clásicos de la cultura jurídica, heredada del pensamiento ilustrado.

Como es bien sabido, el concepto de criminalidad organizada – al igual que la mayoría de conceptos con los que el Derecho trabaja – no es susceptible de ser definido de forma unánime por los operadores del sistema. Antes bien, su definición deviene en tarea difícil. No obstante esta dificultad, consideramos necesario ofrecer al lector un análisis de las designaciones lingüísticas más habituales para el concepto de “crimen organizado”. Estas definiciones las encontraremos en instrumentos del Derecho Internacional, proyectos de ley, así como legislaciones de diversos ordenamientos jurídicos. Igualmente abundante es la producción doctrinaria que al respecto ha surgido.

En suma, consideramos relevante efectuar este examen a nivel de un trabajo final de graduación, pues la actualidad que posee el tema merece que sea objeto de un estudio que supere las tradicionales pasiones que el fenómeno delictivo suele generar en las personas, para ser sometido a una investigación fundada en parámetros de rigurosidad científica.

De esta forma, se busca dotar a los operadores de nuestro sistema penal y, en general, a la opinión pública, de un instrumento, que de forma llana y precisa, detalle los alcances prácticos que posee una definición del concepto de crimen organizado.

Acudiremos al examen de la recientemente aprobada “Ley contra la delincuencia organizada,” la cual será objeto de nuestro estudio, y tras concluir dicho examen, verificaremos si la orientación plasmada en este cuerpo legal se ajusta a los parámetros del discurso de garantías que informa a nuestro Estado de Derecho, o bien, si se aproxima más al referido “eficientismo penal,” el cual pone mayor acento en la “funcionalidad” de la administración de Justicia Penal, que en la contención del poder punitivo.

Igualmente importantes son algunas modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por otros cuerpos novedosos del Derecho positivo costarricense, los cuales guardan relación con el tema que nos ocupa. En este sentido, es insalvable la necesidad de efectuar algunas breves reflexiones acerca de nuevas leyes, tales como la Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal (número 8720 del 4 de marzo de 2009), así como sus reformas y adiciones a los códigos penal y procesal penal.

## **II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **A) OBJETIVO GENERAL**

Analizar, a la luz de la aparente antinomia entre “garantismo” y “eficacia”, los alcances jurídico – políticos del concepto de “criminalidad organizada”, así como la producción normativa a la cual conduce dicho análisis, para determinar si ésta es

consecuente con la orientación liberal, que en materia penal, rige en el Estado Democrático de Derecho costarricense.

## **B) OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Estudiar los orígenes del discurso crítico del sistema penal, para así comprender su evolución histórica hacia el llamado Derecho Penal Liberal o de Garantías.
2. Examinar la función de las garantías constitucionales y legales, propias del Derecho Penal, en el tanto operan como mecanismos de contención y reducción del poder punitivo.
3. Analizar las implicaciones prácticas del concepto de “Derecho Penal eficaz, o bien, “eficientismo penal”, para determinar si éste resulta compatible con el discurso liberal, o por el contrario, se presenta entre ambos una contradicción insalvable.
4. Estudiar los intentos de definición que la doctrina ha efectuado, frente al concepto de “criminalidad organizada”, para de esa forma determinar las razones que explican tal falta de univocidad, así como sus implicaciones para la criminología, el Derecho Penal y Procesal Penal.
5. Indagar en la función (manifiesta y latente) del concepto de “criminalidad organizada” como nuevo discurso de emergencia legitimante del poder punitivo, que justifica la orientación “eficientista” de éste.



6. Analizar si, de cara a la persecución del crimen organizado, la orientación eficientista imposibilita, o bien, permite, el respeto de las garantías propias del discurso liberal.

7. Estudiar la recién aprobada normativa legal, relativa al fenómeno de la criminalidad organizada, para determinar su respeto por el discurso de las garantías.

### **III. MARCO TEÓRICO**

La aplicación del poder punitivo a lo largo de la historia ha contado fundamentalmente con dos posibilidades: resultar legitimada mediante estructuras jurídicas (Derecho penal autoritario), o bien, verse limitada o sujeta a través de principios, normas positivas o garantías (Derecho penal liberal).

La interacción de ambos fenómenos ha sido constante, y es plausible pensar que ninguna civilización ha visto plasmados, de forma pura, alguno de estos modelos. Asimismo, a cada uno éstos, le han correspondido dos tipos de Estado: el Estado de Derecho y el Estado Policía o Autoritario.

Por lo demás, debemos partir de la premisa de que el Derecho penal se caracteriza justamente por contener el poder punitivo. Es parte de su naturaleza desplegar una serie de institutos jurídicos de la más variada índole (desde los principios del Derecho penal

constitucional, hasta los abstractos esquemas dogmáticos de la teoría del delito) con la intención de reducir el “ius puniendi” emanado del aparato estatal. De esta forma, hemos de negar el calificativo de “Derecho penal” a aquellos esquemas jurídicos que habilitan, justifican o legitiman la aplicación del poder punitivo. Dicho de otro modo, la designación “Derecho penal autoritario” carece, para nosotros, de validez lógica<sup>1</sup>.

Ahora bien, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, la humanidad ha experimentado vertiginosas mutaciones en los más diversos aspectos. De seguido se citan, a manera ejemplificativa, pero sin agotar la lista, los siguientes: (1) La ruptura del esquema neocolonialista impuesto por las potencias industriales europeas en el siglo XIX, debido a la consolidación de movimientos independentistas en diversas regiones de la periferia (sobre todo africanas). (2) Las tensiones creadas en el seno de los nuevos Estados de Europa del Este, que surgieron como consecuencia de la nueva configuración geopolítica tras la posguerra. Estos conflictos se han fundado en motivos étnicos y religiosos, principalmente. (3) Siempre en el ámbito político, ha sido evidente que tras la conclusión de la Guerra Fría, viejas disputas se han intensificado y otras novedosas han relucido; así, por ejemplo, las pugnas entre el mundo islámico y Occidente, con la consiguiente amenaza del terrorismo. (4) Por su lado, y como se anotó líneas arriba, la revolución en las comunicaciones y la tecnología han sido aceleradas a partir de la conclusión de la Segunda

---

<sup>1</sup> Respecto de la discusión ¿El derecho penal autoritario es derecho penal? Ver ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos en En torno de la cuestión penal. Montevideo, Uruguay. Editorial B de F, 2005. En dicho texto el autor plantea que: “si reservamos la expresión derecho penal para el saber jurídico que se destina a la práctica de los operadores jurídicos (y, por ende, lo distinguimos cuidadosamente de la legislación penal y del ejercicio real del poder punitivo), el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener y reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo”.

Guerra Mundial, lo cual ha servido de base para el desarrollo del fenómeno identificado bajo el nombre de “globalización”.

Todo lo anterior, ha nutrido al fenómeno delictivo de un nuevo sustrato material. Por ejemplo, la clásica actividad ilícita del tráfico de drogas ha visto sus niveles de organización incrementados. En lo atinente al recurso humano necesario para llevar a cabo el comercio ilícito, ha encontrado en las poblaciones desplazadas de los conflictos de Europa del este, un mercado laboral sumamente lucrativo. Lo mismo cabe decir en relación con centenas de inmigrantes procedentes del continente africano. En lo relativo a las facilidades creadas gracias a las nuevas tecnologías, sería ocioso indicar todas las ventajas que esto ha aparejado a las organizaciones criminales.

En cuanto a las tensiones políticas, el terrorismo se ha erigido como una auténtica amenaza mundial, que si bien es ya conocida, sí ha adquirido un papel protagónico en el mundo multipolar de la última década del siglo XX, así como en los albores del siglo XXI.

En suma, estos focos de conflicto se han constituido en auténticos factores criminógenos, cuya mayor incidencia se ha visto en el ámbito de la criminalidad de tipo organizado. Como lo explica el profesor José Antonio Choclán Montalvo:

*“La expansión internacional de la actividad económica, la apertura o globalización de los mercados, se ve acompañada de la correlativa expansión o globalización de la criminalidad, que frecuentemente presenta un carácter*

*transnacional. Así, podemos decir que la criminalidad organizada es la criminalidad de la globalización.”<sup>2</sup>*

En este contexto de turbulencia global, el Derecho penal no se ha mantenido pasivo alrededor de la (s) nueva (s) problemática (s). Antes bien, se ha hecho un uso (según nuestro parecer) excesivo y abusivo de éste. Se le ha visto como la panacea llamada a resolver (o al menos aparentar que resuelve) las tensiones del mundo globalizado.

Se ha perfeccionado a nivel doctrinario, legal y jurisprudencial, la unitaria categoría del “crimen organizado” con la pretensión de cobijar por igual los fenómenos antes apuntados, así como otros más (delitos ambientales, defraudaciones tributarias, sicariato, trata de personas, entre otra serie de heterogéneos eventos criminales).

En la depuración de la categoría de la “criminalidad organizada” se ha optado por abandonar la tradición liberal o garantista, por otra que responda “de forma más efectiva” a la magnitud de la amenaza que enfrentamos. Así, el “crimen organizado” ha servido para estructurar un nuevo discurso de emergencia, de la misma forma como lo hizo la herejía en el siglo XI, o el comunismo en el siglo XX.

En esta ocasión el discurso político no ha deseado indicar abiertamente su adhesión al autoritarismo penal y, en cambio, ha resuelto encargar a los juristas la misión de idear una nueva teoría, que dote a las agencias del sistema penal de herramientas “efectivas” para

---

<sup>2</sup> CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO La organización criminal. Tratamiento penal y procesal. Madrid, España. Primera edición, Editorial Dykinson, 2000. P.1.

el combate, que no incurran en los “excesos” bondadosos del garantismo. Es así como frente a la nueva emergencia del crimen organizado ha surgido el ideal del Derecho penal eficaz, o del también llamado “eficientismo penal”.

Esta concepción eficaz de los institutos jurídico penales, creada por la doctrina, ha ilustrado tanto a la legislación (procesal y sustantiva), como a los mismos principios interpretativos y, en forma más amplia, a la opinión y expectativas, que sobre el Derecho penal, poseen especialistas y legos. A su análisis, a partir de la óptica del garantismo penal, nos dirigimos en la presente investigación. Esto, en un campo muy concreto como lo es el de la “criminalidad organizada”.

#### **IV. HIPÓTESIS**

La ideología eficientista que subyace al tratamiento dogmático del concepto de criminalidad organizada; así como la producción normativa que dicho análisis implica, se aparta del esquema de garantías que informa al Derecho penal liberal.

#### **V. METODOLOGÍA**

Para efectos de analizar nuestro objeto de estudio, será empleada, primordialmente, la investigación documental<sup>3</sup>, pues la gran mayoría de fuentes primarias de información

---

<sup>3</sup> La distinción entre investigación documental e investigación de campo es desarrollada por GALLARDO MARTÍNEZ HELIO. Elementos de investigación académica. San José, Costa Rica. Primera edición, EUNED, 2008.

estarán constituidas por documentos. Por otra parte, y en menor grado, se hará uso de la investigación de campo; propiamente, de la realización de entrevistas.

Dentro de este contexto, al aludir al término “documentos”, estamos haciendo referencia a los textos desarrollados por la doctrina y la dogmática jurídico-penal. Se trata de: manuales, libros, ensayos, artículos especializados, tratados, entre otros. Asimismo, serán examinados con detalle diversos textos de Derecho positivo. Dentro de estos se incluyen los cuerpos de normas legales (leyes en sentido formal), constituciones, proyectos de ley, instrumentos normativos del Derecho Internacional, entre otros. También se incorporan, dentro del análisis, aunque en menor cantidad, algunas resoluciones emanadas de órganos jurisdiccionales.

En este sentido, toda vez que estemos ante una norma jurídica, y pretendamos interpretar su sentido, recurriremos a los diversos esquemas metodológicos utilizados en la interpretación del Derecho escrito. Es así como, en la función hermenéutica, son conocidos, entre otros: el método literal-gramatical, los métodos psicológico-voluntaristas, los métodos lógico-dogmáticos, métodos axiológico-teleológicos, o bien, los métodos realista-sociológicos<sup>4</sup>.

Por supuesto, al estar inmersos en materia penal, no podremos hacer uso de estas herramientas interpretativas, de la misma forma en que lo haríamos en algún otro sector del

---

<sup>4</sup> El nombre con el que se designa a estos métodos, puede variar dependiendo del autor de que se trate. En este caso hemos seguido la nomenclatura adoptada en HABA MÜLLER ENRIQUE PEDRO. Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito. en Cuadernos de Filosofía del Derecho. Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela, 1972.

Derecho. Resulta vedada la posibilidad de aplicar, en el examen de un tipo penal, el método psicológico-voluntarista, pues sería incorrecto pretender indagar cuál fue la voluntad presunta del legislador a la hora de crear la norma. Antes bien, debemos atenernos a su sentido literal (método literal gramatical), el cual a su vez, deberá ser matizado con otro método, como la interpretación restrictiva.

El uso de diversos métodos lógicos será recurrente, ya que nos permitirá derivar los “dogmas” que parecen construirse a partir de los axiomas (teóricos y legales) existentes en el objeto de nuestro estudio. Hablamos, en este caso, del método inductivo. Recuérdese que a través de dicho método se pasa de una particularidad a una generalidad. Verbigracia: de un conjunto de normas (particulares), inferimos una concepción “eficientista” del proceso penal (idea general).

En el mismo sentido, debemos acudir a otro método lógico por antonomasia: la deducción. De esta forma, a través de un principio general, podremos analizar normas o postulados teóricos, para así determinar su validez y corrección lógica.

También será empleado el método descriptivo, el cual se suele asimilar con un primer nivel de análisis, en el que se exponen los diversos conceptos que integran el objeto de estudio. Con ello se busca brindar al lector un marco conceptual que le permita comprender, cuál es el estado de la cuestión existente en la materia. En nuestro caso, se expondrán los estudios generados alrededor de conceptos tales como: garantismo penal, Derecho penal liberal, “eficientismo penal”, criminalidad organizada, entre otros.

Este primer nivel de exposición descriptiva se centra, fundamentalmente, en proposiciones teóricas (juicios de hecho). Ello, sin perjuicio de que en algún momento se pongan de manifiesto algunos puntos de vista.

En un segundo nivel de análisis – de comprensión – se profundizará en el problema concreto que hemos detectado en nuestra investigación, a saber, la vulneración de los principios sobre los cuales se erige el discurso liberal o garantista, como consecuencia del tratamiento político-criminal brindado al fenómeno de la delincuencia organizada. Como se desprende de lo anterior, en este apartado se realizarán juicios valorativos, que reflejan nuestra particular concepción de los tópicos por investigar.

Para la comprensión del tema se recurrirá al método comparativo, específicamente al estudio de Derecho comparado, pues el examen de legislación vigente en otros ordenamientos jurídicos, constituye un medio idóneo para extraer conclusiones respecto de las propuestas legislativas, que se han realizado en el Derecho costarricense.

Finalmente, en un tercer nivel de análisis se expondrán conclusiones y propuestas, fundadas en lo investigado en los dos niveles precedentes.

## **VI. ESTRUCTURA**

El presente trabajo, se encuentra integrado por dos títulos. El primero de ellos, se divide en dos capítulos, mientras que el segundo se compone de tres. En el caso del título



primero, se incorpora todo lo relativo al discurso de las garantías, Derecho penal liberal, y finalmente, se detalla lo concerniente al “eficientismo” penal. El capítulo primero, pretende acercar al lector al contexto histórico que marcó la consolidación del poder punitivo, como una manifestación ostensible de la centralización del poder político y de la violencia estatal, como actividad de éste. Asimismo, se ofrece un análisis relativo al surgimiento de la estructura crítica del poder punitivo, hasta llegar a su transformación en un discurso coherente, que se habría de identificar con denominaciones, tales como, iluminismo penal, Derecho penal liberal, discurso de las garantías, y modernamente, garantismo penal. El capítulo segundo, a través de cinco secciones, se dedica a indagar en el sentido de las diversas acepciones que existen para el concepto de “eficientismo penal”, o bien, Derecho penal eficaz. Debido a la ausencia de univocidad que padece este concepto, planteamos como tesis, que para definir sus alcances, la doctrina suele referir a fenómenos tales como, la teoría de los sistemas (funcionalismo penal), la administrativización del Derecho penal, la desformalización de los institutos jurídico – penales y la valoración de los intereses colectivos en detrimento de los derechos y garantías individuales.

El título segundo, se centra en el estudio de la criminalidad organizada, desde diversas óptimas (criminológica, doctrinaria y legal). El capítulo primero, se ocupa de ofrecer un análisis de las definiciones que han sido trazadas desde el ámbito de la doctrina penal, para luego, introducirse en el estudio de los conceptos que han sido positivizados en diversos textos legales, e instrumentos del Derecho Internacional. El segundo capítulo, profundiza en el estudio de los mecanismos especiales de investigación, que se suelen emplear en la persecución del crimen organizado (agentes encubiertos e infiltración

policial, utilización del testimonio de arrepentidos, entregas vigiladas e intervención de las comunicaciones privadas). Para estos efectos, acudimos al examen del Derecho comparado, específicamente, al estudio de las leyes emitidas en las Repúblicas de Guatemala, El Salvador y Venezuela.

Posteriormente, el capítulo tercero ilustra el tratamiento que se ha dado a la criminalidad organizada en el ordenamiento jurídico costarricense. Inicialmente, hacemos referencia a las menciones, que sobre el concepto, han existido en las diversas leyes comprensivas de la material procesal penal. De seguido, se evoca la creación de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizada, para luego dar paso a un análisis de dos nuevos textos legales que han sido promulgados durante el presente año. Nos referimos a la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal (número 8720) y a la Ley Contra la Delincuencia Organizada (número 8754).

En el caso de este último cuerpo legal, a través de siete secciones, analizamos sus disposiciones más relevantes, las cuales, a su vez, ilustran de modo claro la tensión existente entre el discurso de las garantías y la orientación eficientista subyacente en el combate de la delincuencia organizada. Así las cosas, examinamos el concepto adoptado por el legislador costarricense para la denominación de crimen organizado. Posteriormente, se detalla lo relativo al procedimiento especial creado para los supuestos de criminalidad organizada, la regulación específica de la acción penal y su régimen de prescripción, la prisión preventiva, la creación de la Plataforma de Información Policial, la reglamentación de la intervención de las comunicaciones privadas y lo atinente a los llamados “capitales emergentes”.

Finalmente, se encontrarán las conclusiones a las cuales hemos arribado tras finalizar la investigación. En este apartado se aportarán ejemplos – recogidos del mismo trabajo – en virtud de los cuales será posible colegir la verificación de nuestra hipótesis inicial.



## **TÍTULO PRIMERO:**

### **El discurso de las garantías como límite al poder punitivo del Estado y el “eficientismo” penal**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **El garantismo penal como ideología que informa al Derecho Penal Liberal moderno**

En el presente capítulo, procederemos a examinar los orígenes del denominado “discurso liberal”, así como el proceso que le permitió a éste, establecerse bajo la moderna denominación de “discurso de garantías”, o bien, “garantismo penal”.

Es imposible iniciar un análisis de este tipo, sin antes tener claro – así sea de forma preliminar – frente a quién operan las garantías penales. En este sentido, cuando recurrimos a un concepto como el de “garantía”, el cual, a su vez, es empleado por la ciencia jurídica para construir otros conceptos que le son familiares (“garantismo”, “Derecho penal liberal”, “proteccionismo garantista”, entre otros), nos referimos a un mecanismo cuya su razón de ser descansa en su pretensión de limitar el poder punitivo desplegado por la autoridad pública.

Las garantías adquieren sentido en el tanto exista un aparato organizado de poder que regule la convivencia social, y que dentro de dicha función, ostente el legítimo derecho

de imponer sanciones ante la verificación de un comportamiento previamente definido como prohibido. Debido a lo anterior, se suele ubicar el origen del discurso garantista, en el siglo XVIII, siglo en el cual, bajo el esquema contractualista, se afirma el Estado moderno; cuya nota definitoria fue la monopolización del uso de la fuerza. Dicho de otro modo, es en el momento en que aparece el Estado (independientemente de la forma política jurídica que adquiera), cuando podemos hablar con claridad del establecimiento de garantías.

Al igual que el Estado mismo, el discurso de las garantías emergió como un discurso crítico, cuya consigna fue modificar el estado de cosas hasta entonces existente, en punto a la relación entre los individuos y la autoridad política, especialmente en materia punitiva.

Para efectos de facilitar la exposición, de seguido fijaremos nuestra atención en algunos momentos históricos decisivos para el desarrollo del discurso. Inicialmente, se analizará el momento a partir del cual, se ha estimado que el poder punitivo se consolida como mecanismo coactivo del control social, fenómeno que se planteó con extrema violencia dentro de la Inquisición y que resultó complementado con la confiscación del conflicto a la víctima. Seguidamente estudiaremos los orígenes del discurso crítico, acontecimiento que se sitúa a partir del siglo XVII, concretamente en el año 1631, cuando el clérigo jesuita Friedrich Spee Von Langenfeld publica su obra *Cautio Criminalis*, y nace por vez primera una argumentación crítica dirigida hacia el sistema penal entonces vigente. Posteriormente, examinaremos los hechos históricos más importantes del siglo XVIII, caracterizado por la interacción de tres fenómenos políticos: el iluminismo, el

contractualismo y la consolidación del Estado moderno, como consecuencia de la materialización de las ideas pregonadas por éstos. Finalmente, y luego de ahondar en la denominada “decadencia del pensamiento” – período comprendido por diversos decenios de los siglos XIX y XX, en los cuales el liberalismo penal perdió la línea de progreso que venía asumiendo desde la ilustración – analizaremos la revitalización experimentada por el discurso de las garantías, gracias a la teorización de un modelo penal garantista, cuyo expositor más publicitado ha sido Luigi Ferrajoli.

### **1.1 El poder punitivo como instrumento al servicio del control social y el modelo Inquisitivo**

No es posible concebir la idea del garantismo, ni la estructura crítica dirigida hacia el poder punitivo, si no poseemos un conocimiento – así sea laxo – acerca de los orígenes de éste. Lo mismo cabe decir de dos fenómenos históricos que acompañaron cronológica y materialmente, su consolidación: la Inquisición y la imposición del modelo de confiscación de la víctima.

Es conveniente recordar que el poder punitivo, o “ius puniendi”, ha sido una de las manifestaciones más visibles del fenómeno del control social, propio de las colectividades de individuos, más o menos organizadas. Así, ante la consumación de un acto socialmente considerado como reprochable para el conglomerado social, el sujeto infractor se convierte en acreedor de una sanción.

Paralelo al fenómeno del castigo, las sociedades han creado procedimientos tendientes a dirigir en un determinado sentido su imposición. En la antigüedad se trató de procedimientos sumamente sencillos como las ordalías, o juicios de Dios. En la modernidad, suelen ser más complejos o elaborados, y se agrupan bajo la denominación de ordenanzas procesales.

Esta imposición de sanciones, como se indicó, surge en las civilizaciones con una estructura jurídico – política, relativamente organizada<sup>5</sup>. En la Edad Antigua, los órdenes normativos (Derecho, moral, religión, usos y costumbres) no se encontraban plenamente diferenciados, lo que ha dado lugar a que los historiadores caractericen a dicha época como de “confusión de los sistemas normativos.” Ello explica porqué en algunos cuerpos de normas primitivos, se hallan reiteradas referencias teocráticas. Verbigracia, en el Código Hammurabi que reguló la interacción social en la antigua Mesopotamia (siglo XXIII a.C.), o bien, en los textos normativos hebreos contenidos en los libros bíblicos del Pentateuco.

Ahora bien, sin perjuicio de la evidente clasificación como poder punitivo, de las sanciones que se impusieron con ocasión de la aplicación de estos conglomerados de normas, así como de otros que imperaron en el mundo antiguo, hemos de situar nuestro análisis, entendiendo que el poder punitivo se instala, de forma orgánica, tal y como lo

---

<sup>5</sup> En relación con el progreso dirigido por los grupos sociales hacia un modelo de poder público centralizado y su vinculación con el desarrollo del poder punitivo, resulta ilustrativo lo dicho por Fernando Velásquez: “con la evolución social y el apareamiento de un poder político estable, surgió el *sistema talional*, en cuya virtud el monto de la pena infligida por el Estado comenzó a tasarse según la gravedad de la lesión jurídica; fruto de ello es la regla que impone la retribución del mal por un mal igual: “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, etc.”, como se establecía en el Código Hammurabi (hacia el año 1950 antes de Cristo), en la Ley de las *Doce Tablas* y en la legislación mosaica.” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Colombia. Segunda edición, Editorial Temis, 2004. P. 164.

conocemos en la actualidad, en el siglo XII. Y particularmente va a mostrar una gran refinación en el siglo XIII.

Asimismo, podemos indicar que el establecimiento del poder punitivo, se produce una vez que el poder público confisca el conflicto a la víctima. Otrora, la perpetración de un hecho dañoso en contra de un tercero, aparejaba la creación de un conflicto, cuya solución se dejaba en manos de ofensor y ofendido. Dentro de este esquema de autotutela – denominado modelo de partes – se acudía a diversos y variados procedimientos, entre ellos, los duelos y las ordalías o juicios de Dios<sup>6</sup>.

Con el advenimiento de los siglos XII y XIII fue cuando el poder público desplazó a la víctima del núcleo del conflicto originado por el hecho delictivo. Para justificar tal proceder, a los señores feudales se les dotó de legislación que en un inicio consistió en viejos cuerpos normativos romanos. Así, por ejemplo, los glosadores bartolistas de los siglos XI y XII solían “sistematizar” la legislación criminal que otrora estuvo vigente en el Imperio Romano.

Con el transcurso de los años – y aparejado a la consolidación del modelo de confiscación – se produjo nueva legislación que legitimó la intervención exclusiva del poder público en las disputas. Uno de los casos más notorios (por haber formado parte del Derecho Castellano que en algún momento fue aplicable en las Indias) lo representan las

---

<sup>6</sup> Así se plantea en ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, Editorial Ediar – Temis, 2006. P. 166, 167.



Siete Partidas de Don Alfonso X, el Sabio, promulgadas en 1263, y en las cuales se codificó la legislación penal.

Para el siglo XII, ya habiendo desaparecido la víctima del centro del conflicto, se comenzó a apreciar una más amplia y patente represión de las conductas que se consideraban violatorias del orden social establecido. El contenido de lo que se entendía por “orden social”, era impuesto a través de una alianza entre las autoridades políticas y eclesiásticas. De este modo, los comportamientos que se perseguían, se definían como contrarios a la fe y la unidad cristiana, conceptos sobre los cuales la Iglesia de Roma ostentaba un monopolio en lo atinente a su definición y alcances.

En este contexto la Inquisición, instituto que desde el mismo origen etimológico del vocablo (*inquisitio*: averiguar, descubrir), nos revela su propósito, consistente en la instauración de procedimientos tendientes a “develar” aquellos comportamientos que constituían una herejía, o negación de un postulado de la fe. No obstante, es necesario aclarar, que pese a ser esta su intención manifiesta, en la práctica se puso mayor atención a “tipos” de personas más que a las conductas de ellas. Estos grupos eran definidos, ya fuera por el fenotipo de sus miembros, su etnia, o bien, por sus creencias espirituales.

En relación con el momento histórico en el cual se asienta de modo orgánico y definitivo la Inquisición, suele haber ausencia de consenso entre los historiadores;<sup>7</sup> sin

---

<sup>7</sup> Tal falta de certeza obedece, especialmente, al hecho de que la práctica de combatir a aquellos que negaban la fe cristiana, se remonta a las épocas en que la Iglesia Cristiana cesó de ser perseguida, y alcanzó, más bien, un estatus regular a partir de la promulgación del Edicto de Milán, por parte del emperador romano Constantino, en el año 313. No obstante, la intensidad de la reacción parece haberse incrementado en el siglo

embargo, para nuestros efectos, afirmaremos que fue Gregorio IX, quien instituyó la Inquisición Papal en 1231.

A partir de este momento la Inquisición medieval desplegó un poder punitivo cuyo control por parte de la autoridad pública fue nulo. Recuérdese, además, que durante las centurias que integraron el medioevo, el poder punitivo reprodujo el fenómeno que imperaba en el campo político; es decir, una diseminación del poder; lo cual ha sido denominado por la historiografía como la poliarquía medieval.

Ante este estado de cosas, la Iglesia Católica Romana ostentó el punto de conexión que integró y cohesionó al poder público (y al poder punitivo como subespecie de éste) sobre la base de la unidad del cristianismo. Así, la Inquisición fue controlada por la autoridad papal con la complacencia y legitimidad otorgada por los diversos reinos del mundo medieval. Se trató de una alianza, cuyo fin consistió en fortalecer el poder de pontífices y reyes para así, enfrentar amenazas que ponían en peligro su situación de privilegio. Así, por ejemplo, la expansión islámica, o bien, las críticas que comenzaban a surgir contra su opulento e impúdico modo de vivir.

Vemos, entonces, como en el mismo año 1231, el pontífice Gregorio IX instituye como inquisidor para la región de Germania, a Conrado de Marburgo. Para el reino de

---

XII, cuando en el sur de Francia comenzó la represión de los cátaros y albigenses. Así, se dice que la Inquisición fue instituida en el año 1184 a través de la bula *Ad Abolendam* del papa Lucio III. En este sentido véase el estudio preliminar de Osvaldo Tangir en KRAMER HEINRICH y SPRENGER JACOBUS. *Malleus Malleficarum. El Martillo de los Brujos*. Barcelona, España. Primera edición, Editorial Círculo Latino, 2005. Una fecha distinta, sin embargo, se aprecia en el análisis de Zaffaroni, quien señala el año 1215, como el punto a partir de cual se consolida el modelo inquisitivo papal. Véase ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. P. 192.

Aragón se estableció un Tribunal bajo la dependencia de Raimundo de Peñafort, así como de Jaime I el Conquistador.

Sería en el período comprendido entre los siglos XV al XVIII, que la Inquisición desplegaría su mayor esplendor, toda vez que extendió considerablemente su ámbito de aplicación. Recuérdese que en un inicio el modelo inquisitivo se encargó de reprimir la herejía, pues se entendía que ésta atentaba contra la verticalidad del poder eclesiástico. Fundamentalmente, se reprimió a cátaros y albigenses. Sin embargo, para el siglo XV el sistema inquisitivo amplió su centro de persecución, de forma tal que la brujería ocupó el centro de atención. En el plano de los hechos, esto implicó una violenta persecución hacia las mujeres, lo que puso de manifiesto la ideología misógina que imperaba en los círculos de poder de la época.

Para ese entonces, la Inquisición había refinado sus bases filosóficas con la intención de brindar un sustrato “científico” a las prácticas ejecutadas. Esta tarea se encargó principalmente a la orden de los dominicos. Dicha orden, fundada por Domingo de Guzmán, se caracterizaba por la brillante preparación teológica y dogmática de sus miembros.

Justamente para el siglo XV, el poder eclesiástico veía imperiosa la necesidad de contar con un instrumento fundamental que legitimara y organizara la aplicación del procedimiento inquisitivo. En este contexto es donde surge la obra de los dominicos Heinrich Kraemer y James Sprenger, el *Malleus Malleficarum*.

Este manual inquisitorial consistió, probablemente, en la primera obra, que de forma sistemática, ofreció los parámetros criminológicos, penales y procesales, con los cuales habrían de ser enjuiciadas todas aquellas personas sospechosas de incurrir en brujería. Se estima que su redacción concluyó en el año 1484. Si bien no fue el primer manual de su tipo (anteriormente existió, por ejemplo, la Summa de Officio Inquisitionis), se trató del más popular y conocido instrumento que las autoridades papales pusieron a disposición de los jueces conocedores de la materia criminal.

El texto fue avalado por disposición del papa Inocencio VIII mediante la Bula Summis Desiderantes, emitida en diciembre de 1484. Con este documento, se derogaba tácitamente el Canon Episcopi, libro del año 906 en donde la Iglesia proscribía la creencia en el poder real de las brujas.

Durante sus doscientos años de vigencia, el llamado Martillo de las Brujas fue empleado en procedimientos que culminaron con la muerte de más de setenta mil personas, la gran mayoría de ellas mujeres. Incluso, es menester recordar que una vez en vigor la reforma protestante, en el siglo XVI, el protestantismo también hizo uso de este ignominioso libro.

Como bien lo indica el profesor Zaffaroni refiriéndose al Malleus: *“Este libro no sólo funda el discurso legitimante de emergencia, sino también el del propio poder punitivo en la etapa de su consolidación definitiva.”*<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. Manual de Derecho Penal. Parte General. P. 203.

Es claro, entonces, que la combinación de los fenómenos de confiscación de la víctima e instalación del modelo inquisitivo, representan los hechos que determinaron el desarrollo decisivo del poder punitivo. Empero, no menos cierto es que el Derecho penal y la criminología – saberes ambos que, desde diferentes aristas estudian al “ius puniendi” – suelen obviar los antecedentes que sus objetos de estudio encuentran en los acontecimientos citados. Posiblemente ello obedezca a algún tipo de vanidad o negacionismo intelectual. Después de todo, no resulta muy honroso aceptar como antecesores de nuestra disciplina a prácticas y libros, que como el Malleus, legitimaron auténticos genocidios.

Tal vez constituya una práctica sana para la ciencia penal, tener siempre presente que el poder punitivo respondió, en sus orígenes, a una invención humana; es decir, a una creación artificial y política. Este es un hecho, que lejos de caracterizar exclusivamente a su etapa inicial, ha permanecido inmutable a lo largo de los siglos. Así como alguna vez el “ius puniendi” fue invocado con el deseo de sancionar la brujería; en la actualidad el poder político hace uso de él para reprimir conductas violatorias del “equilibrio de los mercados”, o bien, de la “seguridad alimentaria”, por citar tan sólo dos ejemplos. Como bien lo señala Matías Bailone:

*“Por lo tanto el poder punitivo en sus facetas más o menos actuales no nos viene dado por bases ónticas, sino que fue inventado. Y como todo poder inventado tiene un fin. Zaffaroni ha marcado muchas veces que no existe un concepto óntico, sino límites ónticos.”<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> BAILONE MATÍAS (2005). Abolicionismo o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo. En <http://www.matiabailone.com.ar/articulos.htm>, consultada el dieciséis de agosto de dos mil ocho.

En los estudios del Derecho penal contemporáneo, el concepto de poder punitivo se suele identificar con aquella manifestación coactiva del poder público, a la cual precisamente, está llamado a limitar el Derecho penal. Para estos efectos, se cuenta con el auxilio, que en materia de procedimientos de investigación y enjuiciamiento, pueda ofrecer el Derecho procesal penal. Lo anterior, como se analizó en nuestras notas introductorias, en una concepción del Derecho penal que sea liberal, y en la que se entienda que – a diferencia de lo ocurrido en épocas del Malleus – esta rama de la ciencia jurídica jamás podrá legitimar al poder punitivo.

## **1.2 Spee Von Langenfeld y el surgimiento de la estructura discursiva crítica**

Como pudimos apreciar, el poder punitivo ha sido por siglos una realidad inobjetable. Sin embargo, la idea de sujetar este poder, mediante límites presentados a través de formas jurídicas, es relativamente reciente. Vimos que hubo estadios históricos en los cuales el Derecho penal se utilizó, más bien, para justificar y legitimar al poder punitivo.

La evolución del pensamiento penal muestra que fue a través de reacciones críticas, como se empezó a cuestionar el estado de cosas hasta entonces vigentes, en materia de imposición de penas. Asimismo, dicho discurso se fue edificando a partir de principios, los cuales en el momento de positivizarse, en los diversos ordenamientos jurídicos, adquirieron la nomenclatura de “garantías”. Nótese, a modo de ejemplo, que en la obra de Cesare

Beccaria, “De los Delitos y de las Penas” – para muchos considerada el punto álgido del discurso crítico, y a la vez, origen del “garantismo penal” – el Marqués nos habla de una serie de “principios”. Así, en el apartado doceavo de su obra, titulado “de la tortura,” su exposición es claramente la consagración de la garantía, perteneciente a todo ser humano, de no ser sometido a torturas o tratos crueles.

Ahora bien, el origen del discurso crítico se sitúa siglo y medio antes de la célebre obra de Beccaria, y se atribuye al clérigo jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, quien en su texto “Cautio Criminalis” (o Prudencia Criminal), de 1631, esboza por vez primera una protesta en contra de las disposiciones del entonces todavía popular *Malleus Malleficarum*<sup>10</sup>.

“Cautio criminales” surge en un período en el cual, si bien la quema de “brujas” no ocurría con tanta frecuencia, aún subsistían las prácticas de combustión de los herejes. Su autor había sido confesor de las mujeres condenadas bajo los rituales del *Malleus*, y de esa forma poseía un conocimiento directo de las prácticas de enjuiciamiento vigentes en la época.

El protagonismo que la Orden de los jesuitas fue adquiriendo, resultó decisivo para abrir camino al discurso crítico. Recuérdese que el Martillo de las Brujas, y, en general las prácticas inquisitivas, eran, en gran medida, patrimonio de los dominicos. Sin embargo, para el siglo XVI había comenzado a tomar forma en Europa una nueva emergencia: la

---

<sup>10</sup> Sobre el particular ver BAILONE MATÍAS (2006). El liberalismo penal (primera parte: cómo procurarse buenos precursores). En <http://www.matiusbailone.com.ar/articulos.htm>, consultada el diez de julio de dos mil ocho.

Reforma Protestante. Frente a ésta, la Iglesia Católica había dirigido su defensa mediante la Contrarreforma, encargada a los jesuitas. Éstos, a diferencia de los dominicos (llamados los “perros de Dios”) tenían una intensa formación humanista.

La reacción de Spee Von Langenfeld se centraba en la ausencia de garantías que padecía el proceso criminal y por eso, con razón se ha considerado su discurso como el primero en que se logra apreciar con claridad la crítica del discurso penal. Su libro intentaba responder cincuenta y dos preguntas que se había formulado tras la constatación empírica de las prácticas procedimentales. Su método racional, como vemos, era de clara orientación escolástica.

En el momento de proceder a la contestación de su pregunta número diecisiete, Spee Von Langenfeld, argumenta que toda mujer acusada de supuesta brujería, ostenta la garantía de ser asistida por un profesional en Derecho, para que de esta forma pueda contar con patrocinio letrado en su defensa. Asimismo, en su tesis número veinte, denuncia el grave riesgo de que una persona inocente confiese una inexistente culpabilidad, ante el dolor de la tortura. Nótese que esta última tesis, sería fundamental en la declamación en contra de la tortura, que efectuaría Beccaria años después.

Así las cosas, podemos advertir cómo el libro de este clérigo alemán se convertiría en el texto de referencia para aquellos, que en los años subsiguientes, se atrevieron a denunciar la ausencia de límites en el ejercicio del poder punitivo. En este sentido, la obra de Christian Thomasius, “Sobre los procesos a brujas”, publicada en 1701, reproduciría y ampliaría las críticas al Malleus, logrando finalmente su supresión dentro de los procesos.



### 1.3 El discurso liberal en el pensamiento ilustrado. Beccaria y el iluminismo penal

La Ilustración representa, probablemente, uno de los momentos históricos más decisivos para la historia universal. Se sitúa temporalmente en el siglo XVIII, también denominado Siglo de las luces, y se caracteriza como un período dentro del cual el ser humano pasó a ocupar el lugar central de atención, para las diversas ciencias. Se transitó, entonces, desde una visión de mundo teocéntrica hasta una antropocéntrica<sup>11</sup>. Esta fase, a la vez, se interrelacionó – tanto en el plano cronológico como en el ideológico – con otros fenómenos igualmente trascendentales, entre ellos: el Racionalismo, el Enciclopedismo, el Liberalismo, el Empirismo y el Contractualismo. Lo mismo cabe decir respecto de otros eventos tales como la Revolución Francesa, la Revolución Industrial, y la lucha independentista de las Trece Colonias Británicas en América.

La ciencia jurídica no pasó inadvertida frente a estos acontecimientos, y es así como la crítica orgánica al poder punitivo, que se venía gestando desde años atrás, se vio enriquecida con el aporte de los autores iluministas. Como lo afirma el jurista argentino Matías Bailone:

---

<sup>11</sup> Con razón Velásquez identifica este período de la historia del Derecho penal, comprendido entre los siglos XVII al XIX, bajo la noción de “humanismo.” Así, refiere la transformación experimentada por las instituciones sociales y políticas que modificaron la estructura del Derecho penal. En este sentido examínese VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 171.

*“A la ilustración le debemos un discurso, que además de no ser irracional ni contradictorio, era humanista e individualista en el sentido de colocar al individuo como bastión frente al cual el Estado no podía sino interactuar en el marco de un contrato social, que determinaba deberes y derechos recíprocos.”*<sup>12</sup>

En este contexto se requiere una especial mención acerca de la obra de Beccaria, de 1764, “De los Delitos y de las Penas”, la cual se convirtió en el emblema del Iluminismo penal del siglo XVIII. En el caso de Cesare Beccaria, su trabajo se enmarca dentro de una coyuntura en la cual las proclamas en favor de los derechos naturales, contaban con mayor apoyo dentro de los círculos intelectuales. “De los Delitos y de las Penas” fue aclamado por Voltaire, Diderot y otros connotados iluministas de la época. A Voltaire se debe el haber introducido y popularizado el libro en Francia. Tal vez sea esta la razón por la cual la historia ha sido más bondadosa con el autor milanés, que con sus predecesores, dentro de los cuales, como se apuntó, es inevitable la referencia a Spee Von Langenfeld.

El marqués de Beccaria plantea más que un discurso técnico jurídico, una exposición de filosofía política, en la cual se adhiere a la corriente del contractualismo. Así, consideraba que:

*“Fue, pues, la necesidad lo que conстриñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella*

---

<sup>12</sup> BAILONE MATÍAS (2006). El liberalismo penal (primera parte: cómo procurarse buenos precursores). En <http://www.matiabailone.com.ar/articulos.htm>, consultada el diez de julio de dos mil ocho. P. 3.

*en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho.”<sup>13</sup>*

Beccaria, entonces, afirma la necesidad de un acuerdo entre los hombres – quienes por naturaleza son libres, según la teoría del contrato social de Rousseau – para introducirse dentro de un esquema donde se garanticen sus derechos. La idea que subyace a este postulado reside en que la libertad, en el estado de naturaleza, carecía de sentido, pues fácilmente podía ser usurpada por otro hombre. Justamente al configurarse el pacto social, el soberano se convierte en depositario y administrador de las porciones de libertad cedidas. El poder punitivo, por ende, se vería habilitado para intervenir en el tanto pretenda – a través de la pena – conservar la “salud pública”; concepto este último, que podríamos identificar, dentro de nuestro contexto lingüístico, con el de armonía o paz social.

Para delimitar claramente hasta dónde podía inmiscuirse el soberano, dentro de la esfera de libertad de cada persona, Beccaria plantea una serie de exigencias. Dentro de ellas la más destacada, quizá, sea la que hace referencia a la legalidad del delito y de la pena. Asimismo, menciona la necesidad de instituir garantías como la del juez natural, o bien, la imposibilidad de que existan acusaciones secretas. En suma, plasma toda una serie de límites que claramente constituyen la estructura, por lo menos en estado embrionario, del discurso de las garantías.

---

<sup>13</sup> BECCARIA CESARE. *De los delitos y las penas*. Bogotá, Colombia. Cuarta reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, 2006. P. 11.

Otra de las razones que explican la calidad de arquetipo que ha asumido para el liberalismo penal, la figura de Beccaria, reside en que sus trabajos surtieron efectos prácticos, constatables en las reformas que se produjeron en diversas legislaciones durante las últimas décadas del siglo XVIII, así como en el siglo XIX. En efecto, el pequeño libro del Marqués influyó para que muchos de los soberanos de la época, incorporaran en su gestión los elementos propios del discurso ilustrado. Así, por ejemplo, su obra determinó muchas de las directrices de Catalina II de Rusia, así como de María Teresa Primera de Austria.

Por su parte, Zaffaroni nos comenta que la influencia de Beccaria se plasmó en la legislación penal de las jóvenes naciones iberoamericanas, gracias a la producción académica de los primeros juristas de la región: Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), en España y Pascoal José de Mello Freire dos Reis, en Portugal (1738-1798). Ambos fueron devotos adeptos del Iluminismo y el Enciclopedismo, y en sus obras es evidente la línea de pensamiento de Beccaria, así como de otro brillante jurista de la época, el napolitano Gaetano Filangieri. El pensamiento de los citados autores fue recogido en el Código Penal Español de 1822, que a la vez, fue básicamente el mismo cuerpo normativo que el Mariscal Andrés Santa Cruz adoptó como Código Penal Boliviano en 1830. En los debates suscitados con ocasión de la adopción de este cuerpo normativo, fueron reiteradas las menciones a Bentham, Beccaria y Filangieri. Por lo demás, el Código Boliviano fue

marco de referencia para la codificación iniciada en los restantes Estados iberoamericanos<sup>14</sup>.

Siempre dentro del mismo orden de ideas, deviene en imperativo hacer referencia a algunos autores que – siempre dentro del Siglo de las Luces – sentaron las bases teóricas del Contractualismo, así como la aplicación de las ideas de éste, en el campo de la discusión penal.

El Contractualismo fue el paradigma con base en el cual, la nueva clase industrial intentó justificar su modelo de sociedad, dentro del cual resultaban vedados los poderes ilimitados que solían ejercer los príncipes. Como ya se advirtió, Beccaria se inscribe dentro de esta línea de pensamiento. Empero, resulta conveniente recordar que el Contractualismo se dividió en varias vertientes, siendo dos las más conocidas el Contractualismo del despotismo ilustrado (Hobbes y Kant), y el Contractualismo en su versión liberal (Locke y Feuerbach).<sup>15</sup>

La primera, cuyo máximo exponente fue el inglés Thomas Hobbes, señalaba que el estado de naturaleza (es decir, el estadio previo a la configuración del contrato social), se caracterizaba por ser un estado de guerra, en el cual no asistía derecho alguno al hombre. Las ideas de este teórico del Contractualismo inglés habrían de ser desarrolladas en Alemania por Immanuel Kant.

---

<sup>14</sup> En este sentido, véase la elocuente exposición histórica recogida en ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, España. Centro de Publicaciones Gran Vía, 1989.

<sup>15</sup> Este criterio diferenciador es el empleado en ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. Manual de Derecho Penal. Parte General P. 211, 212.

Por su parte, en relación con el contractualismo de orientación liberal, debe citarse, insalvablemente, a Feuerbach, quien postuló los principios liberales en materia de Derecho punitivo. Este autor alemán, parte de la tesis del inglés John Locke, en el tanto afirma que los derechos existían en el estado pre-contractual, o estado de naturaleza. Una vez celebrado el pacto y configurado el estado civil, éste únicamente debe garantizar el espectro de derechos preexistente. Con esto se marca una diferencia en relación con la postura de Hobbes, quien definía el estado de naturaleza como una lucha constante, caracterizada por la inexistencia de los derechos. De lo anterior se sigue que en la teoría de Hobbes, es la constitución del Estado el punto de giro, a partir del cual nacen a la vida político jurídica, los derechos de los hombres.

De este modo, vemos que los postulados de Locke y Feuerbach en el tanto parten de la premisa de que el Estado reconoce y garantiza derechos, que de todas formas, son inherentes a la persona humana, vienen a señalar ese segundo momento, caracterizado por la existencia de instrumentos llamados a dotar de operatividad y plena vigencia a los derechos pre contractuales. Dichos instrumentos serían, justamente, las garantías. Así, por ejemplo, el derecho a la vida – una vez introducido dentro del esquema del estado civil – resultaría protegido mediante la garantía de su inviolabilidad.

Conviene adelantar, que la tesis de Locke y Feuerbach, terminaría imponiéndose en la moderna teoría de los Derechos humanos, toda vez que estos se definen como consustanciales a la naturaleza humana. El Estado u otro tipo de relación político-asociativa, no determina la existencia estos derechos, sino que nada más los reconoce,

garantiza y facilita el establecimiento de las condiciones materiales necesarias para su desarrollo y disfrute. Por esto, se suelen denominar Derechos pre-políticos, los cuales una vez incorporados dentro del esquema estatal, pasan a denominarse Derechos fundamentales<sup>16</sup>.

De este modo, el discurso de las garantías tomó forma, y se comenzó a asociar con la idea de un mecanismo de tutela otorgado a los ciudadanos para su protección frente al poder público. En su proceso de afianzamiento se alimentó del pensamiento ilustrado, y probablemente uno de los mayores aportes recibidos de éste, radica en que las diversas garantías se empezaron a incorporar en algunos textos de Derecho, lo cual les dotó de una fuerza normativa, de la cual habían carecido hasta el momento. Uno de estos primeros instrumentos declarativos de derechos fue la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, suscrita en el año de 1776, cuyo preámbulo expone:

*“Que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados ...”*<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Así lo expresa Ferrajoli en FERROJOLI LUIGI. Derechos y garantías. La Ley del más débil. Madrid, España. Segunda edición, Editorial Trotta, 2001. P. 37: “son “derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar (...) son “fundamentales” los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.”

<sup>17</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. En <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>, consultada el veintiocho de febrero de dos mil nueve.

Se trata, como vemos, de la concepción del Estado como contrato social, en la cual éste se entiende como una herramienta establecida para el amparo de los derechos del hombre. La misma idea la podemos apreciar en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, reunida con motivo de la Revolución Francesa, en 1789<sup>18</sup>. En esta se señala:

*“considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes...”*<sup>19</sup>

Así las cosas, la producción de textos que recogieran de modo preciso la lógica garantista, fue un hecho imprescindible para la consolidación del discurso crítico. De hecho, a partir de este momento dejó de ser un discurso eminentemente crítico, y se estructuró como un discurso liberal, en el tanto se convirtió en marco de referencia para limitar y orientar la actividad estatal. Es decir, a partir de este estadio histórico el poder público produjo, y a la vez se sujetó, a un esquema de garantías que habría de constituirse como pauta orientadora de su actuación.

<sup>18</sup> “...la máxima manifestación del período de las luces, como también se le denomina, fue la gesta que concluyó con la Revolución francesa, de la que proviene la famosa *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), que tanto incidió en los códigos penales europeos que entonces empezaron a expedirse: el francés de 1810, cuyas bases se remontan a 1791, y el bávaro de 1813, cuya elaboración se debe a P.J.A. Feuerbach.” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 171.

<sup>19</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf), consultada el veintiocho de febrero de dos mil nueve.



El fenómeno arriba descrito se acentuaría con la promulgación de las primeras constituciones escritas. Entre ellas, la Constitución estadounidense adoptada en 1787, y otras emitidas a lo largo del siglo XIX. Con la sujeción del poder a la Constitución, y en el entendido de que ésta marcaría los límites, tanto formales como sustanciales, al ejercicio del poder, exigencia que además, habría de ser desarrollada por la ley, nacería el Estado de Derecho. Al estudio de éste, y su necesaria existencia para la validez y efectividad del discurso garantista, nos ocuparemos en la siguiente sección.

#### **1.4 El Estado de Derecho y la incorporación normativa de las garantías**

En los acápites anteriores, vislumbramos que el discurso de las garantías germinó como un discurso crítico, el cual, con el paso del tiempo, y alimentado por ideologías determinantes de la época (especialmente el Iluminismo), se transformó en un discurso coherente, de corte liberal, y fundamentalmente orientador de la gestión de la cosa pública. Asimismo, observamos que el garantismo adquirió mayor fuerza coactiva, en el tanto se condensó en algunas declaraciones de derechos, o bien, en textos constitucionales que nacieron a la vida jurídica en los últimos decenios del siglo XVIII.

Por otro lado, desde el inicio mismo del presente capítulo advertimos, que la noción de “garantía” es funcional, siempre y cuando exista una estructura jurídico-política, en la cual se haya depositado, de forma exclusiva, la administración de la fuerza legítima. En este sentido, brevemente se hizo mención a la configuración definitiva del Estado moderno,

bajo el esquema contractualista. Y es que dicho esquema fue el mismo empleado por los autores del Iluminismo penal para plantear sus teorías respecto de los límites que necesariamente debían imponerse al poder punitivo. Así quedó acreditado en los razonamientos de Beccaria y Feuerbach que citamos oportunamente.

Pues bien, el Estado moderno representa el momento decisivo en donde el poder público resulta monopolizado en razón de un pacto social a través del cual se deposita en manos del soberano. Surge, en su esquema inicial, entre los siglos XIV y XVI, en los cuales el sistema feudal – modelo social característico de la Edad Media – llega a su ocaso tras la asunción al poder de los reyes y su consiguiente pérdida por parte de los señores feudales. Varios fueron los ideólogos que delinearon la forma que debería asumir este Estado. Uno de los más representativos fue el florentino Nicolás Maquiavelo, quien efectuó un trascendental aporte con su pequeña obra, *El Príncipe*, escrita en el año 1513. También conviene resaltar la figura, anteriormente analizada, de Hobbes, con su obra *El Leviatán* (1651).

Hobbes expone en *El Leviatán* su teoría política, la cual daría lugar al Absolutismo político. Según éste, cualquier intervención del soberano en la esfera de derechos de los hombres, así fuese ejercitada autoritariamente, resultaba legítima si tenía como objetivo evitar una regeneración de la situación de guerra constante que caracterizaba al estado de naturaleza. En sentido análogo, para Maquiavelo, cualquier acto del príncipe se justificaba, siempre y cuando el fin perseguido fuese noble o provechoso para la colectividad (realismo político).

Lo anterior nos permite comprender que el Estado moderno no emergió necesariamente como un ente limitado. Por el contrario, bajo el esquema del absolutismo monárquico se organizaron las sociedades europeas a partir del siglo XVI y hasta el siglo XVIII, siendo que incluso perduró en naciones como Rusia, en donde no resultó derrocado sino hasta entrado el siglo XX, con la revolución bolchevique.

Si bien los poderes del soberano, en la teoría de Hobbes, son muy amplios y no resultan válidos desde la óptica del Estado de Derecho – como veremos más adelante – sí es necesario reconocer que *“la configuración del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz, y al mismo tiempo de los derechos fundamentales, nació con Hobbes.”*

20

Precisar este momento, en que la humanidad transitó desde un modelo en el cual el poder estaba diseminado a través de los diversos feudos que integraban el mundo occidental, hacia uno en donde el poder se centralizó, resulta vital para el entendimiento de las transformaciones que habría de sufrir dicho ente estatal. Nos referimos a la concepción del Estado como Estado de Derecho. Y es que la existencia misma del Estado de Derecho representa – dentro de nuestra línea argumentativa – una primera garantía, pues confiere al individuo la seguridad de que el poder le dotará de instrumentos para defender y desarrollar sus derechos fundamentales, y, asimismo, que éste se ejercerá con arreglo a una serie de pautas previamente definidas a través de una ley formal.

---

<sup>20</sup>FERRAJOLI LUIGI (2001). Derechos Fundamentales. En Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España. Editorial Trotta. P. 39.

Así las cosas, debe quedar claro que el Estado moderno – en tanto ficción jurídica creada en protección de los bienes y derechos de las personas – nació como un Estado absoluto, el cual se puso al servicio de concepciones como la del Absolutismo o, años más tarde, del Despotismo ilustrado. No obstante, con el transitar de los años y en virtud de los aportes de nuevas ideologías, como el Contractualismo en su versión liberal o, en términos más amplios, del Iluminismo, habría de edificarse como un Estado fundamentalmente limitado, al cual le resultaría vedada la posibilidad de realizar intromisiones abusivas en el conjunto de derechos de la persona<sup>21</sup>. A este tipo de Estado se le ha denominado Estado de Derecho<sup>22</sup>.

El sometimiento del aparato estatal al Derecho por él mismo dictado, se manifestaría de forma especialmente llamativa, en materia punitiva, pues es de todos sabido que allí es donde se expone con mayor violencia la intervención oficial sobre el ciudadano. Estos límites parten de la premisa del contractualismo liberal teorizado por Beccaria, Locke y Feuerbach. Este último autor sostenía en su obra, no casualmente llamada *Anti-Hobbes*, de 1797, que:

---

<sup>21</sup> Como lo señala Ferrajoli. *Ibíd.* P. 39: “Esta esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después a los derechos políticos...”

<sup>22</sup> Refiere Muñoz Conde: “Su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que supone buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que, por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por los representantes elegidos por el pueblo y deja de ser un Derecho divino o derivado del Más Allá (“Rey por la gracia de Dios”).

A partir de esa época, el Derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el “imperio de la ley”. MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España. Quinta edición, Editorial Tirant Lo Blanch, 2002. P. 71.

*“...el humano no sólo tiene derechos que existen antes de todo contrato, sino que también mediante su razón, puede saber cuáles son los derechos que la condición natural no le garantiza, pero en su esencia tampoco los afecta.”<sup>23</sup>*

De este modo, y como apuntamos previamente, el Estado de Derecho deviene tan sólo en una creación artificial instituida con el propósito de garantizar el elenco de derechos naturales que posee la persona. En dicha función protectora, el soberano – a diferencia de lo que ocurría en época del Absolutismo – se encuentra jurídicamente imposibilitado para intervenir abusivamente sobre estos derechos. Ni siquiera bajo el pretexto de evitar una pretendida involución al estado de naturaleza, resulta legítimo el uso de la fuerza sobre los súbditos; sino que esto deviene lícito solamente ante la verificación de supuestos de hechos prefijados en la ley, y mediante las formas por ella contempladas. El ius filósofo italiano Luigi Ferrajoli, lo expone con meridiana claridad:

*“Lo natural de por sí no es en efecto el estado o el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo artificial no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los deberes y los poderes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y/o limitarlos. Derechos innatos o naturales, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos “pre-estatales” o “pre-políticos”, en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son “fundamentales” o “fundantes” de su razón de ser, como*

---

<sup>23</sup> ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. Manual de Derecho Penal. Parte General. P. 215.

*parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional.*”<sup>24</sup>

Siguiendo la línea de pensamiento de Ferrajoli, es posible aseverar que los derechos fundamentales son precisamente los llamados a ser tutelados por el Estado, y con razón se dice que constituyen, en sí mismos, la causa del contrato social. Una vez integrantes de la estructura estatal, se les asiste de toda una serie de institutos jurídicos que llamaremos “garantías. A la ideología que subyace a dicha afirmación, el autor le llama hétero-poyética, por cuanto niega que el Estado sea un fin en sí mismo, y le asigna, por el contrario, una noción instrumental, según la cual debe encontrar su fundamento existencial en la concreta necesidad de proteger los intereses de las personas. Así se afirma que:

*“Para las doctrinas hétero-poyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza, o, más aún, si los viola.”*<sup>25</sup>

En este punto resulta menester realizar una aclaración relativa al uso del lenguaje. Para nuestros efectos, los derechos fundamentales son esos derechos pre-políticos, que en el momento de incorporarse dentro de la estructura estatal, van a gozar de la estipulación de una correlativa “garantía”, que estará encomendada a dotarlos de operatividad. Es decir, las garantías permiten al titular del derecho subjetivo preservarlo frente a las intromisiones de

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España. Octava edición, Editorial Trotta, 2006. P. 882.

<sup>25</sup> *Ibíd.* P. 881.

terceros y del Estado mismo, en cuanto sujetos pasivos de relaciones con la autoridad. Asimismo, y como oportunamente lo estudiaremos, le confieren al titular una posición activa en la que resulta legitimado para exigir del poder público, las condiciones materiales necesarias para el ejercicio y la vigencia del derecho. No obstante lo anterior, en la doctrina es común que algunos autores pasen por alto esta distinción y, de ese modo, presenten a los conceptos de derechos fundamentales y garantías como sinónimos.

Es necesario superar esta confusión, no solamente por razones de estilo lingüístico o de utilidad didáctica, sino porque de mantenerse, puede conducir al surgimiento de inconvenientes prácticos capaces de sostener razonamientos falaces. Así, por ejemplo, el mismo Ferrajoli nos advierte que esta, mal entendida identidad entre derechos y garantías, permite a algunos concluir que la ausencia de aquellas, implica la inexistencia de éstos; cuando lo cierto es que un derecho sin su correspondiente garantía, más bien, pone en evidencia una omisión estatal que le resta legitimidad al poder público mismo, pero que en modo alguno, niega la existencia concreta del derecho.

En este punto, el positivismo clásico de Hans Kelsen sostiene que la disociación entre derechos y garantías – tesis comúnmente atribuida a Ferrajoli, y a la cual nos adscribimos – parte de una premisa equívoca, por cuanto si el derecho no goza de un aseguramiento coactivo (“su garantía”), es carente de positividad y, por tanto, no se trata de una verdadera norma jurídica. Dicho de otro modo, para el ius filósofo austriaco, el derecho y la coercibilidad constituyen uno sólo, de forma tal que si falta el segundo elemento, estaríamos en presencia de una norma incapaz de relacionarse con el

establecimiento de una sanción y, por consiguiente, de una norma desprovista de juridicidad.

Partiendo de una visión crítica de Kelsen, Mario Jori, señala que:

*“La primera y sorprendente lección impartida por la teoría de Ferrajoli es que, de hecho, el brutal “realismo” kelseniano (para el que solo cuenta la sanción) es poco realista. En efecto, las normas sobre derechos, si han sido válidamente dictadas, existen y, aun cuando los derechos subjetivos estén privados en un determinado ordenamiento positivo de (algunas o todas las) garantías, aquellas siguen siendo, sin embargo, normas jurídicas positivas.”*<sup>26</sup>

Lo cierto es que los derechos fundamentales son, por sí mismos, normas jurídicas positivas. Al estar recogidos en textos del Derecho Internacional, o bien, en normas constitucionales o legales, poseen existencia real en tanto derechos subjetivos. Para desplegar su efectividad, requieren el establecimiento concomitante de otra norma, igualmente positiva, que garantice su cumplimiento. Sin embargo, es frecuente que en la práctica se promulguen textos declarativos de derechos, pero se manifieste una omisión a la hora de emitir la normativa que venga a garantizarlos.

---

<sup>26</sup>JORI MARIO (2001). Ferrajoli sobre los derechos. En Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España. Editorial Trotta. P. 107.



Cuando existen derechos a los que se les priva de su correspondiente garantía, es posible colegir que en el ordenamiento jurídico en cuestión, se está en presencia de una laguna; es decir, de una omisión estatal que convierte al derecho en tan sólo una proclama abstracta. Sin embargo, no resulta válido deducir que no existe el derecho en sí mismo. Piénsese, por ejemplo, que un texto constitucional consagre el derecho de defensa que asiste a todo ciudadano considerado sospechoso de haber cometido un delito; pero, a pesar de ello, no exista una norma positiva que habilite la creación de un cuerpo de abogados defensores, que garanticen el patrocinio letrado de las personas que carecen de los recursos para contratar a un litigante particular. En tal caso, si bien existe el derecho en el plano formal, ve mermada su efectividad ante la ausencia de una norma que legitime un acto del poder público que lo garantice. Nótese que tanto derechos fundamentales como garantías, son normas integrantes del ordenamiento jurídico.

En nuestro ejemplo, la norma que constriña al Estado a conformar una defensa pública, o de oficio, representa la garantía del derecho fundamental de defensa. No se debe, por tanto, confundir a las garantías con las condiciones materiales que desarrollan el derecho (con la concreta existencia de la Defensa Pública como institución estatal); si bien estas últimas son vitales para que realmente el derecho resulte, definitivamente, garantizado en el plano fáctico.

Así las cosas, el Estado de Derecho surge alimentado por la interacción entre derechos fundamentales y garantías, en el sentido de que la protección de aquellos constituye su razón de ser, y el establecimiento de éstas le dota del título habilitante para disponer, en la práctica, su función tutelar. Por esto, se afirma que la incorporación como

normas positivas, tanto de derechos fundamentales, como de garantías, representa la nota característica del Estado de Derecho.

Numerosos principios que informaron al discurso crítico-liberal, en sus primeros estadios, se llegaron a identificar con lo que hoy llamamos derechos fundamentales. Sin embargo, el paso decisivo para la configuración del Estado de Derecho, lo asentó la concreción de dichos principios en verdaderas normas preceptivas. Así, con las primeras declaraciones de derechos en las últimas décadas del siglo XVIII, y, especialmente, con el Constitucionalismo del siglo XIX, como se indicó líneas arriba. Sobre este tema, Ferrajoli indica:

*“La gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue sin embargo la positivización y constitucionalización de estos derechos a través de lo que (...) he llamado “incorporación limitativa” al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de los poderes públicos. Es con la estipulación constitucional de tales deberes públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos positivos inviolables y cambia así la estructura del estado, a partir de ahora ya no es absoluto sino limitado y condicionado.”<sup>27</sup>*

En relación con este punto, debidamente citamos los casos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, así como la Constitución Estadounidense adoptada en 1787. Asimismo, resulta significativo referir un caso sobresaliente para

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. P. 859, 860.

nuestra realidad iberoamericana, como lo fue la Constitución de Cádiz de 1812, primer texto constitucional que estuvo vigente en nuestro país, y el cual se inscribió dentro de la misma línea liberal de las Cartas Fundamentales supra citadas.

Con base en lo expuesto en los párrafos precedentes, resulta claro que el Estado de Derecho, a diferencia del Estado absoluto, exhibe como rasgo distintivo la subordinación del poder público a las estipulaciones constitucionales y legales, instituidas en protección de los derechos fundamentales. Debido a esto, el apego a la legalidad configura el “leitmotiv” del Estado de Derecho.

Podemos apreciar con claridad esta idea en el siguiente extracto de una resolución emitida por nuestra Sala de Casación Penal que, en su oportunidad, señaló:

*“Un Estado Democrático de Derecho es aquel que reconoce los derechos fundamentales de los individuos y que a su vez encuentra un límite a su poder en esos derechos. Con miras a prevenir los abusos por parte del aparato estatal, la Constitución Política indica expresamente que las restricciones a los derechos fundamentales son excepcionales y están sometidas a varios requisitos”.*<sup>28</sup>

Ahora bien, esta legalidad se entendió históricamente desde una óptica formal. Así, el Estado de Derecho centró exclusivamente su preocupación en que todo acto del poder

---

<sup>28</sup> Sentencia número 1213-06, de las nueve horas, cincuenta minutos, del veintinueve de noviembre de dos mil seis, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

público encontrarse su origen en una forma legal. Dicha forma legal debía emanar del órgano constitucionalmente facultado para ello, mediante la rigurosa observancia de los procedimientos previamente establecidos para tal efecto.

No obstante lo anterior, con el transcurso del tiempo esta perspectiva se evidenció insuficiente, toda vez que con base en ella resultaba posible producir textos legales, que si bien garantizaban en el plano formal la contención del poder público, poseían contenidos contrarios a la función tutelar de los derechos fundamentales. Quizá uno de los casos más significativos lo encontramos en el régimen jurídico que dio sustento legal a las infames políticas del régimen Nacional Socialista alemán.

De este modo, Ferrajoli nos aclara que el Estado Constitucional de Derecho añade al enfoque de “mera legalidad”, uno de “estricta legalidad”, según el cual:

*“El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico (...) Esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino*

*sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.*<sup>29</sup>

Como corolario de lo anterior, la aparición del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, vino a reforzar el fenómeno de positivización de la lógica garantista. Durante la segunda mitad del siglo XX, surgieron numerosos instrumentos internacionales que acogieron principios y garantías dispuestos para la protección de los derechos fundamentales. Dichos instrumentos normalmente ostentan una jerarquía superior a la ley ordinaria, y en esa medida, integran, junto con el Derecho de la Constitución, el parámetro normativo que condiciona la validez, no solamente de la forma, sino también del contenido de la legislación ordinaria.

La sumisión de la ley, y en general del poder estatal, a los contenidos sustanciales de los derechos fundamentales, representa una modificación de la fórmula clásica con base en la cual, se ha entendido el principio democrático. En este paradigma es posible hablar de una democracia en sentido lato, en la cual las decisiones son tomadas en estricto apego de la regla de las mayorías, lo cual es llevado a su aplicación práctica a través de los diversos instrumentos de la democracia representativa, así como de las novedosas modalidades de la democracia participativa. Vimos, sin embargo, que tal entendimiento de la legalidad ha conducido hacia la configuración de sistemas jurídicos, fundados en la legalidad, pero cuyo contenido dista del respeto de los derechos naturales de las personas.

---

<sup>29</sup>FERRAJOLI LUIGI (2001). Derechos Fundamentales. En Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España. Editorial Trotta. P. 53.

El modelo de estricta legalidad, por su parte, impone límites de tal entidad que, por citar un ejemplo, ni siquiera con un abrumador acuerdo a nivel parlamentario, o bien, a nivel de participación directa de los ciudadanos (piénsese en un referéndum) sería jurídicamente procedente la aprobación de una ley que autorice la pena de muerte. Ello por la simple constatación de que, por lo menos en nuestro medio, el numeral 21 de la Constitución atribuye al derecho fundamental de la vida, un carácter inviolable, y bajo esa inteligencia ningún acuerdo, así asuma una forma perfectamente legal, puede estipular una medida en contrario.

### **1.5 El garantismo como mecanismo de protección de los derechos del ciudadano en el Estado de Derecho: Ferrajoli y el moderno garantismo penal**

En secciones anteriores examinamos que la sujeción del poder del soberano a límites, tanto formales como sustanciales, consolidó el tránsito del Estado absoluto al Estado de Derecho. Pues bien, en el presente apartado pretendemos mostrar cómo el Estado Constitucional de Derecho alimenta al pensamiento penal y, en esa medida, constituye una fuente material del ordenamiento jurídico penal, el cual, así, se edifica sobre la base de un discurso garantista.

La teoría del garantismo penal, en su acepción contemporánea, es obra del jurista florentino Luigi Ferrajoli quien, a finales del siglo pasado, intentó dotar de organicidad, por lo menos a nivel doctrinario, a las premisas sobre las cuales se había concebido desde la época de la Ilustración las ideas centrales del Liberalismo penal. Sin embargo, lo anterior

no quiere decir, en modo alguno, que el progreso del discurso de las garantías – desde Spee Von Langenfeld hasta nuestros días – haya sido lineal, sino que, por el contrario, debemos poner en evidencia que hubo notables retrocesos, los cuales en alguna que otra oportunidad, llevaron al Derecho penal a ocupar el lugar que ostentó en los tiempos del Malleus; a saber, el de un conglomerado normativo puesto al servicio de la legitimación del poder punitivo.

Cuando la clase industrial logró hacerse con la hegemonía del poder planetario, en el siglo XIX, surgió paralelamente un período de “decadencia del pensamiento<sup>30</sup>,” caracterizado por la flexibilización de los controles que este mismo poder industrial había impuesto al “ius puniendi” durante su ascenso a las esferas del poder público.

Una vez que el industrialismo se constituyó en el modelo político y económico dominante, comenzaron a surgir a nivel social desigualdades relacionadas con el acceso a los novedosos mecanismos de producción y, de ese modo, se acrecentó la población marginada, que emigrando desde las zonas rurales hacia las grandes urbes, carecía de los medios materiales necesarios para ostentar un nivel de vida acorde con las exigencias del nuevo paradigma. Lo anterior poseía un notable potencial criminógeno y efectivamente, decantó en un crecimiento de la actividad delictiva burda, que de ordinario se asoció con lesiones al derecho de propiedad. Ante este estado de cosas, el poder político instrumentalizó al Derecho penal y éste, de la mano con una estricta aplicación del poder punitivo, se utilizó para controlar a los sujetos “indeseables” producto del nuevo modelo

---

<sup>30</sup> Así, en la exposición de ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. Manual de Derecho Penal. Parte General. P. 225.

económico social. Así, la prisión se afianzó como la sanción clásica del Derecho penal, lo cual se ha mantenido constante hasta nuestros días.

Paralelamente a la explosión de las economías capitalistas industriales, la expansión ultramarina y, en general, el colonialismo europeo, trajeron nuevos temas que resultaron de interés para la disciplina del Derecho penal. Pronto surgieron algunos teóricos de la ciencia penal que identificaron a los colonizados con los delincuentes de las urbes europeas. Filósofos de la estatura intelectual de Hegel sostuvieron un marcado etnocentrismo, con base en el cual se observaba con inferioridad a los habitantes de los continentes colonizados. En el mismo sentido Herbert Spencer, sociólogo británico, empleó la teoría de la evolución y de la selección natural, de Darwin, para intentar explicar la asimetría que se manifestaba entre los habitantes de las potencias europeas y aquellos de las jóvenes naciones colonizadas. Para él, el sujeto colonizado era menos evolucionado y por ello proclive a irrespetar el pacto social, con lo cual se justificaba, según su entender, una utilización más violenta del poder punitivo.

En el mismo sentido, el publicitado médico y criminólogo italiano Cesare Lombroso, pretendió abordar desde la perspectiva médica – algo que reproduciría el régimen nazi – el fenómeno criminal. Así, desde su óptica, el delincuente era un ser humano que no había culminado su desarrollo embriofetal, de características físicas que lo hacían “distinto” y le impedían exhibir el fenotipo característico del europeo. Tales ideas fueron sumamente populares en su momento, y lo cierto es que, por lo menos en un nivel latente o implícito, suelen ser abordadas todavía en la actualidad, en tratándose de la criminalización secundaria.



Como vemos, el siglo XIX planteó el esfuerzo de diversas escuelas de pensamiento por alimentar al poder público con elementos, aparentemente racionales, que le permitiesen edificar una política criminal alejada de los postulados iluministas legados por el siglo XVIII. Tal situación no se revertiría en la primera mitad del siglo XX, sino que, más bien, se habría de intensificar, particularmente con el asenso de la escuela de Kiel, en la Alemania Nazi (1933-1945), la cual propugnó un Derecho penal de corte totalitario<sup>31</sup>. Acá se intentó degradar la vigencia de principios que, desde los años de Beccaria, habían sido arquetipos del iluminismo penal. Tal es el caso del principio de irretroactividad de la ley penal, el cual, según estimaban los autores nazis, era un inoperante y anticuado postulado de la Ilustración, incapaz de satisfacer las pretensiones punitivas del régimen.

Así las cosas, es factible percibir que el resurgimiento del garantismo penal, tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, se dio, nuevamente, en el marco de un discurso crítico, tal y como lo hizo por vez primera en el siglo XVII, momento en el cual reaccionó contra el modelo inquisitivo.

La preparación para una propuesta aparentemente integral – como la sugiere Ferrajoli – se debe en gran medida a los aportes de la llamada Escuela Clásica, la cual se desarrolló de forma paralela a aquellas otras corrientes de pensamiento que, en sentido opuesto, pretendían invalidar los aportes del pensamiento ilustrado. Fue integrada por un

---

<sup>31</sup> Como lo indica Velásquez: “dicha corriente está inspirada por la idea de llevar a cabo una crítica frontal de los postulados del derecho penal liberal, y da paso a ideas totalitarias bajo la égida de un régimen político nacional-socialista, cuya expresión fue el llamado *Tercer Reich*.” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 184.

grupo de juristas y filósofos, principalmente italianos, y se puede estimar que fue iniciada por el mismo Beccaria.

Los clásicos se plantearon concebir la creación de un Estado Liberal (en contraposición a uno absoluto) en el cual los derechos del hombre proclamados por la Revolución Francesa, constituyesen el eje, alrededor del cual se desarrollase la actividad estatal. Algunos de sus principales exponentes fueron Gaetano Filangieri, Francesco Mario Pagano, Giovanni Carmignani y finalmente el connotado Francesco Carrara, quien con su célebre obra “Programa del Curso de Derecho criminal”, de 1859, efectuó una importante contribución al Derecho penal liberal.

Desde la dogmática penal alemana, fue decisiva la contribución de Feuerbach, a quien se suele atribuir la enunciación del principio de legalidad criminal, cuya locución latina (“Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”) es común en la tradición jurídico penal continental y representó un hito, tras su consagración en el Código de Baviera de 1813.

En suma, el período de decadencia del pensamiento – desde el racismo evolucionista de Spencer hasta el totalitarismo nacional socialista alemán – representó una afrenta al discurso crítico – liberal. No obstante, este último no dejó de crecer, y en el mismo período cuando se desarrollaba su antítesis, continuó aportando diversas tesis a la discusión racional. Sería con la consolidación del Estado de Derecho – analizada en la sección anterior – que adquiriría un nuevo matiz y se vendría a identificar con la moderna acepción de “garantismo penal”.

Tanto el constitucionalismo, como el novedoso paradigma de la democracia sustancial, acompañaron el establecimiento del Estado de Derecho y así determinaron el cambio de rumbo, que habría de tomar el discurso de las garantías. A partir de la Segunda Guerra Mundial, el esquema de positivización de los derechos fundamentales y sus correspondientes garantías (iniciado en el siglo XVIII) habría de intensificarse. En este punto resulta especialmente llamativa la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, número 217 A del 10 de diciembre de 1948. Con ella se inaugura una versión moderna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya nota definitoria reside en la obligatoriedad que sus postulados supone para los Estados suscriptores, en el tanto se trata de auténticas normas positivas, que integran el marco de constitucionalidad del ordenamiento interno.

En este punto deviene en imperativo reflexionar acerca de los postulados fundamentales de la teoría de Ferrajoli, pues el nombre de este autor florentino suele identificarse en la discusión contemporánea con el concepto de garantismo. Para él, el garantismo puede ser concebido bajo tres acepciones que se encuentran en una situación de interdependencia. Primeramente es un modelo normativo de Derecho, y en esa medida se concibe como un “sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajuste normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.”<sup>32</sup> Aquí resulta fundamental haber comprendido la diferencia que el autor plantea entre derechos y

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. P. 852.

garantías, pues como modelo normativo, el discurso garantista pretende, no solamente la consagración a nivel constitucional de los derechos naturales (lo cual, claro está, representa un requisito ineludible), sino también el establecimiento de garantías que permitan asegurar el disfrute y satisfacción de los derechos declarados en el nivel abstracto, ya sea internacional, constitucional<sup>33</sup> o legal.

Este entendimiento de la normatividad, debe tenerse presente que se configura partiendo de una idea material de la legalidad (la propia de la democracia sustancial), por cuanto el poder público se encuentra condicionado por esos vínculos (derechos y garantías) de forma tal, que su contenido (la vida humana, por ejemplo) supone un límite el cual impide, que aún bajo un esquema legal, el derecho pueda resultar lesionado por parte de la autoridad pública.

En segundo lugar, el garantismo importa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad de las normas. Se intenta poner el acento sobre el desfase existente entre normatividad y realidad, entre el Derecho válido y el Derecho efectivo. El modelo garantista toma el Derecho positivo y, desde una perspectiva crítica, evalúa su conjunto para determinar la posible existencia de lagunas (entendidas como ausencia de las respectivas garantías para tales o cuales derechos), así como las antinomias que puedan

---

<sup>33</sup> En relación con la congruencia que guardan los conceptos de garantismo y constitucionalismo, ha dicho el autor español Pietro Sanchís: “el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales”. PIETRO SANCHÍS LUIS citado por FERRAJOLI en Luigi Ferrajoli. Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. Madrid, España. Editorial Trotta, 2006. P. 16.

presentarse<sup>34</sup>. Asimismo, plantea una distinción entre las categorías de vigencia, validez y efectividad. La primera refiere a las condiciones formales de validez de la norma; es decir, la necesidad de que haya sido producida por el órgano competente y mediante los procedimientos preestablecidos para la creación de la norma. La validez, por su parte, impone la necesidad de que el precepto satisfaga condiciones de legitimidad sustancial, habitualmente relativas al respeto del esquema axiológico, contenido en los niveles normativos superiores (o sea, la Constitución y el Derecho Internacional). Consecuentemente, la efectividad alude a la práctica real del ordenamiento jurídico en cuestión.

Finalmente, el garantismo designa una filosofía del Derecho y una crítica de la política, partiendo de lo que Ferrajoli denomina la legitimación o el punto de vista externo. Esto guarda relación con lo visto ut supra, respecto de las doctrinas hétero- poyéticas, que ven en el Estado un artificio instrumental estatuido en protección de los derechos fundamentales que asisten a toda persona. En este entendido, la justificación del Estado, sus instituciones y las normas jurídicas que produce, se halla justamente “afuera” del ente estatal mismo. Se expresa en “los valores extra – o meta – o pre-jurídicos “fundamentales”;

---

<sup>34</sup> Acerca del desfase existente entre el Derecho abstractamente regulado, y la praxis jurídica, es abundante la literatura, sobre todo en el ámbito de la filosofía del Derecho. Particularmente claros son los planteamientos de los ius filósofos estadounidenses representantes del movimiento denominado “realismo jurídico”. Llewelyn, por ejemplo, diferenció entre el derecho en el papel (“paper rules”) y el derecho efectivamente practicado. Mediante esta comparación, el autor pretende determinar la conducta efectiva de los Tribunales y, en general, de los órganos y sujetos que intervienen en la práctica legal. Para mayor abundamiento, ver los planteamientos de LLEWELYN en HABA MÜLLER ENRIQUE PEDRO. Axiología Jurídica Fundamental: Bases de valoración en el discurso jurídico. San José, Costa Rica. Primera edición, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004. P. 231.

o sea, los intereses y las necesidades “naturales” – individuales y colectivas – cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas “artificiales”.<sup>35</sup>

Precisamente, los regímenes autoritarios se caracterizan por justificar su existencia en alguna idea emanada hacia el interior del Estado mismo. En el caso ya descrito del régimen nazi, se entendía que las fuentes supremas del ordenamiento eran “la concepción jurídica del pueblo alemán y la voluntad del *Führer* (conductor de la comunidad)”.<sup>36</sup> Diverso es el caso de la legitimación externa propugnada por Ferrajoli, pues en ella los elementos justificantes radican en los derechos (que independientemente de la estructura estatal) ostentan los individuos, los cuales una vez introducidos dentro del pacto social, se van a cubrir con garantías llamadas a brindar protección efectiva, bajo la forma de normas jurídicas.

De seguido, la teoría de Ferrajoli se centra en efectuar una distinción entre las llamadas garantías negativas y positivas. Las primeras corresponden a aquellas normas jurídicas que limitan la actividad estatal en protección de los derechos fundamentales de los administrados. Las garantías liberales propias de la Ilustración se encuadran dentro de este tipo de garantía, pues consisten en deberes de omisión (prestaciones de no hacer) impuestos al poder público. Así, por ejemplo, la garantía a no ser torturado planteada por Beccaria en el apartado doceavo de su obra “De los Delitos y de las Penas”. De este modo, se puede afirmar, que las garantías negativas se instituyen en resguardo de los derechos de libertad, y por ello se les suele denominar también bajo la nomenclatura de garantías liberales.

---

<sup>35</sup> FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. P. 854.

<sup>36</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 185.

El Estado de Derecho emergió inicialmente como un Estado Liberal, y bajo esa tesitura se hizo hincapié en resguardar los derechos a la libertad, la vida y la propiedad (derechos humanos de primera generación). Por ello, las garantías negativas o liberales fueron parte integrante de su conformación. Con el transcurso de las décadas, y ante la aparición del Estado Social de Derecho, calificado también como Estado Asistencial o de Bienestar (“Welfare State”), el elenco de los derechos fundamentales se amplió, dando paso a la aparición de los llamados derechos sociales o de segunda generación, dentro de los cuales, es posible ubicar el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, entre otros. Tal clase de derechos fundamentales se asoció con un nuevo género de garantía, que habría de denominarse garantía positiva o social.

Si las garantías liberales o negativas implicaban prohibiciones para el Estado, las garantías sociales o positivas más bien le imponen prestaciones de hacer. Se estima que tal o cual derecho requiere el despliegue de una especial actividad por parte del poder público para verse satisfecho. Tomemos por ejemplo el derecho a la educación. En este caso su enunciación en un texto constitucional le confiere la juridicidad necesaria para poseer coercibilidad y convertirse en un verdadero derecho subjetivo. Sin embargo, la norma que consagra el derecho requiere de otra, que de forma concomitante, asigne a una concreta institución estatal un presupuesto, el cual permita materializar la proclama abstracta. Para el caso de que haya un incumplimiento en el plano de los hechos, la garantía positiva confiere al administrado la legitimación necesaria para reclamar del Estado la prestación del servicio que, por imperio de la Constitución, debe brindar.

Las garantías sociales o positivas caracterizan entonces al Estado Social de Derecho, el cual en modo alguno, se contrapone al Estado Liberal de Derecho (construido a partir de garantías liberales o negativas). Antes bien, entre ambos existe, como se indicó supra, una relación de interdependencia. En el caso del ordenamiento constitucional costarricense esto es palpable, pues en la parte dogmática de nuestra Constitución coexisten ambos tipos de derechos y garantías. Nótese, por ejemplo, que el título IV del Texto Constitucional recoge precisamente los “derechos y garantías individuales”, entre los que se enumeran la libertad de tránsito, la inviolabilidad de la vida humana, el derecho a la intimidad, el derecho de asociación, la propiedad privada, la libertad de comercio, entre otros. Por su parte, el título V preceptúa los “derechos y garantías sociales”, asignando al Estado la obligación de desplegar a través de los órganos competentes, una serie de políticas públicas tendientes a garantizar el desarrollo de instituciones sociales como la familia, el trabajo digno, las garantías laborales, entre otras.

Tradicionalmente se ha entendido que en materia penal las garantías más representativas son las de corte liberal. Incluso, en nuestra Constitución se agrupan en el ya mencionado título IV, relativo a los derechos y garantías individuales. Así, encontramos el derecho y garantía al juez regular (artículo 35), principios fundamentales como el de legalidad criminal y culpabilidad (artículo 39), “non bis in idem” (numeral 42), la facultad de abstención (artículo 36), la proscripción de la tortura y de las penas perpetuas (artículo 40), entre otros; que componen ese bloque de protección estatuido por el constituyente de 1949.



No obstante lo anterior, debemos tener presente que un verdadero Derecho penal garantista, exige del Estado conductas activas que permitan al ciudadano una protección efectiva. Piénsese en el caso – ya recurrente en nuestra exposición – del derecho de defensa. En este supuesto, el Estado debe procurar (conducta activa) el patrocinio letrado de aquellos individuos sometidos a proceso penal, que carezcan de los recursos para contratar a un abogado particular, y en ese entendido el derecho a la asistencia letrada, se configura en una garantía positiva.

Ferrajoli, es claro en que la teoría del garantismo penal constituye una aporía irreductible, pues una satisfacción completa y exhaustiva de los derechos proclamados, difícilmente se verá materializada. Sin embargo, lejos de entender este dato como un punto débil de su tesis, estima que es precisamente, en virtud de la insatisfacción de los derechos fundamentales, que el poder público puede ser cuestionado y deslegitimado y, entonces, haciendo uso de las garantías – que en este contexto operan como instrumentos procesales – el ciudadano puede demandar la realización de tal o cual prestación, o bien, exigir la reparación ante la lesión sufrida<sup>37</sup>.

Es menester recalcar, que la teoría del garantismo penal, abordada por otros estudiosos, asume nombres diversos, tales como el de minimalismo penal. Este último concepto alude a una edificación del Derecho penal sobre la base de principios limitadores del poder punitivo, que convierten al ordenamiento represivo en un conglomerado

---

<sup>37</sup> Señala el autor: “El estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen.” FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. P. 868.

normativo de dimensiones mínimas. Esto, por cuanto se entiende que está llamado a intervenir únicamente en supuestos de violaciones graves a bienes jurídicos, considerados esenciales para la vida en sociedad (la vida, la salud, la libertad, la propiedad).

En la enumeración efectuada por el español Francisco Muñoz Conde<sup>38</sup>, el principio de intervención mínima se descompone, a su vez, en los siguientes sub. principios: (a) la subsidiariedad del Derecho penal, (b) la relativa dependencia del Derecho penal en sus presupuestos, respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico, (c) el concepto de bien jurídico como límite del poder punitivo del Estado y el (d) principio de proporcionalidad. Asimismo se plantea un segundo gran principio denominado el “principio de intervención legalizada”, que podemos identificar con el genérico principio de legalidad, según el cual la potestad punitiva, tanto al crear el delito, como al detectar su comisión y aplicar y ejecutar la sanción correspondiente, debe encontrar amparo en el texto de la ley. De último se plasma el principio de culpabilidad, que se entiende en una triple dimensión: (a) como fundamento de la pena, en el tanto es viable imponer una sanción solamente ante la concurrencia de ciertas circunstancias prefijadas (capacidad de culpabilidad, autodeterminación o capacidad de realizar una conducta ajustada a Derecho). También se estima que la culpabilidad es el (b) elemento de determinación o medición del quantum de la pena. Finalmente se concibe el principio de culpabilidad como el (c) paradigma de la responsabilidad personalísima característica del Derecho penal, en donde está vedada la responsabilidad objetiva o por resultado, en el tanto solamente es posible endilgar la culpabilidad de una persona que haya actuado a título de dolo o culpa.

---

<sup>38</sup> Véase MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN op. cit. P. 72 y siguientes.

Igualmente se pueden definir como minimalistas o garantistas las posturas de algunos autores clásicos de la ciencia jurídico-penal del siglo XX, como Alessandro Baratta, quien desde la criminología crítica denunció la inhumanidad e inutilidad de la pena. En la misma línea de pensamiento se asientan los planteamientos de Winfried Hassemer, distinguido penalista alemán y co fundador de la Escuela de Frankfurt, la cual ha asumido la defensa de un modelo liberal del Derecho penal.

En un terreno cercano a los programas del minimalismo, pero con implicaciones disímiles, ha surgido un candente debate en el ámbito de las ciencias jurídico penales, así como también, dentro de la sociología criminal; pues algunos autores estiman que el Derecho penal no es el único (ni tampoco el más razonable) mecanismo capaz de moderar la intervención punitiva del Estado. Por ello argumentan que la abolición del sistema penal es una idea plausible. Se trata como vemos, de las doctrinas abolicionistas que han atacado desde diversos puntos de vista, los planteamientos justificacionistas. Particularmente interesante es la polémica surgida entre la autora española Elena Larrauri y Luigi Ferrajoli<sup>39</sup>.

Si bien, entrar en un análisis detallado de esta discusión excedería los alcances de nuestro análisis, baste indicar que Ferrajoli justifica la existencia del Derecho penal, sobre la premisa de que éste constituye el medio idóneo para someter el poder punitivo a un estricto control jurídico. Arguye que si el ordenamiento penal desapareciese, la imposición de castigos se vería desprovista de pautas racionalizantes, y la venganza privada terminaría

---

<sup>39</sup> Acerca de este debate, ver LARRAURI ELENA. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. En Revista de Ciencias Penales, año 12, número 17, marzo de 2000.

por imponerse. Es decir, tal abolición representaría un acto involutivo, pues ubicaría a la humanidad en un estadio ya superado, en el cual los litigios se resolvían mediante la autotutela. Asimismo, Ferrajoli estima que, ante determinados supuestos, la pena puede cumplir una función de prevención de delitos.

La autora española, por su parte, replica a esta tesis que la abolición del sistema penal no implica necesariamente la supresión de los controles legales en la imposición de las sanciones. Considera Larrauri, que otros mecanismos podrían crearse para brindar solución a las disputas surgidas, tras la verificación de comportamientos desviados. Así, por ejemplo, habla de un modelo de Derecho penal restitutivo, fundamentado en la justicia restaurativa<sup>40</sup>. Al mismo tiempo, la autora cuestiona seriamente la capacidad del Derecho penal y de su modelo sancionatorio – erigido principalmente sobre la pena de prisión – para reducir la criminalidad.

El garantismo, entonces, propugna un Estado mínimo en lo penal, pero un Estado máximo en lo social. En palabras de Ferrajoli:

*“...podemos representar a semejante ordenamiento como estado liberal mínimo y a la vez como estado social máximo: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las*

---

<sup>40</sup> Una idea similar subyace en el planteamiento de Hassemer de construir un *Interventionsrech* o Derecho de la intervención, según el cual “debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales (*poenale*), pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva.” HASEMER WINFRIED citado por SILVA SÁNCHEZ en SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, Editorial B de F, 2006. P.172.

*libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a las actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas.*”<sup>41</sup>

En el ordenamiento jurídico costarricense tal esquema garantista se encuentra disciplinado en nuestra Constitución Política. Basta efectuar una lectura del numeral primero constitucional, el cual prescribe que: “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”. Según nuestro entender, esta norma constitucional es la que plantea el imperativo de que el modelo penal se estructure sobre la base de un discurso de contención del poder punitivo. Ya vimos que este tipo de discurso es el que da vida al Estado democrático de Derecho, y desde ese punto de vista, la norma de comentario plantea la exigencia de erigir un sistema penal fundado en un concepto de democracia el cual, como vimos, no puede ser solamente formal, sino también sustancial. Asimismo, la inclusión en el precepto bajo análisis de términos valorativos como “libertad”, exige del poder público una amplificación de los alcances de tal valor, así como una estricta sujeción a controles jurídicos por parte de la autoridad pública, cuando pretenda limitarlo.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su función de intérprete autorizado de la Constitución, ha tenido ocasión de indicar, que en el ordenamiento patrio impera un “proteccionismo garantista”. Así, en sentencia número 2000-1759, de las quince horas, nueve minutos, del veintitrés de febrero del dos mil, señaló que:

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. P. 866.

*“En un Estado Democrático de Derecho -como el nuestro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política-, es trascendental que el sistema jurídico-penal se fundamente en principios generales que apunten al garantismo proteccionista del ciudadano frente al poder "prácticamente ilimitado" del Estado en su función de investigar los actos desviados que afectan la normal y armónica convivencia social; lo que se traduce en el reconocimiento y respeto de las garantías procesales a favor del ser humano, sindicado como presunto (sic) autor de un hecho delictivo y sometido por eso a un proceso.”<sup>42</sup>*

En nuestra exposición hemos retratado al garantismo penal como un discurso, concretamente como el “discurso de las garantías”. Tal designación no es de ninguna forma azarosa; antes bien, obedece a la fidelidad guardada con una de las acepciones, que para dicho término recoge el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su vigésima segunda edición. Allí se indica, para la cuarta acepción del término discurso (del latín *discursus*), que es “reflexión, raciocinio sobre algunos antecedentes o principios”. En el mismo sentido, la séptima acepción señala que es “Doctrina, ideología, tesis o punto de vista”.

---

<sup>42</sup> Sentencia número 2000-1759, de las quince horas, nueve minutos, del veintitrés de febrero del dos mil de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Vemos que las garantías se encuentran hiladas dentro de una estructura discursiva, y de ese modo configuran las bases sobre las cuales se construye el Derecho penal liberal, entendido como una pauta orientadora y reductora del poder punitivo.

En un Estado de Derecho liberal y democrático, la existencia misma del Derecho penal constituye una garantía frente a la arbitrariedad. Como lo indica Zaffaroni, el poder punitivo no lo ejercen los jueces, sino las agencias ejecutivas (la policía y, en general, los órganos encargados de la persecución penal) y en esta medida corresponde a las agencias judiciales, echar mano del Derecho penal para contener el poder punitivo, que de otra forma se extendería sin control alguno<sup>43</sup>. Para estos efectos, el discurso garantista se integra tanto por principios limitadores sustantivos (véase los enunciados por Muñoz Conde líneas atrás), así como por garantías procesales. Incluso, en el campo de la hermenéutica, existen métodos de interpretación muy particulares, como lo son el método restrictivo, o bien, la imposibilidad de aplicar la analogía ante el silencio de la ley. La misma teoría del delito, como método lógico-dogmático que es, representa un límite a la ingerencia del Estado, pues éste deberá verificar minuciosamente que en el hecho aparentemente delictivo, se haya configurado una serie de requisitos desarrollados por la dogmática y que normalmente están incluidos dentro de la parte general de los códigos represivos.

Todos estos principios, a pesar de su heterogeneidad, están llamados a cumplir una idéntica función: recortar la influencia del poder represivo y consecuentemente, amplificar

---

<sup>43</sup> Indica el autor: “El poder de que disponen los jueces es de contención y a veces de reducción. La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planteamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma”. ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. Manual de Derecho Penal. Parte General. P. 25.

el espectro de los derechos fundamentales. Empero, en nuestro análisis, cuando nos referimos a “las garantías” aludimos especialmente a aquellas que históricamente se han consagrado en los niveles normativos superiores (constitucional e internacional) y que, de ordinario, son de orden procedimental (verbigracia, el estado de inocencia, la facultad de abstención, el derecho de defensa, entre otros).





## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **El nuevo embate antiliberal: El Derecho Penal “eficaz”**

Como bien se expuso en el esquema introductorio de la presente tesis, pretendemos hacer ver, que el tratamiento jurídico penal que se asigna al fenómeno criminal organizado, constituye un tratamiento especializado, que en muchas ocasiones sacrifica los postulados liberales sobre los que se edifica el Estado de Derecho. Dicho de otro modo, así como numerosas escuelas de pensamiento del siglo XIX plantearon sistemas teóricos groseramente violatorios de la tradición ilustrada, asistimos en la actualidad a un nuevo embate antiliberal de dimensiones y componentes novedosos. Los rasgos que definen a esta nueva afrenta del discurso garantista, pueden ser subsumidos dentro del concepto de “eficientismo” penal. Al estudio de dicho concepto, sus diversas connotaciones y su utilización dentro del paradigma de la “lucha” contra la delincuencia organizada, nos dedicaremos en las páginas siguientes.

#### **2.1 Aproximación a un concepto del eficientismo penal**

Cuando en el capítulo anterior hablamos del Derecho penal liberal, o bien, del discurso de las garantías, fue fácil advertir la existencia de un relativo consenso en caracterizarlo como un discurso de contención del poder punitivo. Asimismo, y por encontrarse el “ius puniendi” monopolizado en manos del Estado, el modelo garantista se convertía, en términos generales, en un mecanismo de limitación para el poder público y de ampliación del espectro de derechos fundamentales del ciudadano. Finalmente afirmamos,

que considerando el principio democrático plasmado en nuestro Texto Constitucional, la consagración normativa del discurso liberal (y su consecuente aplicación práctica), se imponía como una exigencia para las diversas instancias administrativas y judiciales integrantes del sistema penal.

Pues bien, cuando nos introducimos en los intentos de definición del concepto de “eficientismo penal”, los problemas se acrecientan sustancialmente. No contamos con la univocidad, por lo menos aparente, de la que goza la expresión “garantismo penal”. Esto genera problemas prácticos, pues es sabido que las más arduas disputas generadas en el campo del Derecho, son en realidad, controversias surgidas a raíz del uso del lenguaje. Por tanto, la determinación de un concepto debe ser tarea ineludible de toda investigación que pretenda estar conciente de las manipulaciones ideológicas de las cuales puede ser víctima, si omite un análisis semántico de los conceptos empleados.

Hecha la anterior aclaración, hemos de indicar que la doctrina suele remitir a variados conceptos, igualmente indeterminados, para acceder a una definición de lo que es el “eficientismo”. Así, por ejemplo, algunos lo identifican con una reelaboración del funcionalismo de la dogmática penal alemana. Para otros, se trata de un proyecto de expansión del ámbito de aplicación del Derecho penal, caracterizado por la flexibilización, desformalización o supresión de las garantías clásicas (Hassemer); o bien, lo vinculan con lo que actualmente se ha denominado “Derecho penal del enemigo” (Zaffaroni). Al mismo tiempo, se le asocia con la función meramente simbólica que cumple la legislación penal (Cancio Meliá y Chirino Sánchez). Igualmente, algún grupo de juristas adhiere a la tesis expansionista, una que apunta hacia la “administrativización” del Derecho penal (Silva

Sánchez). Incluso se ha dicho que el moderno eficientismo se enmarca dentro del concepto genérico de “seguridad ciudadana” que informa a la política criminal contemporánea (Alejandro Aponte Cardona) Por lo demás, estas diversas nociones, no son en modo alguno, excluyentes y de forma breve haremos referencia a cada una de ellas.

Por nuestra parte, consideramos que la fuente primaria a la que debemos acudir para intentar aprehender una definición de este término, es aquella que nos permita indagar en su sentido literal – gramatical. Así, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su vigésima segunda edición, nos indica que eficiencia (del latín *efficacia*) es la *“capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”*.

Entonces, tras inquirir en el sentido literal del término “eficiencia”, podemos vislumbrar que dicha locución alude a la idea de que se materialicen, en el plano de los hechos, las consecuencias deseadas y esperadas de tal o cual proyecto. Es decir, trasladando esta definición al campo que nos ocupa, es posible manifestar que el “eficientismo penal” procura que el sistema penal verifique (en concreto) los resultados que le han sido prefijados. Para conseguir tal propósito se ha recurrido a toda una serie de doctrinas – de las cuales se hizo breve mención en los párrafos anteriores – que operan como justificantes.

Debemos recordar, que el sistema penal está integrado por agencias ejecutivas (que ejercen, de hecho, el poder punitivo), así como por agencias judiciales (llamadas a contener ese poder punitivo). De este modo, las consecuencias pretendidas dependerán de cómo se

diseñe la estructura y las funciones de este sistema penal. Tal decisión es eminentemente política y normalmente corresponde al legislador.

Cuando el Parlamento, en ejercicio de sus potestades constitucionales, crea tipos penales (criminalización primaria) lo que hace es habilitar poder punitivo. Es decir, estipula que ante la comisión de determinado hecho, abstractamente regulado, el “ius puniendi” podrá y deberá intervenir. En el mismo sentido, cuando elabora la legislación procesal (tendiente a señalar los medios a través de los cuales se aplicará la norma sustantiva) permite y ordena, entre otras cosas, que la policía aprehenda al infractor; faculta al Ministerio Público para que requiera ante los Tribunales la acción penal; obliga a estos últimos a resolver el caso concreto conforme a Derecho y permite al sujeto imputado contar con la asesoría técnica de un abogado, etc.

En suma, el diseño del sistema penal recoge los objetivos políticos imperantes en una sociedad en un determinado momento. Sin embargo, no se pretende que tal diseño permanezca en el papel, sino que se posee la esperanza (algunas veces tremendamente ilusa) de que ese sistema penal cumpla con su cometido; o lo que es lo mismo, que produzca efectos en el plano fáctico. Más adelante nos daremos cuenta de que en muchos casos, el sistema penal es absolutamente incapaz para lograr los objetivos que se le asignan, y es así como su eficacia deviene en algo meramente simbólico.

Cuando el sistema penal comienza a operar y, sin embargo, se percibe que no está cumpliendo con su finalidad, se reclama que carece de eficacia. Así, por ejemplo, se arguye que es ineficiente porque las investigaciones penales no logran culminar en

sentencia sobre tal o cual individuo. Se reclama que tal o cual norma “frustra” la acción policial, o bien, se alega que es ineficiente porque no regula del todo algunos hechos que se consideran riesgosos y dignos de tutela jurídico penal (así, por ejemplo, el crimen organizado).

Es en estos supuestos que la opinión pública clama por una respuesta y el Estado responde con legislación que aduce resolver los “problemas” de “forma eficaz”. No obstante, es menester señalar, que este fenómeno se reproduce “ad infinitum”, pues debemos aceptar como premisa, que siempre se podrá argumentar que la eficiencia puede ser aumentada.

Ahora bien, esa demanda por “eficiencia”, como indicamos en el inicio de la presente sección, intenta ser atendida de diversas formas. A ellas nos referiremos de seguido.

## **2.2 El funcionalismo sistémico y su conexión con el enfoque eficientista**

El funcionalismo es una corriente de pensamiento desarrollada por autores anglosajones en el siglo XX, la cual parte de un ideal orgánico de la sociedad, en donde las instituciones se explican sobre la base de sus consecuencias, las cuales se encuentran predeterminadas por una específica estructura de poder. Arguye que *“la sociedad se contempla como un complejo organismo armónico integrado por miembros que*

*desarrollan una “función” específica, lo que permite la coherencia del sistema y contribuye a su desarrollo dinámico”<sup>44</sup>*

Su impulso se debe esencialmente a la sociología; la cual ha identificado como padre del funcionalismo sistémico al pensador francés Emile Durkheim. Asimismo, el sociólogo estadounidense Talcott Parsons y el alemán Niklass Luhmann, contribuyeron con el perfeccionamiento de importantes postulados dentro de este movimiento.

En el Derecho penal, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la dogmática jurídica incorporó algunas de sus tesis. Con ello pretendía superar las falencias que había supuesto el neokantismo, el cual preconizaba un discurso aséptico y aislado de los datos sociales. El funcionalismo, en cambio, buscaba acercar la ciencia penal a la realidad social y con ello adoptar el empirismo como método de trabajo. Destacan fundamentalmente los trabajos de Jakobs y Roxin. Al respecto indican Hugo Mario Sierra y Alejandro Salvador Cantaro:

*“A partir de los años 70 del siglo pasado, comenzaron los ensayos de una construcción sistémica funcional, según la cual los conceptos jurídicos penales no pueden prescindir de sus fines penales (político-criminales o políticos en general) ni tampoco están dispuestos por la naturaleza ni por datos ónticos, sino que se construyen exclusivamente en función de los*

---

<sup>44</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 188.

*objetivos penales prefijados. Se trata de una corriente que recibe fuerte influencia del funcionalismo sistémico sociológico.”<sup>45</sup>*

Si bien el funcionalismo puso mayor énfasis en la dogmática y sus esquemas lógicos, es factible señalar la existencia de un parentesco entre éste y los modernos enfoques eficientistas a los cuales hemos aludido. Esto se percibe al reparar en la argumentación orientada a afirmar que el sistema penal, entendido como subsistema accesorio del sistema social, debe ser “funcional” o “eficaz” para conservar un pretendido equilibrio.

No obstante lo anterior, en este punto descansa la incongruencia del funcionalismo, en relación con el discurso de las garantías: se trata de una búsqueda de la funcionalidad en donde el individuo resulta instrumentalizado y en ese entendido el respeto de sus derechos y garantías pasa a ocupar un plano secundario. Esto será un rasgo recurrente en las diferentes perspectivas eficientistas. Como bien lo señala Velásquez:

*“Cuando se reduce al individuo a un “subsistema físico-psíquico, funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social en general, esta doctrina tiene que acompañarse de modelos de derecho penal máximo e*

---

<sup>45</sup> SIERRA HUGO MARIO Y CANTARO ALEJANDRO SALVADOR. Lecciones de derecho penal: parte general. Bahía Blanca, Argentina. Primera edición, Editorial de la Universidad Nacional del Sur – Ediuns, 2005. P. 148.

*ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona*<sup>46</sup>

Un criterio opuesto a este enfoque crítico se asienta en la tesis de Silva Sánchez, para quien el proceso dirigido a la obtención de respuestas funcionales, no resulta irreconciliable con una crítica del fenómeno expansivo que él mismo describe en su obra. Es decir, para el autor ibérico es posible adherirse a una propuesta que abogue por un Derecho penal mínimo y a la vez, funcional.<sup>47</sup>

### **2.3 La administrativización del Derecho penal**

Con este nombre se designa al proceso por medio del cual, aspectos de la vida social que tradicionalmente se han ubicado dentro del ámbito de regulación del Derecho administrativo, han emigrado al Derecho penal con el propósito de adquirir tutela a través de las formas particulares sobre las cuales se construye este sector del ordenamiento jurídico.

Para los efectos de nuestra exposición, baste señalar que tal utilización del Derecho penal, en términos generales, obedece a un fenómeno reciente en virtud del cual se ha abandonado la consigna restrictiva del orden represivo (símbolo del liberalismo penal), y se

---

<sup>46</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 192. En la misma línea argumentativa, relativa a la aparente incompatibilidad de las tesis funcionalistas con el Estado de Derecho, ver ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. Manual de Derecho Penal. Parte General. P. 268, 269.

<sup>47</sup> "...la percepción crítica del proceso de expansión del Derecho penal no resulta en absoluto incompatible con la defensa de un modelo funcional del Derecho penal. Muy al contrario, a las consideraciones efectuadas debe añadirse, para concluir, que dicho modelo abre la puerta a consideraciones críticas sobre la posibilidad de una disfuncionalidad por exceso de punición que no son, desde luego menospreciables." SILVA SÁNCHEZ op. cit. P.130.



le ha sustituido por otra que responde a un interés generalizado de punición sobre un variado elenco de conductas acerca de las cuales, se estima, ponen en riesgo la estabilidad del orden social<sup>48</sup>. Las razones que han conducido a este frenesí punitivista son de origen variado, y su estudio excedería los alcances del presente trabajo; sin embargo, es posible mencionar, a título ilustrativo, la incapacidad de algunos mecanismos de control social (familia y sistema educativo, entre otros) para conducir las relaciones intersubjetivas de forma tal que se muestren respetuosas del orden jurídico. De igual forma, es dable plantear el mismo reproche hacia otros fragmentos del ordenamiento jurídico que se han visto impotentes para solventar la conflictividad social de forma oportuna. También resulta posible mencionar acá la “fascinación social por la violencia” que muestra la colectividad; habida cuenta de que la aplicación del Derecho penal tiene por efecto la habilitación del poder punitivo, que no es más que el empleo de una violencia institucionalizada.

En estos planteamientos existe un denominador común: se estima que para el hecho social considerado en abstracto, existe una posibilidad lógica de ser regulado por diversos mecanismos jurídicos; sin embargo se opta por el Derecho penal, pues con base en éste (se argumenta) es viable obtener una respuesta de mayor eficacia que plasme, a través de la sanción, la voluntad estatal. Aquí justamente reside la vinculación de la administrativización del Derecho penal con el eficientismo.

---

<sup>48</sup> Es decir, la administrativización del Derecho penal constituye una arista más que integra el fenómeno, más amplio, de expansión del Derecho Penal. Como bien lo denuncia Cancio Meliá: "Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la “expansión” del Derecho Penal. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores”. CANCIO MELIÁ MANUEL y JAKOBS GÜNTER. Derecho penal del enemigo. Madrid, España. Primera edición, Ediciones Civitas, 2003. P. 62.

Entre el Derecho administrativo y la normativa penal existen diferencias de tipo cualitativo. Se ha argumentado por la doctrina que el primero se rige, entre otros, por el principio de ubicuidad, según el cual el Derecho administrativo se encuentra presente en casi todas las facetas de la actividad humana. Recuérdese que el Derecho administrativo disciplina las relaciones entre el administrado y el poder público<sup>49</sup>, y bajo esta premisa es plausible colegir que su campo de acción material es sumamente amplio, pues incluso en actividades, que se podría pensar, son de naturaleza eminentemente privada (por ejemplo, emprender un negocio), la Administración Pública debe intervenir, ya sea para autorizar, o bien, para fiscalizar el desarrollo de tal iniciativa (piénsese en el otorgamiento de una patente por parte del ente municipal).

En este sentido *“se afirma que el Derecho Administrativo busca, con mayor intensidad que otras ciencias jurídicas, modificar la realidad o la sociedad a la que se aplica.”*<sup>50</sup>

Para cumplir con su cometido, el Derecho administrativo plasma esquemas generales de regulación jurídica para las distintas actividades de la vida social, las cuales, como se indicó, son de una composición extensa y heterogénea, que abarca tanto las funciones que competen exclusivamente a los entes u órganos públicos (salud, seguridad, educación), como aquellas, que si bien son de esta misma clase, pueden ser desarrolladas

---

<sup>49</sup> Jinesta Lobo lo define como “el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan lo concerniente a la organización y función de las Administraciones Públicas y sus relaciones jurídicas con otros sujetos.” JINESTA LOBO, ERNESTO. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I (Parte General). Medellín, Colombia. Primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, 2002. P. 142

<sup>50</sup> *Ibíd.* P. 142.

por un sujeto particular bajo supervisión estatal (medicina o educación privada). Asimismo, asume potestades de control sobre conductas privadas, fundado en criterios de interés público (por ejemplo, las pautas legales o reglamentarias que ordenan la conducción vehicular, o la registrabilidad de los bienes, por citar tan sólo dos ejemplos).

En sentido contrario, el Derecho penal se caracteriza por poseer ciertos rasgos, que en principio, parecen opuestos a los que de forma somera hemos enunciado como privativos del Derecho administrativo. Si éste posee unas dimensiones extensas, aquel está llamado a intervenir únicamente en casos extremos que evidencien una lesión, o por lo menos un peligro (real o presunto), para un bien jurídico. Dicho de otro modo, si el Derecho Administrativo se funda en la ubicuidad, el Derecho penal lo hace en el principio de última ratio.

Del mismo modo, como se apuntó, el Derecho Administrativo pretende modificar la conducta de los administrados orientado por unas pautas que tienden a la consecución del interés general de la comunidad. El Derecho penal, por su parte, reacciona en el tanto y en el cuanto un hecho punible se haya verificado en el plano de los hechos. Es decir, es reactivo y no preventivo.

La Administración Pública, además, ostenta una potestad sancionatoria, la cual instituye para reforzar su gestión y conferirle coercibilidad. Es justamente esta prerrogativa la que paulatinamente se ha ido trasladando al campo jurídico penal. Al respecto comenta Silva Sánchez, en relación con el ordenamiento administrativo:

*“Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las “grandes cifras”; “el problema estructural” o “sistémico”).”<sup>51</sup>*

Tras un análisis cuidadoso de la cita anterior, se revelan las primeras inconsistencias que definen al proceso de administrativización del Derecho penal. Véase que el ordenamiento jurídico administrativo tipifica sanciones con la finalidad de dirigir, en uno u otro sentido, el comportamiento de los administrados dentro de un determinado sector de la colectividad. Un buen ejemplo de este razonamiento lo encontramos en un caso que analiza el mismo Jesús María Silva Sánchez y que es relativo a la conducción vehicular, bajo los efectos del alcohol. En este supuesto, el legislador valora que un comportamiento generalizado de este tipo (o sea, que una elevada cantidad de individuos conduzcan sus vehículos en estado de ebriedad) supondría un grave riesgo para el conglomerado social; es decir, desde una perspectiva macro, representaría un gran problema. Con base en tal constatación, se resuelve prohibir dicha conducta y, para efectos del reforzamiento de la prohibición, se le acompaña de una correlativa sanción, que debe imponerse a quien sea sorprendido transgrediendo el precepto. En un análisis de este tipo, lo usual es que la determinación de prohibir la conducta, por considerarla lesiva a nivel sistémico, sea precedida de un estudio estadístico que revele la plausibilidad de la decisión.

---

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ op. cit. P.137.

Del otro lado, cuando se elabora la política criminal, no se hace con la intención de ordenar una determinada área de la conducta social, sino que simplemente se pretende tutelar un bien jurídico, considerado esencial para la convivencia pacífica; y para estos efectos, se crea un tipo penal que lo protege. Si bien es posible (e incluso deseable) que el legislador efectúe un análisis, que tome en cuenta los datos sociales (para lo cual la interdisciplinariedad es primordial), la razón última para la creación de un delito no puede radicar en la “organización” de la conducta de los individuos; por lo menos no en un Derecho penal mínimo como el que, por mandato constitucional, debe imperar en nuestro sistema jurídico. No obstante lo anterior, es precisamente este el uso que se le ha dado al Derecho penal en épocas recientes. Se le ha utilizado como un instrumento más del poder público, para dirigir sus relaciones con los ciudadanos<sup>52</sup>.

Siguiendo con el ejemplo reseñado anteriormente, la realidad costarricense demuestra, que para un tema de naturaleza administrativa, como la reglamentación de la conducción vehicular, se ha optado por criminalizar la conducta de quien conduce bajo los efectos del licor. Ello, con prescindencia de que se haya violado un bien jurídico en concreto. Incluso la imposición de una pena devendría ajustada a Derecho para el caso de quien conduzca en estado de ebriedad y no protagonice accidente alguno. Es decir, se habilita la aplicación del poder punitivo, sin que haya mediado lesión al bien jurídico<sup>53</sup>, con lo cual el discurso liberal se debilita dando paso a un moderno autoritarismo.

---

<sup>52</sup> “La progresiva transformación del Derecho penal, en las modernas sociedades de comportamientos masivos, en un elemento más del Derecho de gestión es, a partir de lo anterior, bastante clara. Parece claro que, también para el Derecho penal, lo decisivo empieza a ser el problema de las grandes cifras y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual”. *Ibíd.* P. 143.

<sup>53</sup> Este fenómeno también es estudiado por Díez Ripollés, cuando señala que existe un: “Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo; dentro de esa tendencia, los delitos de

Este cambio de paradigma le traslada al Derecho penal funciones que históricamente le han sido ajenas, y coadyuva así a su fenómeno de inflación<sup>54</sup>. Por lo demás, en la medida en que se haga uso de él para evitar disfuncionalidades – como las que se generarían, siguiendo con nuestro ejemplo, si todos los conductores utilizaran sus vehículos bajo los efectos del licor – opera como un factor tendiente a la búsqueda del equilibrio sistémico y, con ello, se vincula con el enfoque funcionalista que estudiamos en el acápite anterior.

#### **2.4 Desformalización del sistema penal: la sociedad de riesgos y la lógica de la emergencia como fundamento del eficientismo penal**

Si bien, tanto el enfoque funcionalista, como el fenómeno recién estudiado de la administrativización del Derecho penal, constituyen verdaderos programas tendientes a ubicar la “eficiencia” del sistema penal, como el punto medular que debe caracterizarlo en el contexto actual, debemos hacer hincapié en que el concepto, que según nuestro modo de ver las cosas, mejor se vincula con las tesis eficientistas, es el que apunta hacia la

---

peligro concreto ceden terreno frente a los delitos de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador...” DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires, Argentina. Primera edición, Editorial B de F, 2007. P. 136.

<sup>54</sup> Así se pronuncia también Zaffaroni, quien plantea que: “Existe un fenómeno relativamente reciente, que es la llamada *administrativización del derecho penal*, caracterizado por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones públicas (especialmente en el ámbito impositivo, societario, previsional, etc.), que banaliza el contenido de la legislación penal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en responsabilidad objetiva y, en general, privilegia el estado en relación con el patrimonio de los habitantes.” ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina. Primera edición, Editorial Ediar, 2000. P. 11.

desformalización o flexibilización de los institutos jurídico penales. Ahora bien, en modo alguno se trata de un tópico incompatible con los dos analizados en las secciones anteriores, sino que, por el contrario, se encuentran en una relación de interdependencia.

Acá se pone énfasis en la supuesta necesidad de contar con cuerpos legales de naturaleza “flexible”, que resalten la importancia de poseer institutos en los cuales las formas resulten accesorias, en relación con la búsqueda de la eficacia (interés supremo). Se justifica tal postulado indicando que solamente se podrán materializar los fines para los cuales fue creado un instituto, si se le libera de las formas jurídicas que lo oprimen. Dicho de otro modo, se conciben los formalismos como limitantes irracionales a la pretensión punitiva del Estado, y en este proceso, muchos de los derechos y garantías sufren una “reinterpretación”, lo que en la práctica implica su relativización e incluso supresión ante determinados supuestos de hecho.

Como se anotó en los párrafos introductorios del presente trabajo, la globalización simboliza uno de esos grandes temas que difícilmente quedan por fuera de los análisis más recientes de las ciencias sociales. Se trata esencialmente de un fenómeno económico, que a grandes rasgos, pretende (por lo menos en un nivel programático) poner fin a las barreras que supone el tradicional concepto de Estado-Nación, con la finalidad de mundializar el escenario en donde se desenvuelven los mercados y el sistema financiero. Ello apareja otra serie de consecuencias, como la notable preponderancia que adquieren los instrumentos jurídicos dirigidos a la creación de mercados comunes y, en general, a la implementación de sistemas de integración regional, normalmente acompañados del establecimiento de

diversos organismos supranacionales. Todo esto, a su vez, se inscribe dentro de una coyuntura en donde la tecnología y las comunicaciones avanzan a pasos vertiginosos.

Actualmente se afirma que nos encontramos dentro de la era post industrial determinada, según vimos, por la globalidad de los acontecimientos. Ello origina nuevos riesgos e intensifica otros preexistentes. Así, se ha acuñado el concepto de sociedad del riesgo<sup>55</sup>. Originalmente se utilizó para aludir a los riesgos propios de la era atómica (sobre todo tras la catástrofe de Chernobil), pero en las últimas dos décadas sus alcances se han venido extendiendo para abarcar nuevos escenarios, tales como los riesgos que entraña la relación abusiva del ser humano con el medio ambiente, así como otros derivados de la seguridad alimentaria, los progresos en la informática y la electrónica, entre otros. Los nuevos riesgos se caracterizan por repartirse de forma relativamente igualitaria dentro de la colectividad, en el sentido de que todos, en mayor o menor medida, debemos soportarlos.

Como lo señala Silva Sánchez, a lo largo del siglo XIX e inclusive durante la primera mitad del siglo XX, la era industrial construyó, desde la dogmática jurídico-penal, el concepto de riesgo permitido. Con él se pretendía aludir a la idea de una tolerancia mostrada por la sociedad, hacia todas aquellas catástrofes o accidentes acaecidos como

---

<sup>55</sup> El concepto de “sociedad del riesgo” se atribuye al sociólogo alemán Ulrich Beck, quien con su obra de 1986, *La sociedad del riesgo*, introdujo elementos a la discusión sociológica que pronto se trasladaron al campo político y jurídico. Argumenta el autor que: “Con la extensión de los riesgos de la modernización (con la puesta en peligro de la naturaleza, de la salud, de la alimentación, etc.) se relativizan las diferencias y los límites sociales. De ahí se siguen extrayendo consecuencias muy diversas. Sin embargo, *objetivamente* los riesgos despliegan dentro de su radio de acción y entre los afectados por ellos un efecto *igualador*. Ahí reside precisamente su novedosa fuerza política (...) Esto queda más claro aún si tomamos en consideración el modelo especial de reparto de los riesgos de la modernización: éstos poseen una *tendencia inmanente a la globalización*. A la producción industrial le acompaña un universalismo de los peligros, independientemente de los lugares de de su producción...” BECK ULRICH. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, España. Ediciones Paidós Ibérica, 1998. P. 42.



consecuencia del desarrollo industrial. Se entendía que eran costes propios de la Revolución industrial que debían ser soportados en amplia medida. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de la industria automovilística, la cual en sus inicios poco se ocupó de la alta tasa de mortalidad que se registraba en los accidentes atribuidos a la conducción vehicular. No fue sino hasta décadas después cuando se comenzaron a idear mecanismos tendientes a reducir tales cifras. Así, en 1959, la industria sueca Volvo crea el cinturón de seguridad como dispositivo llamado a reducir el riesgo de mortalidad en el evento de un accidente.

En la fase post industrial, por su parte, parece haber una menor disposición de la sociedad a tolerar tal clase de riesgos y, de ese modo, como lo señala el autor español *“nos hallamos, pues en un modelo de sociedad orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada.”*<sup>56</sup> No obstante, la vinculación de los riesgos con sus causas, y más importante aún, con las conductas humanas creadoras de éstos, ha resultado una tarea en sumo grado difícil, lo cual ha conducido a, que en el momento en que el Derecho penal pretende la imputación personal de estos riesgos, *“acabe dando lugar a procesos de despersonalización y, sobre todo, de a-moralización (esto es, de pérdida de contenido moral) en la imputación.”*<sup>57</sup>

Por su lado, la doctrina jurídico penal no ha tardado en reconocer que la globalización concede novedosas facilidades al fenómeno delictivo, para concretar sus pretensiones. Así, la sensación de inseguridad se contabiliza como un riesgo más, y su

---

<sup>56</sup> SILVA SÁNCHEZ op. cit. P. 37.

<sup>57</sup> Ibíd. P. 42.

mención representa un lugar común, no sólo a nivel del entramado social, sino también en los círculos de discusión académica. Esto conduce a la formulación de demandas sociales que pretenden, a través de la punición, recuperar la tranquilidad. Se trata de la utilización del aparato penal como un instrumento más dentro del conglomerado de políticas públicas<sup>58</sup>. En tales demandas se aloja una idea reiterada: el mundo globalizado arroja riesgos otrora impensables y, en ese sentido, origina una emergencia, a la cual se debe hacer frente, a través de mecanismos excepcionales.

La argumentación que preside la discusión actual queda más clara al plantear la siguiente analogía: así como ante una catástrofe natural, no resultaría razonable que el poder público ajustase su intervención a todas las estipulaciones burocráticas, que normalmente delimitan sus competencias, en un escenario de criminalidad exacerbada y formidablemente lesiva, sería imprudente someter a las agencias del sistema penal a todas las formalidades que usualmente sujetan su actuación. Acerca de la corrección y el rigor lógico de semejante comparación nos referiremos oportunamente.

La estructura discursiva de emergencia ha sido una constante en la historia del poder punitivo. Se ha ido adaptando según los tiempos a las condiciones sociales imperantes, variando así su contenido, más no su estructura formal. Por citar un ejemplo, el comunismo se concibió durante, prácticamente todo el siglo XX, como una amenaza, objeto de estudio y reacción, desde el ámbito del Derecho y la política. En la actualidad, numerosos

---

<sup>58</sup> “todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal.” DÍEZ RIPOLLÉS op. cit. P. 133.

fenómenos ligados con el concepto de “globalización” suelen ser calificados como emergencias.

El discurso legitimante de emergencia se funda con el *Malleus Malleficarum*, texto al que hemos hecho referencia en el capítulo anterior. Sin embargo, por más disímiles que sean los hechos que hoy se cobijan bajo esa denominación unitaria de “discurso de emergencia”, es posible determinar la existencia de algunos caracteres comunes. Zaffaroni enuncia, entre otros, el armamentismo del discurso, lo cual significa que la amenaza criminal es sofisticada, organizada y posee un enorme potencial bélico. Asimismo, se sataniza y descalifica a aquellos que ponen en duda la idoneidad del poder punitivo, para hacer frente a los problemas sociales. Igualmente, se considera al perseguido como un sujeto inferior y para ello opera toda una serie de prejuicios y estereotipos. Por ejemplo, cuando la emergencia es la violencia callejera, se estima que los individuos pertenecientes a tales o cuales clases sociales, o incluso a algunos grupos étnicos, son mayormente proclives a la criminalidad. Finalmente, se acentúa el miedo, de forma tal que se conduce a una histeria colectiva, frente a la cual se ofrece al poder punitivo, como el único medio disponible para combatir el peligro y tranquilizar a la población. Así, y frente a la amenaza, se arguye la necesidad de crear un poder de “excepción” que en muchas ocasiones termina convirtiéndose en regla.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Respecto de las características generales de las estructuras discursivas de emergencia véase ZAFFARONI EUGENIO RAÚL Y OTROS. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. P. 200. Una argumentación similar se encuentra en el texto del mismo autor. *El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos* en *En torno de la cuestión penal*. Montevideo, Uruguay. Editorial B de F, 2005

Así las cosas, cuando en este apartado aludimos a la desformalización o flexibilización del sistema penal, nos referimos a una corriente ideológica fundada en la creencia de que, dado el escenario de emergencia y riesgos en donde se desarrollan los eventos sociales en la era post industrial, deviene en imperativo construir un Derecho penal de excepción. Se argumenta que la estricta aplicación de aquellos institutos propios del Derecho penal liberal, conduciría a una catástrofe mayor, que impediría al sistema responder eficazmente.

Sin embargo, vale la pena recordar, cuál fue la razón histórica que motivó el surgimiento de los formalismos cuya validez hoy se deslegitima. Tal interrogante, creemos, quedó respondida en el capítulo anterior, en donde estudiamos cómo el discurso de las garantías surgió, precisamente, bajo la modalidad de una reacción crítica que cuestionaba el discurso de emergencia imperante en el momento. Se buscaba alcanzar un equilibrio entre las libertades civiles y el poder. Este equilibrio se materializaría, en el tanto la autoridad pública se encontrase limitada por ley y a la vez, garantizase el conjunto de derechos fundamentales del ciudadano.

Tal vez el formalismo más emblemático y origen de los demás, lo encontramos en el principio de legalidad, el cual marcó el tránsito hacia la experiencia jurídica moderna y se consolidó como parámetro de legitimación de las normas jurídicas y de validez de los actos del poder público<sup>60</sup>. En la actualidad también se encuentra devaluado, como lo demostraremos más adelante con algunos casos reales.

---

<sup>60</sup> “Bajo ambos aspectos el *principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra

La idea misma de las formalidades que acompañan a los procesos penales, fue reconocida por Beccaria, y en este sentido resulta ilustrativo recordar lo dicho por el autor:

*“Las formalidades y las ceremonias son necesarias en la administración de justicia, tanto porque nada se deje al arbitrio de la administración, como porque dan idea al pueblo de un juicio no tumultuario e interesado, sino estable y regular; porque sobre los hombres imitadores y esclavos de la costumbre, hacen más eficaz impresión las sensaciones que los racionios”*<sup>61</sup>

De la cita precedente se deducen dos caracteres que son fundamentales en un proceso jurisdiccional: la interdicción de la arbitrariedad (“nada se deje al arbitrio de la administración”) y el carácter simbólico que reviste la justicia penal. En cuanto a este último, se pone énfasis en la necesidad de contar con un “juicio estable y regular”, lo que bien puede referirse al elenco de garantías que integran estos procesos. Así, por ejemplo, la publicidad del debate, las formas que disciplinan el desarrollo de los interrogatorios, e incluso la forma que debe asumir la sentencia, entre otros. En el caso de la publicidad, se pretende abrir al escrutinio público la función jurisdiccional, por su lado, las normas que moderan el interrogatorio son establecidas con la intención de garantizar que el deponente brinde una declaración veraz, que contribuya a reconstruir los hechos, y finalmente, en el caso de la sentencia, se pretende que el sentenciado (y la comunidad en general) cuente con

---

parte, de las válidas, es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno estado de derecho” FERRAJOLI LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. P. 869.

<sup>61</sup>BECCARIA CESARE op. cit. P.21.

un documento en donde de forma razonada, se expongan los hechos y argumentos jurídicos que sostienen la decisión judicial.

En suma, cada forma se encuentra plasmada en función de la tutela de los derechos que asisten a los ciudadanos. Sin embargo, el moderno efficientismo penal, se orienta por un menosprecio de éstas, pues las entiende como obstáculos que no resulta razonable tolerar en el contexto de anomia, que caracteriza al mundo globalizado.

A nuestro juicio, en esto ha operado una confusión entre el valor que asumen las formas en otras áreas de la praxis judicial, en relación con su rol dentro del sistema penal. Así, por ejemplo, muchas de las tendencias reformadoras del Derecho procesal civil, desarrolladas en las últimas décadas, han puesto en evidencia la manifiesta inutilidad que asumen para el proceso civil, muchas de las clásicas “fórmulas sacramentales”. Asimismo, se ha denunciado su contradicción precisamente con el esquema de garantías consagrado en la Constitución (entre otras razones, debido a lo oneroso que resulta litigar en dicha sede y la consecuente violación a la garantía de acceso a la justicia). No obstante, creemos haber expuesto con suficiente amplitud que en materia penal, las formas, más bien, equivalen a las garantías estatuidas para contener la arbitrariedad, que de otra forma, imperaría con la intervención del poder punitivo.

Señala el autor brasileño Luis Flávio Gomes, de modo congruente con lo ya expuesto:

*“La Justicia penal, como se sabe, nació formalizada porque el Estado Moderno fue creado bajo la vigencia del principio de legalidad. Estado moderno, principio de legalidad y jurisdicción (particularmente penal) forman la trilogía base del Estado de derecho liberal, fundado en la tripartición de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Pero particularmente después de la Segunda Guerra Mundial lo que se nota es la casi total flexibilización de todas las garantías penales y procesales. El pragmatismo-eficientista es la nota del Derecho criminal en esta era de la globalización. Lo que importa es que el sistema sea eficiente, que alcance sus resultados programados, mismo que con un alto costo en el sentido de cortes de derechos y garantías fundamentales.”<sup>62</sup>*

Así las cosas, se han venido introduciendo en las diferentes ordenanzas procesales, reformas tendientes a simplificar la labor de los órganos encargados de la promoción de la acción penal (principalmente de la Policía Judicial y el Ministerio Público).

El ordenamiento jurídico costarricense no ha escapado a esta tendencia y más bien la ha intensificado. Asimismo, son particularmente interesantes los medios jurídicos empleados para introducir las reformas tendientes a buscar la “eficiencia”. Para ilustrar el fenómeno indicado anteriormente, conviene citar un ejemplo de gran actualidad dentro de nuestro sistema legal. Nos referimos al caso de la aplicación de la oralidad dentro de los procesos penales.

---

<sup>62</sup> FLÁVIO GOMES LUIS. *Globalización y Derecho Penal (en homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba)*. En *El Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*. Mendoza, Argentina. Primera edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005. P. 210.

Como es sabido, nuestro actual Código Procesal Penal, que entró en vigencia el primero de enero de 1998, pretendió consagrar en las diversas etapas procesales, el principio de la oralidad. El anterior código de rito, de 1973, había regulado – de forma novedosa – una fase de debate oral. Posteriormente, y tras la constatación de que la oralidad era un importante instrumento para alcanzar un proceso verdaderamente democrático y garantista, se buscó que el nuevo Código reglamentara su aplicación en las restantes fases del proceso (preparatoria e intermedia). No obstante lo anterior, y tras casi una década de vigencia de la normativa procesal, los litigantes, jueces y algún sector de la doctrina nacional, acusaron la inaplicabilidad de la oralidad en la práctica.

A esto se unieron las críticas respecto de la escasa celeridad del proceso. Se argumentaba que los casos penales debían ser resueltos de forma más “eficiente”, pues caso contrario se difundía a la opinión pública una imagen de “impunidad”.

Estos factores influyeron para que los órganos competentes del Poder Judicial decidieran emprender una reforma del sistema procesal, en lo atinente a la aplicación del principio de la oralidad. Las reformas introducidas se hicieron irrespetando el principio de legalidad, del cual, y según vimos líneas atrás, es la más importante de las formalidades. Esto por cuanto, a través de una simple circular (número 72 del año 2007), la Corte Suprema de Justicia modificó el procedimiento cautelar en lo referente a las formalidades de interposición y resolución de los recursos; los cuales, en adelante, deberían ser formulados y resueltos oralmente. Lo anterior en abierta contradicción con las



disposiciones del Código Procesal Penal, el cual en ningún momento, sufrió una enmienda en la Asamblea Legislativa.

En este caso operó una grosera violación del artículo primero del Código Procesal Penal (principio de legalidad). Sin embargo, lo más cuestionable no es la violación del precepto legal en sí, sino la afectación de garantías que dicha modificación, a través de una circular, significó para los sujetos procesales. Piénsese, por ejemplo, que la necesidad de que una resolución conste por escrito, radica en que tal documento es de fácil acceso para las partes y, sobre todo, para el imputado. No obstante, una resolución que se dicte de forma oral, a lo sumo, puede quedar constandingo en un dispositivo tecnológico como lo sería un disco compacto. En este sentido, los inconvenientes para reproducir dicho disco, se incrementan sustancialmente, máxime si el encartado está privado de libertad. En este entendido es plausible pensar que en el medio carcelario en donde se encuentra recluido, deviene en tarea imposible poder acceder al documento – vídeo, y por ende, carece de la posibilidad de conocer los argumentos de hecho y de derecho, en que se fundó el órgano jurisdiccional para determinar su encierro preventivo. Es así como se verifica una afectación al derecho de defensa material.

Sin embargo, la corriente “eficientista” intenta imponer una lógica que considera tal modificación del procedimiento como conveniente, necesaria y, a la vez, respetuosa de las garantías.

Otro caso de modificación al ordenamiento procesal lo podemos encontrar en la reciente tendencia de nuestro Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, de dictar

sentencias orales. De nuevo se reproduce la violación anteriormente descrita, pues no sólo se quebranta la ley, sino que se afecta el derecho de defensa de la persona sometida al proceso penal. Incluso, en el supuesto de que la sentencia no implique que el procesado deba ir a prisión (pensemos que se le otorga el beneficio de ejecución condicional de la pena, o bien, que se trata de una pena de multa), surge el problema de que la persona no posea los medios (entiéndase, televisor y reproductor de DVD) para imponerse del contenido de la sentencia. Esto, repetimos, sin entrar a considerar que ya de por sí, se irrespeta el Derecho vigente. Así, por ejemplo, el numeral 363 del Código Procesal Penal – que no ha sido reformado por vía legal – indica en su inciso e, que uno de los requisitos de la sentencia, es la firma de los jueces. El término “firma”, debe entenderse en el sentido de rúbrica estampada sobre el papel, toda vez que el moderno concepto de “firma digital” aún no se encuentra incorporado dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Estos dos ejemplos describen de forma detallada, cómo opera en la práctica la tendencia de “desformalizar” la praxis judicial. En ambos casos la garantía vulnerada fue el derecho de defensa. No obstante, existen proyectos de reforma que pretenden extender la ausencia de formalismos a institutos como el allanamiento, o bien, la intervención de las comunicaciones privadas. Se estima que deben “flexibilizarse” los supuestos legales que regulan su aplicación, pues ello redundaría en un beneficio para los fines de la investigación criminal.

Creemos conveniente concluir esta sección, citando al profesor brasileño Luis Flávio Gomes, quien resume lo acontecido en la política criminal contemporánea con meridiana precisión:

*“Para alcanzar la meta de la efectividad, profundas alteraciones están ocurriendo en el área del proceso penal, casi siempre orientadas a la aceleración del procedimiento, agilización de la instrucción y rapidez de la justicia, con el corte de derechos y garantías fundamentales para facilitar la operatividad de la intervención penal.*

*El funcionamiento del libre mercado aliado al ejercicio tendencialmente autoritario del poder que se verifica especialmente en los países (periféricos) de democracia más formal que sustancial, por el que se viene evidenciando, implica en la postergación o superación del liberalismo político clásico, que es personalista (respecto a la dignidad humana) y garantizador; eso significa que cada día se amplían las restricciones a las libertades democráticas y se flexibilizan las garantías.”<sup>63</sup>*

## **2.5 Ponderación de intereses y la eficacia simbólica de la legislación penal**

Cuando el operador jurídico opta por adherirse a la corriente que propugna la flexibilización o desformalización del sistema penal, en el fondo efectúa una determinada ponderación de los intereses que están en juego. Algunas veces no está consciente de la trascendencia de la decisión adoptada, pero lo cierto es que allí, en su valoración subyace una particular concepción del rol que desempeñan los derechos y garantías dentro del Estado de Derecho.

---

<sup>63</sup> FLÁVIO GOMES LUIS op. cit. P. 219.

Resulta llamativo lo dicho por Hassemer cuando afirma que: “...*el miedo a una Administración de Justicia penal ineficaz se erigió en el argumento principal en contra del debilitamiento o atenuación de las medidas coactivas procesales*”<sup>64</sup> Es decir, el temor hacia una ineficacia generalizada, ha sido la causa por la cual se ha inclinado la balanza en favor de la desformalización.

En esta sección, nos ocuparemos de ver cómo la desformalización del sistema penal implica una elección en donde los derechos fundamentales y sus correspondientes garantías, son desplazados por un discurso cuya consigna es la búsqueda de la eficacia. Debemos prestar atención al hecho de que tal valoración ocurre, por lo menos, en tres distintos niveles del sistema. En primer lugar, se verifica de forma abstracta y general cuando el órgano legislativo emite la normativa jurídico penal, que finalmente, no alcanza más que efectos simbólicos. Seguidamente ocurre en el plano ejecutivo o administrativo; es decir, en las reglamentaciones que atañen a la implementación de la normativa previamente dictada. Un claro ejemplo de esto lo vemos en los dos casos comentados en el acápite anterior, en donde los órganos administrativos del Poder Judicial crean normas (circulares, directrices) a través de las cuales modifican el marco legal dado. Finalmente, la ponderación se da también en el ejercicio de la función jurisdiccional, cuando el juez toma partido por tal o cual argumento, o bien, interpreta el texto en un sentido u otro.

En el caso de la producción de normas legales, debemos recordar que el fenómeno de la desformalización pertenece a un contexto en donde – dada la percepción de

---

<sup>64</sup> HASSEMER WINFRIED. El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “eficaz”. En Revista de Ciencias Penales, año 5, número 8, marzo de 1994.

inseguridad y riesgo que existe – surge la necesidad de crear normativa especial o de excepción. A estos efectos, resulta representativo lo dicho por la Ley Contra la Delincuencia Organizada de la República de Guatemala (sobre la que tendremos ocasión de referirnos más adelante), cuando en su preámbulo advierte explícitamente la creación de “mecanismos especiales de investigación”.

En materia del Derecho penal de la globalización, se parte de la constatación de que la supervivencia del Estado está en riesgo ante la amenaza de nuevas formas de criminalidad especialmente lesivas, o bien, frente a la mayor peligrosidad de esquemas criminales tradicionales. Por ello se considera razonable conceder preeminencia a la organización y funcionamiento del Estado, en detrimento de las clásicas tesis personalistas, que ponían el acento en la justificación del Estado como mero instrumento de protección de los derechos naturales (véase en ese sentido la sección 1.4 del capítulo primero del presente trabajo).

Esta lógica se apoya (algunas veces sin darse cuenta) en las ideas del jurista alemán Carl Schmitt, quien en sus trabajos mostraba adhesión a las orientaciones auto-poyéticas de fundamentación del Estado. Argüía que el aparato estatal era previo al contrato social y, de ese modo, su existencia precedente era la que otorgaba validez y legitimidad a la Carta Política (y no a la inversa, como lo sostienen las tesis hetero-poyéticas). Decía el autor germano: *“La Constitución normativa y su cumplimiento, es decir, su correcta aplicación,*

*no es la que crea el Estado, mucho más, es el Estado, como unidad política, el gran presupuesto de la validez normativa de la Constitución.”<sup>65</sup>*

Para Schmitt, entonces, la parte orgánica de la Constitución; – es decir, aquella que plasma el diseño orgánico del Estado – tiene prevalencia sobre la parte dogmática de ésta, que es donde se recogen los derechos y garantías. Se entiende que el interés estatal justifica la lesión de los derechos fundamentales y sus garantías. Nótese, asimismo, que en esta afirmación subyace un componente funcionalista: para que el organismo superior (Estado) pueda funcionar adecuadamente, las partes pueden ser sacrificadas en caso de que así se requiera. Aquí queda en evidencia la interrelación existente entre las diversas formas de entender el eficientismo penal a las que hemos hecho mención en el presente capítulo.

Entonces, el bienestar del Estado justifica la vulneración de los derechos y garantías del ciudadano, cuando en frente existe una realidad social capaz de destruirlo. De esta tesis se sirven, entre otros, el discurso de la “lucha” contra la delincuencia organizada, el cual se erige, en el plano normativo, sobre estructuras jurídicas en las que con no poca frecuencia se opta por la “salvación” del Estado, con un concomitante desprecio y sacrificio de las garantías propias del liberalismo penal.

Por otro lado, y como se detalló en el inicio, la legislación que sirve de base para la protección del Estado es legislación excepcional, pues excepcionales son también los hechos criminales que motivan su producción. Se considera que en el entorno actual, el

---

<sup>65</sup> SCHMITT CARL citado por APONTE CARDONA ALEJANDRO. Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá, Colombia. Primera edición, Grupo Editorial Ibañez, 2006. P. 138.

Derecho penal clásico – circunscrito a la protección de unos bienes jurídicos esenciales y usualmente individuales – debe dar paso a un Derecho penal “especializado,” enfocado hacia la atención de las emergencias modernas y definido por la protección cada vez mayor de bienes jurídicos colectivos.<sup>66</sup>

La legislación dictada en esas condiciones, difícilmente alcanza los resultados que le han sido prefijados en sede legislativa y por ello se habla de un fracaso en cuanto a la satisfacción de sus objetivos políticamente preestablecidos.

Ciertamente la evidencia empírica demuestra, más allá de toda duda, que la creación de una norma de Derecho positivo influye poco o nada en la realidad del fenómeno delictivo. Es justamente ante la incapacidad de la legislación penal para satisfacer las expectativas que guiaron su creación (dicho de otro modo, ante su ineficacia), que surge lo que se ha denominado la función “simbólica” del discurso jurídico penal. Hassemer indica, al respecto:

*“La consecuencia de esta evolución no es ciertamente, como poco a poco se va poniendo de relieve, que se haya conseguido estructurar un sistema jurídico penal capaz de cumplir las nuevas tareas que se le asignan, sino, al contrario, que estas parcelas de un Derecho penal “eficaz” vayan acompañadas de “déficits de funcionamiento” continuos, específicos y denunciados por todo el mundo. De todo ello se deducen además dos cosas:*

---

<sup>66</sup> Acerca de las diversas, y algunas veces opuestas, posturas que la doctrina ha asumido frente a la “sociedad del riesgo”, véase DÍEZ RIPOLLÉS op. cit. P. 138 a 145.

*Por un lado, el miope intento de minimizar estos déficits aumentando la represión ("more of the same").*

*Por otro, el creciente aumento de amplios sectores del Derecho penal con una eficacia puramente simbólica: Cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídico penales* <sup>67</sup>

El carácter simbólico del ordenamiento represivo, entonces, se constituye en una llamativa característica de la política criminal moderna y genera, a su vez, un círculo vicioso: ante la evidente inoperancia del sistema penal para modificar la realidad criminal, el legislador continúa dotándolo de los mismos insumos (normas habilitantes del poder punitivo) sin que llegue nunca a satisfacer plenamente las demandas sociales.<sup>68</sup>

Ahora bien, esta elección, la cual permite inclinarse por “intereses superiores” que trascienden los derechos y garantías, también está presente en la valoración judicial efectuada por los órganos jurisdiccionales. En este sentido, compartimos la postura de Hassemer, cuando señala que el Derecho penal eficaz ha construido un auténtico “método de ponderación de intereses”.

<sup>67</sup> HASSEMER WINFRIED op. cit.

<sup>68</sup> En este sentido señala Díez Ripollés: “...la política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina asignando al derecho penal una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del derecho penal simbólico.” DÍEZ RIPOLLÉS op. cit. P. 145.



Este método, según lo entiende el autor alemán, señala que ante determinado caso concreto, los operadores del sistema penal, deben optar por tutelar el interés socialmente reconocido como “valioso”. Dicho de otro modo, se estima que los órganos involucrados en el proceso penal pueden resultar eximidos del deber de cumplir tal o cual precepto (garantía), si ello contribuye a la prevalencia de un interés socialmente aceptado. Hassemer plantea como ejemplo un caso real consignado en la sentencia del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania, de 14.9.89, en donde algunos miembros del Tribunal, aceptan la valoración como prueba de los datos privados, provenientes de un diario íntimo del acusado. Esto, por cuanto tal elemento de prueba – independientemente de la ilicitud que medió en su obtención y valoración – era fundamental para aclarar la verdad material en el caso sub lite. Para tomar esta decisión, los jueces se apartaron del esquema de garantías, que protegía la esfera de intimidad del acusado, y optaron por tutelar la “búsqueda de la verdad real” como valor fundamental del proceso.

Continúa expresando Hassemer:

*“La ponderación de intereses es, por tanto, también un método "moderno", del que se hace uso frecuente y gustosamente en el Derecho penal (...) En todo esto opera un mecanismo evidente: en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede, por ej., con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, "in dubio pro reo" protección de la intimidad, etc. Precisamente, prescindiendo en parte de estos principios*

*y funcionando como un instrumento contundente, es como el Derecho penal aumenta su eficacia.*<sup>69</sup>

Así las cosas, la ponderación de intereses se erige como un nuevo planteamiento hermenéutico del que echa mano el juez. En apariencia, se muestra como un instrumento, cuya nota definitoria es la adaptabilidad, pues ofrece la posibilidad de resolver los casos concretos atendiendo a los intereses vigentes en el momento. Esta valoración “de equidad,” es usual (e incluso deseable) en algunos campos del saber jurídico. Así por ejemplo, en materia comercial, pensemos en dos comerciantes que enfrentan una disputa relativa a un contrato mercantil, celebrado dentro del contexto de la actividad ganadera. Indudablemente, el conflicto tendrá una solución “más feliz” si se valoran los intereses actuales que están en juego (tomando en cuenta los usos y costumbres que suelen acompañar a la ejecución del contrato objeto de la discordia) que si se atienen los litigantes, a las normas legales contenidas en el Código de Comercio, las cuales pueden resultar anacrónicas para regular la situación que se presenta.

El problema de dicho método, desde la perspectiva del discurso de las garantías, reside en que tal adaptabilidad se traduce, en la práctica, en una legitimación de la inseguridad jurídica. Recuérdese que en materia penal las formas legales se han establecido como escudos protectores de las garantías constitucionales, frente a la intervención del poder punitivo. Toda vez que se faculte al juez para modificar, en el caso concreto, el régimen con base en el cual se dirigirá el procedimiento, se estará imponiendo la incerteza, con un evidente menoscabo para los derechos de las partes.

---

<sup>69</sup> HASSEMER WINFRIED op. cit.

Tanto Cancio Meliá, como el jurista colombiano Alejandro Aponte, advierten que este fenómeno se orienta, ideológicamente, en un sentido antiliberal correspondiente con lo que se ha denominado “Derecho penal del enemigo.” Este concepto del “enemigo” ha sido acuñado – por lo menos en su exposición actual – por el ius filósofo alemán Günter Jakobs<sup>70</sup>. Alude a la idea de que, dentro de un determinado medio social, algunos individuos pierden la condición de ciudadanos y, concomitantemente, adquieren la categoría de “enemigos”. Con ello se faculta al ordenamiento represivo para que les dé un trato diverso, en relación con el resto de la colectividad. Se estima que son sujetos que, en razón de su determinación a cometer delitos de forma reiterada, o bien, de organizarse en grupos para atacar las bases del Estado o la economía (verbigracia, en casos de terrorismo y criminalidad organizada) se han aislado del contrato social y por ello sería ilegítimo brindarles todas las garantías que normalmente están contempladas para los individuos que delinquen. Acá, de nuevo vemos la vinculación con el tema abordado previamente del discurso de emergencia y la creación de un Derecho penal de excepción.

Este trato diverso desemboca en la producción de una legislación también disímil y que normalmente consiente un juzgamiento más sencillo, en donde son suprimidas o limitadas numerosas garantías. Ocurre, por tanto, una desformalización del procedimiento, en virtud del trato diferente que se da al “enemigo”. Quizá un ejemplo muy actual de tal situación se refleje en la reciente implementación del procedimiento especial para el

---

<sup>70</sup> Jakobs, por ejemplo, señala: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana” CANCIO MELIÁ MANUEL y JAKOBS GÜNTER op cit. P. 47 y 48.

juzgamiento de flagrancias, que ha sido instaurado dentro de nuestro proceso penal, primero a través de disposiciones administrativas de la Corte Plena (de nuevo en violación del principio de legalidad que impera en materia procesal penal), y luego mediante su incorporación dentro del Título Segundo de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal (N° 8720). En este cuerpo legal, por ejemplo, el derecho a la defensa técnica se ve coartado, por cuanto el numeral que viene a corresponder al 425 del Código Procesal Penal, otorga un angustiante plazo de veinticuatro horas para el nombramiento del defensor de confianza, y el mismo plazo se concede al defensor, ya apersonado, para que pueda preparar su estrategia defensiva.

Aponte, en un sentido similar, ha señalado que el eficientismo es impuesto al juez como la meta última de la administración de justicia penal. Asimismo, en la persecución de esos resultados materiales deseados, el atropello de los derechos y las libertades constituye un expediente común. Este autor liga el eficientismo y la ponderación de intereses, con el aludido postulado del Derecho penal del enemigo, así como con las nuevas versiones de las doctrinas de la seguridad nacional, populares en la América Latina de los años setenta y ochenta. Al respecto señala:

*“... el eficientismo penal, basado en una forma particular de la eficiencia, se asienta sobre la visión de los derechos y garantías concebidos como obstáculos para el logro de la “eficiencia” real del sistema penal (...) Se trata de modelos que restringen, severamente, y a nombre de la eficiencia, los derechos fundamentales y las garantías judiciales a todo nivel, que conciben el control judicial como control meramente formal y no material, que*

*privilegian los medios sobre los fines, en temas delicados como las intervenciones corporales, la captura, los allanamientos: la eficiencia o supuesta eficiencia, prevalece como telos, y los medios deben adecuarse a ese fin absoluto.”<sup>71</sup>*

De seguido veremos que el discurso de “lucha” contra la criminalidad organizada se estructura sobre la base del “eficientismo penal” y potencia las diversas facetas que le hemos asignado a éste. Se percibe una concepción funcionalista, existe una progresiva desformalización de los institutos penales; al Derecho penal se le asigna la gestión de problemas macro sociales y con ello se le administrativiza, ello sin dejar de lado que la “seguridad,” la estabilidad del Estado y la búsqueda de la verdad real, se ponderan como intereses más valiosos, que deben prevalecer sobre algunas garantías. Finalmente, es clara la connotación simbólica que adquiere la legislación dictada en el contexto de la persecución del crimen organizado.

Resulta un tanto optimista, creer que exclusivamente mediante una ley de corte represivo puede ser controlado un fenómeno, cuyas causas y estructuras trascienden el estrecho enfoque del Derecho penal. A la interrelación entre garantías, eficientismo y su valoración desde la óptica de la delincuencia organizada, nos ocuparemos a continuación.

---

<sup>71</sup> APONTE CARDONA ALEJANDRO op cit. P. 141.

## **TÍTULO SEGUNDO**

### **La criminalidad organizada como paradigma del enfrentamiento entre garantías y eficiencia**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **La problemática del concepto de crimen organizado**

Cuando nos damos a la tarea de estudiar el concepto de criminalidad organizada, sobreviene el mismo obstáculo que se presenta con la mayoría de los conceptos jurídicos. La indeterminación semántica y la polisemia del término se constituyen como los principales problemas que enfrenta el jurista. Este fenómeno fue evidenciado cuando, grosso modo, indagamos en la definición de la designación lingüística “eficientismo penal”.

Pues bien, en esta ocasión, el lector deberá estar atento al hecho de que toda definición supone una delimitación del saber y, por consiguiente, puede ser empleada para poner el acento sobre una determinada lógica de poder, que subyace al concepto. Así, por ejemplo, no es lo mismo la definición de crimen organizado que se dé a propósito del terrorismo (sobre todo a partir de los acontecimientos del 11 de setiembre de 2001), que la que se consigne en el contexto de las mafias sicilianas e italo-americanas, o bien, dentro del entorno de los cárteles del narcotráfico e incluso en el seno de bandas organizadas como las llamadas “maras”, que operan en algunas naciones de América Central.

Como veremos más adelante, el estudio del concepto de crimen organizado, no es tarea relevante simplemente para el ámbito académico y doctrinario, sino que está en la base de decisiones judiciales capaces de habilitar mecanismos procesales excepcionales, y mayormente lesivos del esquema de derechos fundamentales y garantías. Es decir, la legislación comparada, así como algunos instrumentos normativos supranacionales, limitan la aplicación de leyes especiales contra el crimen organizado, a la presencia de algunos caracteres específicos que son precisamente los que integran la definición. De este modo, la valoración acerca de la presencia o no de un grupo criminal organizado, implica la decisión de abrir paso a un caudal de poder punitivo, en sumo grado oneroso, desde el punto de vista del discurso de las garantías. Si se quiere pensar en una analogía, imagínese que se trata de la decisión de abrir una llave, que permita el paso de un potente caudal de agua, capaz de eliminar obstáculos que normalmente no resultarían arrastrados por caudales de regular intensidad.

### **1.1 El crimen organizado frente a otras formas de delincuencia: análisis fenomenológico**

Hecha la anterior advertencia, hemos de señalar que la noción de “criminalidad organizada” ha sido empleada, desde sus orígenes, con una clara connotación político - partidaria. Y es justamente desde el discurso político, que el concepto emigró al periodismo, para luego integrarse a la discusión criminológica y jurídico penal<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre el origen del concepto, ver: ZAFFARONI EUGENIO RAÚL En torno al concepto de “crimen organizado.” En Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 2001. P. 10.

Zaffaroni nos advierte que en el tránsito que ha tenido el concepto de “crimen organizado” – desde su mención por los políticos estadounidenses a mediados del siglo pasado, hasta su invocación actual por parte de la doctrina – no ha logrado ser depurado. Se trata de un concepto empleado a diario (sobre todo por los medios de comunicación colectiva), al que se le atribuyen propiedades malignas y riesgosas para la convivencia humana. Asimismo, se estima que debe ser combatido con un cuerpo de normas sistemático y diverso de aquel que regula las situaciones delictivas “ordinarias”.

La noción de criminalidad organizada, en su acepción más básica, alude a un tipo de criminalidad en donde está presente una estructura subyacente que permite diferenciarla de la delincuencia convencional. Y es justamente ese nivel de organización, el que la hace mayormente peligrosa y justifica la aparente necesidad de brindar al sistema penal, herramientas jurídicas novedosas para su persecución.

A continuación nos disponemos a plantear ciertos rasgos que ostenta la delincuencia organizada, desde el punto de vista fenomenológico. Primeramente hemos de señalar, que el concepto de crimen organizado cuestiona y pone en entredicho el paradigma tradicional o dicotómico de la criminología.<sup>73</sup> Tradicionalmente, el concepto de delito y, en general, de las conductas desviadas, aludía a ciertos hechos que se perpetraban fuera del marco del poder político y jurídico. Normalmente la criminalización primaria y secundaria se dirigía hacia sujetos que no ajustaban su comportamiento a las normas jurídicas y que

---

<sup>73</sup> En este punto nos apoyamos fundamentalmente en lo señalado por VIRGOLINI E.S. JULIO. Crimen organizado: Criminología, Derecho y Política En Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 2001. P. 38 y siguientes.



habitualmente pertenecían a las capas más sensibles de la sociedad, caracterizadas por la ausencia de condiciones básicas para la subsistencia.

Ese era el perfil dicotómico que planteaba la criminología y del cual se servía la política criminal, para diseñar los sistemas de justicia penal: por un lado existía el Estado, sus instituciones, las llamadas organizaciones de la “sociedad civil” y la economía; concebidos como pautas o modelos del correcto funcionamiento político y jurídico. Por otro lado, estaban “los otros,” que con sus actividades criminales ponían en riesgo la permanencia del orden establecido. Gráficamente esto lo podemos entender mejor, imaginando la existencia de dos círculos plenamente separados y con una nula interacción.

Ahora bien, el crimen organizado, como se detallará más adelante, requiere del poder político para su vigencia y de hecho, existe consenso en la doctrina al afirmar que la corrupción es consustancial a la delincuencia organizada. De este modo opera una invasión de los comportamientos transgresores dentro de la estructura de la “normalidad”. Cuando el poder político es definido por medio de organizaciones criminales (piénsese en algunas regiones meridionales de Italia, donde los grupos criminales controlan los escaños del Parlamento y no es aventurado afirmar, que envían sus “representantes” al órgano legislativo), el esquema de los dos círculos aislados se rompe, y lo que obtenemos como resultado es el surgimiento de dos conjuntos que se intersecan y viven en una simbiosis que ya no puede ser analizada desde la óptica del discurso dicotómico. Al respecto afirma Julio Virgolini:

*“En efecto: tanto para la criminología como para los sistemas penales resulta difícil hacerse cargo de las situaciones en las cuales el acto agresivo no manifiesta una diferencia esencial con el acto normal del tráfico político o económico y el agresor no es un extraño a ese tráfico. Esto es evidente en el ámbito de la delincuencia económica, y también en el crimen organizado cuando se ha mimetizado en la economía legal hasta formar parte de ella, donde se hace patente que las sociedades no pueden criminalizar aquellas conductas que están en la base de las relaciones sociales dominantes o que se articulan con ellas, y que, por eso, no pueden ver el acto agresor o al agresor mismo como un extraño, ni explicar su conducta como un derivado de las patologías sociales y personales asociadas tradicionalmente al crimen de los otros...”<sup>74</sup>*

Lo dicho anteriormente guarda relación con una de las más destacadas características del Derecho penal de la globalización y que Silva Sánchez refiere como la preponderancia de la criminalidad de los poderosos (“crimes of the powerful”) en contraposición a la criminalidad de los otros, de los marginados (“lower class crime”).<sup>75</sup> En efecto, el poderío económico (y eventualmente político) que acompaña al fenómeno criminal, es justamente el que le permite penetrar las esferas de poder y modificar el arquetipo clásico de la criminología, al cual se hizo referencia en los párrafos precedentes.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.* P. 54

<sup>75</sup> Como lo señala el autor: “En el momento actual, en suma, el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, *leit-motiv* de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (*crimes of the powerful – corporate and Business crime-*). SILVA SÁNCHEZ *op cit.* P. 53.

En el mismo orden de ideas, la criminalidad de los poderosos se identifica con una criminalidad “como empresa”; es decir, la “*organización criminal en sentido estricto que tiene como objeto, precisamente, el delito*”.<sup>76</sup>

De seguido, baste enunciar algunas características que el autor alemán Hans Joaquim Schneider, ha señalado como criterios que caracterizan a los grupos criminales organizados.<sup>77</sup>

En primer lugar, se trata de organizaciones que pretenden satisfacer la demanda por bienes y servicios ilegales<sup>78</sup>. En segundo término, la industria del crimen pretende minimizar, hasta donde resulte posible, el riesgo de ser alcanzada por las agencias policiales y jurídicas de persecución. Para ello busca especializarse en actividades en donde las víctimas no resulten visibles (como sí ocurre con la delincuencia ordinaria); es decir, en donde la víctima está indeterminada (por ejemplo en los juegos de azar ilegales). En caso de que tal invisibilización resulte imposible, se acude al poder intimidatorio para anular la decisión de la víctima en cuanto a su decisión de acudir ante las instancias policiales o judiciales.

<sup>76</sup> CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO op. cit. P. 8

<sup>77</sup> Se trata de un perfil fenomenológico que el autor esboza a partir de diez criterios. Véase JOACHIM SCHNEIDER HANS. Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. En Revista de derecho penal y criminología. Madrid, España. Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 1993. P. 726 y siguientes.

<sup>78</sup> En idéntico sentido se pronuncia la autora Isabel Sánchez García de Paz, al indicar: “Se ha estimado que un 5% del consumo total mundial tiene como objeto bienes y servicios ilegales (...) Se trata de productos que gozan de gran demanda del público, pero que se encuentran prohibidos desde el principio o han sido obtenidos de manera ilícita, de modo que su tráfico es ilícito igualmente.” SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ ISABEL. La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Madrid, España. Editorial Dykinson, 2005. P. 44.

Como tercer punto, el autor presenta un rasgo que nos ayuda a entender el potencial criminógeno que entraña la delincuencia organizada. Así, se habla de que la criminalidad organizada posee una “criminalidad acompañante”. Esto quiere decir, que los códigos normativos a lo interno de las bandas organizadas, implican la comisión de delitos. Así, por ejemplo, numerosos homicidios se cometen contra miembros del grupo que “traicionan” la confianza brindando información a la policía. También se menciona una “criminalidad secundaria”, que es aquella cometida por las víctimas del crimen organizado. Tal vez el mejor ejemplo lo vemos en los delitos burdos (robos, hurtos) llevados a cabo por consumidores de sustancias psicotrópicas.

Como cuarto criterio, Schneider menciona la interdependencia que existe entre los miembros de la organización, así como la búsqueda del beneficio económico o político. La organización es independiente en el sentido de que trasciende a las personas que la integran en un determinado contexto espacial y temporal. Sobre esta característica regresaremos más adelante, pues es una de las que se presentan en el abordaje, no sólo criminológico, sino técnico jurídico.

En quinto lugar, se afirma la aplicación del principio de la división del trabajo dentro del grupo delictivo. Esto es consecuencia de aquella característica de la “criminalidad como empresa”. Como sexto rasgo se menciona la subcultura que representa la organización criminal. Especialmente en algunas estructuras criminales, como la piramidal, existe un auténtico convenio respecto de lo que es “ilícito”. Y en este mismo sentido, surge la séptima característica, que apunta hacia la amenaza del uso de la violencia, así como a su uso efectivo. Tal utilización de la violencia se da en un doble sentido: como

mecanismo de control a lo interno del grupo, así como medio intimidatorio ejercido sobre potenciales testigos de los actos criminales perpetrados.

Como octavo punto, se indica que la organización criminal participa también de algunas actividades legales. Esto se efectúa con la intención de encubrir los negocios ilícitos y se evidencia en el lavado de dinero; mecanismo a través del cual se persigue la legitimación de las actividades criminales ante el sistema financiero y, en general, frente a la sociedad.

En noveno lugar se manifiesta en toda su plenitud la corrupción del aparato estatal, como requisito “sine qua non” para que la organización criminal pueda cumplir con sus cometidos. Esto abarca la protección que los cuerpos policiales o judiciales corruptos le puedan otorgar. Finalmente, el carácter transnacional de sus operaciones, si bien no es un requisito ineludible, sí representa el rasgo definitorio de la criminalidad organizada actual.

Por último, cuando se realiza un abordaje criminológico de la delincuencia organizada, se suelen enumerar listas de delitos, que se estima, son identificados con este tipo de criminalidad. Creemos, no obstante, que la conveniencia de estas listas es meramente didáctica, por cuanto luego veremos que no representan un criterio seguro para tratar el problema. Sobre ellas regresaremos cuando nos ocupemos de presentar un breve análisis de Derecho comparado y nos percatemos de que las leyes “orgánicas” que tratan el crimen organizado, parten de este tipo de listas. Acá seguimos la enumeración de la autora española Isabel Sánchez García de Paz, cuando señala los siguientes comportamientos

delictivos<sup>79</sup>: (1) la provisión de bienes y servicios ilegales (armas, drogas, dinero de origen ilícito, mano de obra ilegal, órganos humanos destinados al trasplante, embriones, obras de arte, especies animales y vegetales protegidas, etc.), (2) el control ilegal de los sectores económicos legales. Es el caso, por ejemplo, del control que ostenta la organización criminal de la N'drangetha italiana sobre el sector construcción en el sur del país. (3) El terrorismo y (4) la delincuencia económica (blanqueo de dinero, estafas, fraudes fiscales y de subvenciones, corrupción, entre otros).

## **1.2 El intento de definición de la criminalidad organizada desde la óptica jurídica**

Es menester recalcar desde el inicio, que el concepto que la doctrina, y eventualmente el legislador, otorguen al crimen organizado, depende en gran medida de unos hechos concretos generadores de preocupación para la sociedad y, por ende, para el ordenamiento jurídico. Esto estará directamente vinculado con el contexto social, cultural y geográfico, que esté de por medio. Así, por ejemplo, en Europa del Este se entiende que las organizaciones dedicadas a sustraer objetos de arte de las Iglesias y museos, para trasladarlos a un mercado ilegal en Estados Unidos de América o Europa occidental, son verdaderas organizaciones criminales. Se trata de un tema poco relevante para una Nación como México, cuyo elemento de referencia en materia de delincuencia organizada lo representa el narcotráfico. Sin embargo, y pese a la diversa preocupación que muestren los Estados sobre estos temas, es posible determinar la presencia de los rasgos

---

<sup>79</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ ISABEL op. cit. P. 43 y siguientes.

fenomenológicos comunes anotados supra, así como otros, que la doctrina jurídico penal suele asignar.

Ahora bien, cuando los Estados pretenden crear normativa especial que regule este fenómeno, normalmente lo llevan a cabo desde dos aristas: desde el punto de vista sustantivo, crean un tipo penal que sanciona la existencia de la organización criminal. Es decir, entienden como delictiva la conducta de quienes se asocian para cometer delitos propios del crimen organizado. Allí las definiciones legales se nutren del discurso criminológico y de los datos a los que hicimos mención en la sección anterior.

Esta tendencia a criminalizar la pertenencia a la organización, viene impuesta como exigencia por la misma Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000. Dicho instrumento normativo, posee un artículo quinto, cuyo epígrafe se titula, precisamente, “penalización de la participación en un grupo delictivo organizado”. Allí se enuncia que cada Estado parte, debe adoptar las medidas legislativas, y de otra índole, que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, una serie de conductas que describe a mediante tres incisos y que se corresponden con la definición de delincuencia organizada a la cual haremos mención posteriormente.

Asimismo, y siempre dentro de este enfoque sustantivo, se dota a la parte especial del Derecho penal de nuevos tipos penales que se entienden vinculados con la noción de crimen organizado. Luego, desde el punto de vista procesal, emiten una ley que regula particulares mecanismos de investigación y juzgamiento (la entrega vigilada, las

operaciones encubiertas, la figura del arrepentido, el testigo de la corona, la mayor amplitud de los supuestos de hecho para intervenir las comunicaciones privadas, entre otros).

La anterior aclaración es muy útil para lo que en este capítulo pretendemos, por cuanto los autores – a pesar de los diversos enfoques con base en los cuales abordan el problema – parecen coincidir en que la definición debe partir de la diferencia cualitativa que existe entre una organización criminal y una simple asociación para delinquir.

Dijimos que las organizaciones criminales representan un “plus” de lesividad, en relación con la simple asociación para delinquir, la cual se encuentra recogida en la mayoría de los Códigos Penales. Esta asociación está tipificada en el ordenamiento jurídico costarricense en el numeral 274 de nuestro Código Penal. Allí se le denomina “asociación ilícita”, y se trata de la conducta en la que dos o más personas toman parte en una asociación para cometer delitos. La conducta delictiva se perfecciona con el solo hecho de que los agentes sean miembros de la asociación, aspecto este último que ha generado discusiones en relación con la constitucionalidad del tipo penal.

Tenemos claro, entonces, que en los supuestos de asociación ilícita existe una pluralidad de sujetos activos; asimismo, y por tratarse de una relación asociativa, debe existir necesariamente cierto nivel de organización (así sea muy elemental). Por otro lado, y en vista de que la norma habla genéricamente de “delitos”, es posible concluir que cualquier delito sancionado en el Código Penal, o bien, en otras leyes penales especiales, puede servir de base para que se configure la tipicidad de la asociación ilícita.



La descripción típica de la asociación criminal es la misma que nos ofrece el artículo 515 del Código Penal español. En el mismo sentido se orienta, al menos en su primer párrafo, el ordinal 340 del Código Penal de Colombia del año 2000. En esta última ordenanza se habla del “concierto para delinquir” y se preceptúa que “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años...”

Posteriormente este tipo penal contempla una figura agravada, la cual se materializa cuando los delitos que sirven de motivo al concierto para delinquir, son algunos de los descritos en la norma, y que tradicionalmente se relacionan con el crimen organizado (terrorismo, narcotráfico o secuestro extorsivo, entre otros). Es posible colegir, entonces, que el legislador colombiano ha reunido en una misma norma a la asociación para delinquir y a la organización criminal. Su técnica, sin embargo, ha consistido en entender a la organización criminal como una forma agravada de asociación para delinquir. No obstante, lo que nos interesa es ver que existe, de parte del legislador, un reproche a aquellas asociaciones de personas dedicadas a la perpetración de delitos. El tipo penal del Código Colombiano es prácticamente igual al del Código Penal costarricense, con la única salvedad de que el primero prevé una pena mínima más alta (tres años), mientras que en el caso del Código costarricense, el extremo mínimo está fijado en un año.

Pues bien, en los casos de asociación criminal (España), asociación ilícita (Costa Rica), o concierto para delinquir (Colombia) – conceptos entre los que existe una relación de sinonimia – podemos tomar como características comunes las siguientes:

Requieren una pluralidad de personas: En el caso costarricense vimos que se necesitan por lo menos dos sujetos. El legislador colombiano, por su parte, únicamente habló de “varias personas”, con lo que se puede interpretar que con dos individuos que tomen parte en el concierto, se configuraría el delito. Finalmente, en el caso español, la norma no especifica este aspecto, aunque la doctrina ha exigido la presencia de tres personas.

La existencia de una estructura organizada y

La permanencia en el tiempo; es decir, que no se trata de una asociación momentánea, pues en dicho supuesto, habría a lo sumo una coautoría en la comisión del delito.

Entonces, para que estemos frente a un aparato organizado dedicado a la comisión de delitos, debe haber “algo más” que estos tres caracteres. En este sentido, la misma autora Sánchez García de Paz<sup>80</sup>, examina tres rasgos adicionales que definen al crimen organizado:

La orientación a cometer delitos graves: Se trata de una asociación dedicada a perpetrar delitos que amenazan o lesionan bienes jurídicos de mayor rango.

Estructura compleja: Estamos en presencia de una organización sofisticada, que se sirve de diversos esquemas para asegurar su permanencia en el tiempo. Usualmente resulta

<sup>80</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ ISABEL op. cit. P. 40, 41.

dirigida como una empresa. Las estructuras más conocidas, y de las que echan mano las organizaciones criminales son: la piramidal (como en el caso de la mafia italiana siciliana), la horizontal o celular (caso de las triadas chinas, o la camorra napolitana) y los grupos de estructura fluida (como los cárteles de droga colombianos y mexicanos).

Búsqueda de beneficio o poder como objetivo último: En este punto, la doctrina y la legislación comparada, suelen debatir respecto del fin que persiguen las organizaciones criminales. Típicamente se ha dicho que lo que está de por medio es el lucro o el beneficio económico. Esto resulta plausible, si tomamos en consideración que los grupos criminales adquieren enormes ganancias producto del comercio de bienes y servicios ilegales. No obstante lo anterior, organizaciones que generaron extrema violencia durante el siglo pasado, y que siguen haciéndolo con mayor intensidad en el presente, se caracterizan por complejos niveles de organización, pese a que no pretenden exclusivamente un beneficio económico. Piénsese en el caso de grupos, cuya motivación es religiosa (los conflictos en Irlanda del Norte). Lo mismo es aplicable a organizaciones cuyas prerrogativas son políticas, como en el caso de los grupos terroristas (ETA en España, o bien, organizaciones multinacionales de enorme potencial lesivo como Al Qaeda). En estos casos, el principal interés de la organización es subversivo, pues se pretende la desestabilización de un determinado orden constitucional.

Acá se ponen de manifiesto los puntos de vista encontrados en la doctrina, en relación con ese elemento subjetivo de la definición, consistente en determinar qué clase de motivación requiere la empresa criminal. Herrero Herrero plantea una definición que supera la discusión relativa a la finalidad del grupo:

*“...puede decirse que, en un plano funcional, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, auto renovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos”.*<sup>81</sup>

Nótese que esta definición reitera lo ya dicho, en el sentido de que el grupo posee un carácter permanente y estructurado. Sin embargo, restringe la forma que puede asumir esa estructura, pues de antemano piensa en organizaciones de tipo jerárquico o piramidal, cuando hemos dicho que el nivel organizativo podría ser horizontal (como en el caso de la Ndrangheta de Calabria, en Italia). Sin embargo, interesa subrayar que se mencionan dos tipos de propósitos para la empresa criminal: (1) la intención de “lucrarse con bienes y servicios ilegales” o (2) el propósito de “efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica. En este caso la letra “o” es disyuntiva, y por tanto, separa a los dos tipos de finalidades que pueden guiar a la organización. Con base en lo anterior, los grupos terroristas pueden tener cabida dentro del género de la criminalidad organizada.

---

<sup>81</sup> HERRERO HERRERO citado por CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO op. cit. P. 8

La también española Julia Roper Carrasco<sup>82</sup>, adopta tres caracteres para fundar el concepto de delincuencia organizada:

Indica que es necesario contar con una asociación estructurada de más de dos personas, que actúe durante un cierto tiempo. Esta se podría identificar con la segunda característica que enunciaba Sánchez García de Paz. Sin embargo, acá deja en claro (en oposición a Herrero Herrero) que la organización puede ser vertical u horizontal, sin que la jerarquía sea un requisito para la existencia de la organización. La estructuración, además, posee un importante potencial criminogéno; en parte por lo enunciado anteriormente respecto de la criminalidad acompañante y secundaria.

Como segundo punto plantea la necesidad de que los delitos sean especialmente graves. Allí echa mano de dos parámetros. Uno es cuantitativo y se vincula con que la penalidad máxima del delito concreto sea de por lo menos cuatro años; mientras que el otro es cualitativo y hace referencia a que los hechos sean socialmente lesivos, en comparación con la delincuencia común.

En último término, es fundamental la presencia de la búsqueda del lucro. Señala que la organización podría pretender hacerse con el poder, pero ello únicamente para efectos de potenciar y garantizar el lucro. Nótese que la autora excluye del concepto la búsqueda de poder político, pues estima que ello constituye el *quid* de una organización

---

<sup>82</sup> Véase ROPER CARRASCO JULIA. ¿Protección social versus garantismo?: Excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada. En Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado. Madrid, España. Editorial Dykinson, 2008. P. 322 y 323.

terrorista, la cual, si bien implica una organización criminal, requiere de un tratamiento jurídico diverso.

En resumen, parece que en lo atinente a la motivación de la organización criminal, así como a la estructura que pueda asumir, no es pacífica la doctrina.

En el Derecho estadounidense, por su parte, el abordaje doctrinario de la criminalidad organizada es extenso. Recuérdese que el concepto, en su designación moderna, nació en los Estados Unidos de América. Probablemente ello obedece a que, para el mismo período y de forma paralela, se enunciaba otro concepto jurídico penal, respecto del cual siempre se ha dicho que ostenta un gran parentesco con el crimen organizado. Nos referimos al delito de cuello blanco, definido por Edwin Sutherland en 1939, quien por primera vez, llamó la atención sobre un tipo de criminalidad en la cual se mezclaban dos mundos hasta entonces entendidos como separados: criminalidad y altos niveles de posicionamiento socio económico.

Una definición atinada es la que nos ofrece el profesor Robert P. Rhodes:

*“Organized crime consists of a series of illegal transactions between multiple offenders, some of whom employ specialized skills, over a continuous period of time, for purposes of economic advantage, and political power when necessary to gain economic advantage. Normally, but not always, techniques*

*of bribery, intimidation, and violence are used and hegemony over services sought.*”<sup>83</sup>

De nuevo, se hace hincapié en la necesidad de que exista una participación colectiva (pluralidad de sujetos activos). En el mismo sentido, para el autor, resulta imperativo que concurra una estructura asociativa, la cual debe mantenerse estable en el tiempo. En lo concerniente al elemento subjetivo que debe imperar en la empresa criminal, se menciona el propósito de obtener ventajas de tipo económico, ello sin descartar la posible búsqueda del poder político, cuando esto resulta necesario para obtener y consolidar los beneficios de orden patrimonial<sup>84</sup>. Finalmente, se contempla la utilización de algunos métodos especializados, de los cuales normalmente hacen uso las organizaciones criminales para cumplir con sus propósitos criminales (el soborno y la intimidación).

En resumen, la doctrina suele alcanzar consenso acerca de la necesidad de contar con ciertos requisitos para hablar con propiedad de la existencia de un grupo criminal organizado. El primero de ellos atañe a la pluralidad de sujetos activos. Pareciera conveniente partir de la unión de dos personas, como lo hacen la mayoría de los conceptos anotados. De seguido, es claro que se trata de un grupo estructurado, que asume los esquemas organizativos de una empresa. Es necesario aclarar, eso sí, que no resulta conveniente limitar la forma que asuma esa estructura a un esquema piramidal. Si bien es

---

<sup>83</sup> RHODES ROBERT P. Organized crime. Crime Control vs. Civil Liberties. New York, Estados Unidos de América. Primera edición, Editorial Random House, 1984. P. 4.

<sup>84</sup> En el mismo sentido, se ha dicho que el crimen organizado importa: “Widespread criminal activities that are coordinated and controlled through a central syndicate. Persons involved in these criminal activities; a syndicate of criminals who rely on their unlawful activities for income” GARNER A. BRYAN. A Dictionary of Criminal Law Terms. Dallas, Estados Unidos de América. Primera edición, Editorial West Group, 2006.

cierto, esta estructura jerárquica representa el arquetipo a través del cual imaginamos a muchas “célebres” organizaciones criminales (como la mafia siciliana), no menos cierto es que auténticas organizaciones criminales, como lo fueron durante los años 80 y 90, el cártel de Medellín, en Colombia, han asumido estructuras descentralizadas y amorfas. En el caso particular de este cártel, se ha dicho que en su época de mayor poderío asumía la forma de una coalición o confederación<sup>85</sup>. Por ello, resulta útil entender que el grupo organizado puede asumir una estructura piramidal, horizontal o celular, o bien, de estructura fluida, que es dónde incluimos precisamente a los cárteles de la droga.

El requisito del “grupo estructurado” nos remite al hecho de que se trata de una estructura compleja. Esto debe ser aclarado, porque incluso en la comisión de delitos bajo coautoría o complicidad, puede haber un plan que obedezca a una estructura en particular. Sin embargo, acá está presente una estructura que trasciende a las personas que integran, en un momento dado, la organización. Es necesario que exista fungibilidad de los miembros, de forma tal que si alguno de ellos resulta encarcelado, el grupo puede subsistir sin mayor problema. Como lo ha dicho la jurisprudencia española: *“Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente, de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una “empresa criminal”*.”<sup>86</sup>

Justamente, es aquí donde se incrementa el potencial criminal de la organización, por cuanto nos damos cuenta de que la intervención represiva, toda vez que es ex post, en relación con el delito cometido, no afecta en nada a la organización. Quizá por esta razón,

---

<sup>85</sup> SCHNEIDER HANS op. cit. P. 736

<sup>86</sup> STS de 19 de enero de 1995 citada por CHOCLÁN MONTALVO op. cit. P. 49



las recientes tendencias legislativas que buscan un abordaje integral del tema, optan por atribuir al Derecho penal, y procesal penal, funciones policiales de tipo preventivo.

La permanencia en el tiempo también representa un indicio que nos aproxima al concepto de organización criminal y guarda relación con la noción de “grupo estructurado”. Es necesario que no se trate de una asociación ocasional o fortuita, y en ese sentido se orienta la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como veremos oportunamente. Un punto llamativo lo vemos en la regulación que encuentra este aspecto en la “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act” o mejor conocida como Ley RICO, de 1970, de los Estados Unidos de América. Dicho cuerpo legal, regula el fenómeno de la delincuencia organizada en el sistema jurídico estadounidense y estipula que para ser aplicable, debe estar comprobada la comisión de dos delitos de crimen organizado, por parte de una organización criminal, dentro de un período de diez años. Con ello se asegura que se trata de una organización estable en el tiempo.

No obstante lo anterior, algunos parecen no coincidir con el imperativo de que la organización goce de estabilidad en el tiempo. En el medio nacional, y a propósito de algunas observaciones efectuadas a nuestra legislación, en el momento en que se tramitaba como proyecto de ley, la magistrada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Magda Pereira Villalobos, señaló a la prensa, que el empleo del concepto de permanencia en el tiempo *“podría dificultar la aplicación del concepto a estructuras que, relacionadas con la administración pública, se aprovechan del poder coyuntural o temporal que ejercen,*

*para delinquir en forma organizada, a partir de la plataforma de instituciones o entidades públicas”.*<sup>87</sup>

El criterio que yace en dicha manifestación, pareciera apuntar a la existencia de agrupaciones que pueden ser fortuitas, y aún así tener un gran poder de organización para delinquir. Si bien compartimos esta tesis, aplicable a organizaciones criminales que operan penetrando en las instituciones públicas, no creemos que dicho criterio sea excluyente, en relación con aquel que exige que la organización goce de estabilidad en el tiempo. Es decir, si una organización se aprovecha de una particular coyuntura en la Administración Pública para perpetrar un hecho delictivo (piénsese, a modo de ejemplo, en la tramitación de una licitación), ello implica que ha hecho de esa clase de conducta, un modo de operación constante, que no se agota en la comisión del delito en particular (en nuestro ejemplo, de una eventual manipulación para resolver la licitación en uno u otro sentido). Dicho de otro modo, por más que exista un aprovechamiento de una determinada coyuntura, la organización subsiste a la comisión de ese delito en concreto, y por eso afirmamos, que goza de estabilidad en el tiempo.

A continuación, efectuaremos un repaso por las distintas definiciones que la legislación comparada ha otorgado al concepto de crimen organizado. Iniciaremos con las emitidas en el contexto de la legislación europea, ya que durante la década de los noventa, fue este continente, el que tuvo una producción normativa más prolija. De seguido, se analizará la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

---

<sup>87</sup> VIZCAÍNO IRENE. “Corte advierte fallas en texto sustituto de ley antimafia”. En *La Nación, El País*, mayo 11 de 2009.

Transnacional, cuya promulgación representó el surgimiento de un paradigma normativo impuesto desde el Derecho Internacional, lo cual motivó la creación de diversas ordenanzas en el ámbito Latinoamericano, especialmente durante la presente década.

Por lo demás, cabe advertir que las diferencias encontradas en la doctrina, en relación con el uso de tal o cual término, se reproducen, e incluso se intensifican, en la legislación comparada.

### **1.3 La definición del crimen organizado en el Derecho comparado**

#### **a) Austria**

Conviene iniciar este repaso por el concepto que nos brinda el legislador austriaco, quien introdujo la figura de la “organización criminal” para el año de 1993. Esta definición se trata de una de las más completas. Allí señaló la necesidad de que concurren tres requisitos primarios: la presencia de una coalición o asociación de estructura similar a la de una empresa (recuérdese la presencia del principio de la división del trabajo); la permanencia duradera en el tiempo y su configuración por un elevado número de personas. Asimismo, se plantea el imperativo de que sobresalgan tres rasgos adicionales: la orientación a la comisión de delitos particularmente graves (y allí cita una serie de delitos, lo cual es lugar común en las codificaciones sobre la materia), que la organización persiga un enriquecimiento o una influencia en la política o la economía y finalmente, que pretenda corromper e intimidar, de modo que pueda sustraerse de la persecución penal.

## b) Bélgica

Bélgica, por su parte, introdujo en su ordenamiento la “organización criminal” para el año de 1999. Allí se define como la “asociación estructurada de dos o más personas establecida en el tiempo para cometer, de modo concertado, delitos castigados con pena de por lo menos tres años, con el fin de obtener ventajas patrimoniales por medio de la amenaza, la violencia, maniobras fraudulentas o el recurso a estructuras comerciales o de otro tipo, para disimular o facilitar la comisión de las infracciones...” Esta definición circunscribe la finalidad de la organización a motivaciones patrimoniales (dejando de lado otras de tipo político o religioso) y ubica una penalidad muy baja (tres años), para determinar los delitos referentes al crimen organizado. Consideramos, entonces, que en lo relativo a la mayor amplitud del elemento subjetivo (finalidad), la orientación seguida por el legislador austriaco es la más acertada.

## c) Acción común del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo de Europa

Una definición de “grupo criminal organizado”, amplia y que podría abarcar los supuestos de agrupaciones cuyo móvil es político o religioso, la encontramos en la Acción común del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo de Europa, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva. En dicha declaración se estipula que:

*“se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”*

Esta norma dispone que uno de los propósitos de la organización delictiva pudiera hallarse en “influir, de manera indebida, en el funcionamiento de la autoridad pública”. Precisamente en este punto es donde se estima que podrían comprenderse las actividades de grupos terroristas. Tal inclusión es fundamental, pues como lo ha mencionado algún sector de la doctrina, la criminalidad organizada posee un potencial lesivo para el sistema económico y político de las democracias modernas. Esta amenaza es posible, en virtud de que el nivel de organización lo alcanza, en muchas ocasiones, tras infiltrarse dentro de los órganos oficiales que integran el orden político-económico de los Estados.

#### d) España

Dentro del ordenamiento jurídico español, el concepto de criminalidad organizada, se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho texto legal data del año 1882 y ha sufrido drásticas enmiendas durante los años en los cuales ha estado vigente. De este

modo, mediante Ley Orgánica 5/1999, se introdujo el concepto de criminalidad organizada, a propósito de la regulación de uno de los métodos comúnmente empleados en la persecución de este tipo de criminalidad, a saber, las operaciones encubiertas. Es el artículo 282 bis, párrafo cuarto el que dispone que:

*“A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo (se refiere a la técnica de las operaciones encubiertas), se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...”*

Nuevamente se hace referencia a una agrupación de por lo menos tres personas, orientada de forma reiterada a cometer una serie de delitos que se desarrollan a través de once incisos, lo cuales remiten, en numerosas ocasiones, a ilícitos tipificados dentro de la parte especial del Código Penal español. La lista se integra por los delitos de secuestro de personas, delitos relativos a la prostitución, delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, delitos contra los trabajadores, delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada, tráfico de material nuclear y radioactivo, delitos contra la salud pública, falsificación de moneda, delito de tráfico y depósito de armas, terrorismo y los delitos contra el patrimonio histórico.

e) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (también denominada Convención de Palermo), fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000. Su articulado posee enorme relevancia, por cuanto la mayoría de las legislaciones que regulan esta materia, de forma “orgánica”, son posteriores a su emisión y se basan en las disposiciones emanadas de este instrumento normativo

La Convención parte de la premisa, de que la lucha contra la criminalidad organizada presupone, insalvablemente, la cooperación internacional, lo cual se encuentra justificado si atendemos al hecho de que uno de los caracteres definitorios de este tipo de criminalidad, es naturalmente, el carácter transnacional de sus operaciones. Así, el artículo primero de la citada Convención, dispone que “El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.”

En esta norma es posible apreciar la utilización de la ideología que clama por la eficacia, por cuanto se deposita en este cuerpo normativo un doble propósito, tanto preventivo como represivo, propósito que debe materializarse “eficazmente”. Esto se reitera en el artículo segundo, el cual, refiriéndose a su ámbito de aplicación, señala que sus

disposiciones son aplicables para la prevención, investigación y enjuiciamiento de las actividades de las organizaciones criminales.

En lo relativo a la definición, de lo que se entiende por organización criminal, preceptúa que:

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

De esta definición destacamos la exigencia de que el grupo criminal posea una estructura integrada por lo menos por tres personas. Asimismo, dicha estructura se pone al servicio de propósitos criminales dirigidos a cometer delitos graves, o bien, delitos tipificados con arreglo a la Convención. Esto último lo podremos percibir con claridad en el estudio de legislaciones de países como Venezuela o Guatemala, los cuales a través de sus leyes, crean conjuntos heterogéneos de nuevos tipos penales, que se entienden como “propios” del crimen organizado.

Ahora bien, el mismo artículo segundo aclara qué se debe entender por delito grave, y de esa forma señala que “Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de por lo menos cuatro años o con una



pena más grave”. Si bien es cierto, que se trata de una penalidad mayor a la que contempla el legislador belga (tres años), aún estimamos que se trata de un “quantum” bajo, especialmente si tomamos en consideración la realidad latinoamericana, en la cual son realmente pocos los delitos que no alcanzan por lo menos los cuatro años de prisión. Un criterio como el que veremos más adelante, propio de la ordenanza venezolana, en el cual se determina la gravedad del delito a partir de una pena de seis años de prisión, nos parece más adecuado.

El “grupo estructurado” al que hace referencia la definición antes transcrita, se define como aquel “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”. La redacción del concepto es un tanto confusa. Sin embargo, concluimos que la exigencia apunta a que el grupo se haya formado con anterioridad a una empresa criminal en particular. De lo contrario, estaríamos ante formas asociativas en la comisión de un delito (coautoría, complicidad), pero no ante una organización criminal en sentido estricto. Dicho de otro modo, el grupo “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito” es aquel cuya existencia misma va más allá de una actividad delictiva en concreto. Por otro lado, la segunda parte de la definición alude a la idea de que la estructura, no necesariamente debe ser de tipo piramidal o jerárquico. Por eso indica que, “no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas” Recuérdese que desde el punto de vista criminológico, se estima que existen organizaciones con estructura jerárquica, pero también las hay de tipo horizontal o celular, en donde no existe una dirección centralizada. Lo mismo ocurre con los grupos de

estructura fluida, en los cuales el grado de organización es aún menor. Y aún en estos dos últimos casos, estamos en presencia de organizaciones criminales.

Este grupo estructurado, debe existir “durante cierto tiempo”, lo cual viene a reiterar el imperativo de que la asociación no sea coyuntural o momentánea. Sobre el tema, consideramos oportuno recordar el criterio vertido por el legislador estadounidense en la “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act” (RICO), al prescribir, que dicho estatuto resulta aplicable a aquella persona, miembro de una organización criminal, que ha cometido como mínimo dos delitos de crimen organizado, dentro de un período de diez años. Como señalamos anteriormente, con esto se garantiza que el grupo delictivo goce de permanencia en el tiempo, lo cual representa un indicio concluyente de su organización.

Por último, el concepto de grupo delictivo organizado, dispone que la actividad se desarrolla “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”, con lo cual se excluye como finalidad, la búsqueda del poder político o religioso, aspectos que normalmente se comprenden dentro de la definición de “terrorismo”.

Tal exención de la categoría del terrorismo, es entendible, toda vez que en el seno de las Naciones Unidas este fenómeno ha experimentado un tratamiento diverso y especializado. Sin embargo, creemos, que no obstante las diferencias sustanciales presentes entre ambos fenómenos, la incorporación de las motivaciones políticas, dentro del concepto de crimen organizado, es conveniente, por cuanto el terrorismo, al fin y al cabo, es una especie perteneciente al género que denominamos “crimen organizado”.

## f) Guatemala

En el caso de América Latina es llamativa la definición brindada por la legislación de Guatemala (sobre la que volveremos más adelante de modo detallado). La definición de crimen organizado aportada por el legislador guatemalteco se contempla en el numeral 2 de la ley, la cual señala que: "...se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes..."

Como vemos, se plantean los mismos requisitos recogidos por la doctrina mayoritaria, así como por la Convención de Palermo. Entre ellos, el hecho de que el grupo posea una estructura en la que intervengan por lo menos tres personas, que esta estructura se mantenga invariable durante el tiempo, y que se dirija a la comisión de una serie de delitos, los cuales pasan a ser enumerados en múltiples incisos (aquellos relacionados con el narcotráfico, el terrorismo, algunos delitos contra los deberes de la función pública, la asociación ilícita, entre otros). En la norma no se hace referencia específica a la finalidad que debe perseguir la organización; sin embargo, dentro de los delitos previstos, se comprenden algunos que exceden "la tradicional" búsqueda del beneficio económico, como por ejemplo, el terrorismo. Esto nos permite concluir, que el legislador optó por superar el debate relacionado con este "elemento subjetivo" de la organización, y decidió incorporar dentro del concepto tanto a las pretensiones materiales como a las de orden político.

Finalmente, el último párrafo del numeral primero, define lo que se debe entender por grupo estructurado. Tal definición es idéntica a la ofrecida por la Convención de Palermo y por lo tanto, remitimos a lo señalado líneas atrás.

g) Venezuela

La Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, de la República Bolivariana de Venezuela, fue publicada en la Gaceta Oficial número 5 789, del 26 de octubre de 2006. En dicho texto legal, el concepto de crimen organizado es definido en el numeral primero, incisos 1, 2 y 7. Al respecto se indica que se trata de:

*“La acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley y obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para terceros. Igualmente, se considera delincuencia organizada la actividad realizada por una sola persona actuando como órgano de una persona jurídica o asociativa, cuando el medio para delinquir sea de carácter tecnológico, cibernético, electrónico, digital, informático o de cualquier otro producto del saber científico aplicados para aumentar o potenciar la capacidad o acción humana individual y actuar como una organización criminal, con la intención de cometer los delitos previstos en esta Ley.”*

Se reafirma que la modalidad de comisión de los delitos puede ser tanto activa, como omisiva. Asimismo, se estipula que el elemento asociativo demanda la presencia de tres o más personas, las cuales deben vincularse por un período constante. En cuanto al elemento subjetivo (finalidad de la organización), sí se aclara expresamente, que puede tratarse de la búsqueda de un “beneficio económico o de cualquier índole para sí o para un tercero”.

Lo verdaderamente novedoso que aporta la definición venezolana, reside en la posibilidad de que se considere delincuencia organizada, a la conducta de una sola persona, cuando ésta actúa como órgano de una persona jurídica, siempre y cuando el medio empleado para delinquir sea de carácter tecnológico, cibernético, electrónico, informático, “o de cualquier otro producto del saber científico”, que posea la capacidad de aumentar el poder lesivo de la acción individual, más allá de los efectos que ésta tendría en un escenario habitual. Todo con la intención de cometer los delitos que prevé la ley.

Pues bien, vemos que se rompe el paradigma tradicional según el cual, para poder hablar de la existencia de una organización criminal, se requería de una pluralidad de personas físicas.

La noción de “grupo estructurado” también se plasma en el inciso segundo de la misma norma, y se define como aquel formado “deliberadamente para la comisión inmediata de un delito”. La redacción de este precepto, es un tanto distinta de la utilizada tanto por la Convención de Palermo, en su artículo 2, inciso c, como por el artículo 2, párrafo último, de la legislación guatemalteca. En estos dos últimos casos, se habla de la

existencia de un grupo estructurado, cuando se está frente a un “grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”.

Se puede interpretar que el grupo formado deliberadamente, equivale a uno no formado fortuitamente. Si bien la técnica legislativa y el empleo de los conceptos, es equívoco, es nuestro criterio, que la voluntad del legislador fue la de sugerir que el grupo criminal se organiza, no de forma fortuita (para la comisión de un delito en particular) sino que más bien, su estructura trasciende a una motivación delictiva concreta, y se pone al servicio de la comisión directa de delitos especialmente graves; por ejemplo, aquellos que se vinculan con la noción de la delincuencia organizada (tráfico de órganos, trata de personas, legitimación de capitales, entre otros).

Finalmente, el inciso séptimo del artículo primero de la ley venezolana, dispone que por delito grave, se debe entender aquel “cuya pena privativa de libertad excede los seis años de prisión”. Este criterio cuantitativo nos parece acertado, por cuanto constituye un expediente común en nuestras legislaciones, acudir a la fijación de penalidades muy altas, para delitos de la más variada índole. En este sentido, un buen indicador de la existencia de un delito ligado al concepto de crimen organizado, no podría ser el que refiera a una pena de cuatro años (como lo hace la Convención de Palermo) ni mucho menos a una sanción privativa de libertad de tres años, como prescribe la legislación belga.

h) El Salvador

En el caso de esta Nación centroamericana, el tratamiento legal de la delincuencia organizada, surge a partir de la promulgación de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, la cual fue publicada en el Diario Oficial, en fecha 15 de febrero de 2007. El artículo primero de este instrumento normativo, contiene la siguiente definición de crimen organizado:

*“Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos.”*

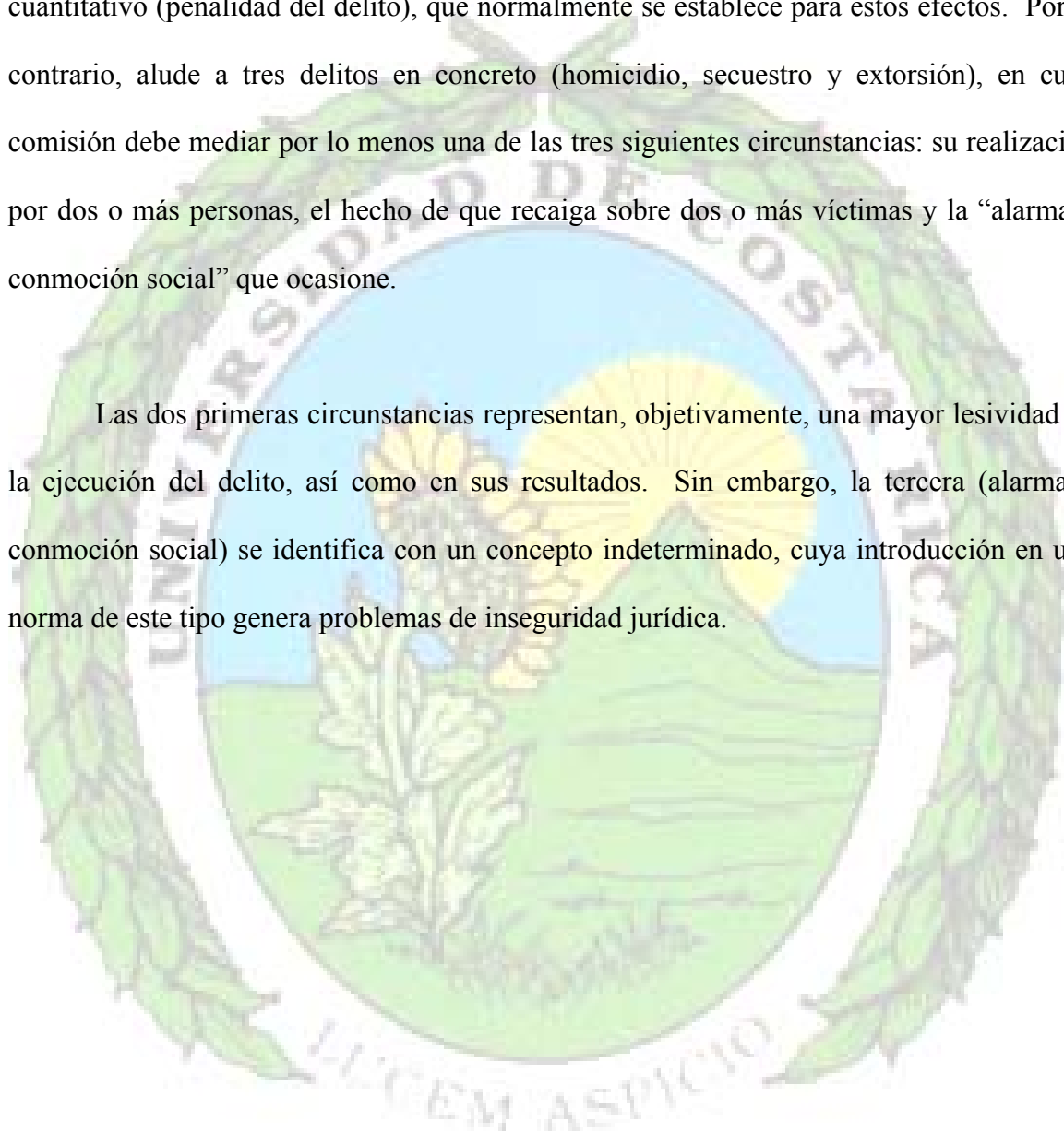
*Para los efectos de la presente Ley, constituyen delitos de realización compleja los enumerados a continuación, cuando se cumpla alguna de las circunstancias siguientes: Que haya sido realizado por dos o más personas, que la acción recaiga sobre dos o más víctimas, o que su perpetración provoque alarma o conmoción social.”*

De seguido, se establece que dichos delitos son: el homicidio (simple o agravado), el secuestro, y la extorsión.

Pues bien, el contenido de esta definición es fiel al estipulado en la Convención de Palermo; con la única diferencia de que esta última dispone que el grupo estructurado debe estar integrado por lo menos por tres personas; en tanto que en la disposición antes transcrita, el legislador salvadoreño, ha optado por exigir la presencia de por lo menos dos personas.

Ahora bien, a la hora de definir los delitos, en virtud de los cuales se puede justificar la aplicación de esta ley especial, la legislación salvadoreña se aparta del parámetro cuantitativo (penalidad del delito), que normalmente se establece para estos efectos. Por el contrario, alude a tres delitos en concreto (homicidio, secuestro y extorsión), en cuya comisión debe mediar por lo menos una de las tres siguientes circunstancias: su realización por dos o más personas, el hecho de que recaiga sobre dos o más víctimas y la “alarma o conmoción social” que ocasione.

Las dos primeras circunstancias representan, objetivamente, una mayor lesividad en la ejecución del delito, así como en sus resultados. Sin embargo, la tercera (alarma o conmoción social) se identifica con un concepto indeterminado, cuya introducción en una norma de este tipo genera problemas de inseguridad jurídica.





## CAPÍTULO SEGUNDO

### **Instrumentos procesales de persecución del crimen organizado. Especial análisis del Derecho comparado**

Como hemos reseñado previamente, es común que la doctrina y la legislación comparada, afirmen con propiedad, que la criminalidad organizada requiere el planteamiento de una política criminal “sui generis”, que conceda a las agencias de persecución penal, nuevos instrumentos procesales que se ajusten a las propiedades fenomenológicas de la delincuencia organizada

A menudo, estas nuevas herramientas, se alejan de los postulados clásicos de lo que, en el título primero de la presente investigación, denominamos Derecho penal liberal o de garantías. Así, por citar tan solo algunos ejemplos, el principio de responsabilidad individual y personalísima del Derecho penal, cede ante nuevas formas de responsabilidad, como aquellas que atribuyen responsabilidad penal a las personas jurídicas. En el mismo sentido, el principio de legalidad penal es dejado de lado en algunos supuestos, toda vez que los órganos encargados de promover la acción penal, se abstienen de hacerlo en beneficio de algunas personas que brindan colaboración eficaz en la lucha por desarticular las organizaciones criminales. Nos referimos a la figura del arrepentido, o también llamado, testigo de la corona. Finalmente, es evidente el debilitamiento de algunas garantías constitucionales – como, por ejemplo, la que tutela el derecho a la intimidad y privacidad – en la aplicación de un particular método de investigación, como lo es la intervención de las comunicaciones.

Desde el punto de vista metodológico, hemos decidido ofrecer un repaso por algunos de los métodos más comunes, que para tal efecto se suelen estatuir en los cuerpos normativos. Para ello partimos de su regulación legal en la legislación de tres ordenamientos jurídicos, como lo son, Guatemala, Venezuela y El Salvador. Estos cuerpos legales tienen la característica de responder a la lógica que subyace a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a la cual hicimos mención previamente. También se incorporan algunos conceptos del ordenamiento jurídico español, el cual mediante Ley Orgánica 5/1999, introdujo las figuras del agente encubierto y la entrega vigilada.

De forma paralela, a la hora de analizar las disposiciones de cada ordenanza en particular, brindamos al lector algunos de los planteamientos que la doctrina ha efectuado, a propósito de estos mecanismos excepcionales de investigación.

## **2.1 Caso de Guatemala: Ley contra la delincuencia organizada**

Pasamos ahora al examen de un texto legal, cuya pretensión reside en brindar un tratamiento sistemático al fenómeno de la criminalidad organizada. Se trata de la Ley Contra la Delincuencia Organizada de la República de Guatemala, aprobada por el órgano legislativo guatemalteco, en fecha diecinueve de julio de dos mil seis.

Como mencionamos en secciones anteriores, cuando se decide utilizar la política criminal para abordar la problemática de la delincuencia organizada, usualmente existen dos vertientes, a través de las cuales se puede ofrecer ese tratamiento legal. Nos referimos al enfoque del Derecho penal sustantivo, y al enfoque de tipo procesal. En el primer caso, la técnica legislativa consiste en dotar a la parte general del Derecho penal, de novedosas teorías, que permitan analizar las peculiaridades presentes en la comisión de delitos, consumados al amparo de una organización criminal. Así, por ejemplo, surgen nuevas tesis que explican los alcances de la autoría y participación en el seno de una empresa criminal. Algunas señalan que la relación existente entre los miembros directores de una organización con estructura piramidal y aquellos órganos subordinados (los cuales ejecutan directamente los actos delictivos) se subsume bajo la teoría del autor mediato (Roxin). Otros estiman que se trata de la clásica coautoría (Jescheck, Jakobs) e incluso algún sector de la doctrina cree que subyace una relación de instigación (Kholer).

En el mismo sentido, la parte especial del Derecho penal experimenta un fenómeno de inflación, merced a la creación de nuevos tipos penales, íntimamente ligados con alguna noción del crimen organizado. Incluso, y a tenor de lo dispuesto por el numeral quinto de la Convención de Palermo, se criminaliza la participación en una organización criminal.

La parte procesal, por su lado, se orienta hacia la instauración de mecanismos excepcionales de investigación, puestos al servicio de las agencias policiales, fiscales y judiciales, encargadas de la persecución y el juzgamiento de los delitos

Pues bien, el texto legal guatemalteco incorpora estos dos enfoques, y dedica su capítulo tercero a los “Delitos de la Delincuencia Organizada”, mientras que su Título tercero se ocupa de regular los “Métodos Especiales de Investigación”. Este doble abordaje se refleja también en lo preceptuado por el numeral primero de la ley, según el cual:

*“...tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.”*

En el preámbulo, la ordenanza admite que su existencia misma, obedece a la obligación del Estado Guatemalteco de dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita por Guatemala en diciembre del año 2000. Asimismo, se refleja el elemento discursivo de emergencia, toda vez que se estipula en la parte considerativa de dicho preámbulo que: “la delincuencia organizada es un flagelo que actualmente ha colocado a los habitantes de la República en un estado de indefensión” y de seguido se argumenta que resulta “necesario la creación de un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar a la delincuencia organizada”. Es decir, se cifran las expectativas de desarticular la delincuencia organizada, exclusivamente en el texto legal.

Posteriormente, la legislación guatemalteca incorpora un capítulo tercero denominado “Delitos de la Delincuencia Organizada”, en donde se sancionan los delitos de

conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes e insignias, comercialización de vehículos y similares robados, obstrucción de justicia, exacciones intimidatorias y obstrucción extorsiva de tránsito (artículos del 3 al 11 respectivamente).

Tal vez lo más llamativo de este enfoque de fondo, caracterizado por una extensa tipificación de conductas, está en la alta penalidad que se contempla para los delitos. Por ejemplo, el delito de comercialización de vehículos y similares robados (artículo 8), prevé una sanción de prisión inmutable de seis a veinte años, y paralelamente, estipula la pena de multa cuyo monto es igual al valor comercial de los bienes objeto del delito. Nótese que la fijación del extremo menor de la pena en seis años de prisión, revela una política legislativa sumamente represiva.

Siempre dentro del mismo orden de ideas, el capítulo cuarto se compone de un único artículo (el doceavo) en el que se contemplan agravantes especiales de la pena, así como penas accesorias. Por ejemplo, el inciso segundo dispone que si el miembro del grupo delictivo organizado es un funcionario público, se le aumenta la pena en una tercera parte y se le impone la sanción de inhabilitación para desempeñar cargos públicos. En resumen, la habilitación de poder punitivo, mediante la autorización legal para que el órgano judicial imponga penas largas y severas, nos revela la ideología que imperó en la redacción de este texto legal.

Ahora bien, a partir del Título Tercero se recogen los “métodos especiales de investigación”; es decir, comienza la regulación de la parte procesal en este cuerpo

normativo. Al análisis de estos particulares mecanismos de investigación, nos ocuparemos de seguido.

#### a) Operaciones encubiertas

El primero de estos métodos, es el que se refiere a las operaciones encubiertas. El legislador guatemalteco las define de la siguiente forma, en el numeral 21:

*“Se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público.”*

Cuando acudimos al estudio de la figura de las operaciones encubiertas, debemos tener presente una distinción que realiza la doctrina, según la cual, los conceptos de agente encubierto, e infiltración policial, si bien se interrelacionan, no significan lo mismo. De este modo, la infiltración policial constituye la técnica investigativa en concreto, y es definida como:

*“la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de*

*un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada.*”<sup>88</sup>

Por su parte, se interpreta que el agente encubierto es el “instrumento elegido por el legislador para materializar la infiltración policial.”<sup>89</sup> Es decir, la infiltración policial, es el método del cual se sirven los órganos de la persecución penal para recabar información, respecto de la cual se afirma que sería sumamente difícil tener acceso por otros medios. El agente encubierto es el funcionario de la policía judicial sobre quien pesa el deber de reunir dicha información. El legislador guatemalteco lo define de esa forma en el numeral 22 de la ley de comentario, al afirmar:

*“Son agentes encubiertos los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del Ministerio Público, se les designe una función con la finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados. Los agentes encubiertos podrán asumir transitoriamente identidades y roles ficticios, actuar de modo secreto y omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos, a excepción de los establecidos en el artículo 25 de la presente ley, en los casos asignados a ellos, con el fin de optimizar las investigaciones y el procesamiento de integrantes de dichas organizaciones.”*

<sup>88</sup> SELLÉS FERREIRO JUAN. Tratamiento procesal de la delincuencia organizada. San Salvador, El Salvador. Primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura, 2006. P. 7.

<sup>89</sup> *Ibíd.* P. 12.

Ahora bien, como hemos reseñado líneas atrás, la infiltración policial o las operaciones encubiertas, representan novedosos métodos de investigación, los cuales se identifican (o se ponen al servicio) de la persecución del crimen organizado<sup>90</sup>. El artículo 24 de la ley bajo examen, dispone que cuando el Ministerio Público tiene conocimiento sobre la existencia de una organización criminal, debe ordenar a la autoridad policial respectiva, que se realice un análisis con el objetivo de conocer su estructura organizativa, así como su modo de operar. Tal análisis, es de esperar, debe ser realizado a través de una operación encubierta.

Como se ha señalado, el método de la infiltración policial es ejecutado por agentes encubiertos, quienes forzosamente, deben ser funcionarios policiales (artículo 22). Dicho de otro modo, se trata de una actividad eminentemente policial. Este hecho, explica la necesidad de que exista un minucioso control, por parte de las agencias jurídicas de contención del poder punitivo. En este sentido, el legislador guatemalteco ha conferido al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, la potestad de autorizar operaciones encubiertas, por un tiempo máximo de seis meses, renovable cuantas veces sea necesario; la operación no puede exceder un plazo total de un año (artículo 26).

---

<sup>90</sup> Conviene citar en este momento el numeral 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, la cual restringe los alcances de este instituto a los casos de delincuencia organizada. En lo que interesa preceptúa: “A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos...”



La solicitud debe ser planteada por el fiscal encargado de la investigación. En su requerimiento, debe cumplir con ciertos requisitos formales, los cuales están consagrados en el numeral 27. Quizá, uno de los más relevantes es el regulado en el inciso b, el cual exige que se efectúe una justificación sobre el uso de la medida, fundamentando su necesidad, por la probabilidad de que el sistema ordinario de investigación sea incapaz de aportar los instrumentos necesarios para recabar la información requerida. La solicitud debe ser resuelta – tal y como se indicó en el párrafo anterior – por el Fiscal General de la República. En dicho auto debe exponer con claridad quiénes serán los agentes involucrados en la operación, las actividades para las cuales están autorizados, el objeto y el plazo de la operación encubierta, la obligación de informar periódicamente al Fiscal General acerca del desarrollo de la investigación, así como la prohibición expresa, de que los agentes encubiertos provoquen la comisión de delitos (artículo 28).

El numeral 30 de la ley prescribe la “exención de responsabilidad del agente encubierto”, y afirma que “Estará exento de responsabilidad penal, civil y administrativa, el agente encubierto que incurra en actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido.” Dicha eximente de responsabilidad, opera siempre y cuando el funcionario de la policía judicial ajuste su comportamiento a los términos de la resolución dictada por el Fiscal General de La República. Incluso, la extralimitación en las actividades se sanciona como delito en el numeral 31.

La ley de Enjuiciamiento Criminal española, en el apartado quinto del numeral 282 bis, señala en sentido similar:

*“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.”*

b) La entrega vigilada

La entrega vigilada, viene expresamente incorporada dentro de la Convención de Palermo. Dicho instrumento normativo dispone en su artículo segundo, sección i:

*“Por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos”*

En el ámbito de la legislación guatemalteca, y siempre dentro del título tercero, se regulan las llamadas “entregas vigiladas”. Tal mecanismo ha sido definido por el legislador en el numeral 35, señalando que es:

*“...el método de investigación que permite el transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes y otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, que*

*ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de autoridades previstas en la presente Ley.”*

Es decir, se trata de una excepción al principio general, según el cual, ante la constatación del tráfico de bienes o servicios ilícitos, se debe proceder a la aprehensión de los responsables, así como al secuestro de los objetos del delito. En este caso, se decide consentir que dicho tráfico continúe, con la intención de descubrir su sistema de distribución y comercialización. Asimismo, se estima que tal procedimiento es fundamental para la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales (artículo 35 in fine).

Es importante resaltar, que este mecanismo guarda íntima relación con el de la infiltración policial, y es así como se dispone en el ordinal 36, que el Fiscal General de la República puede autorizar que uno o más agentes encubiertos, pongan a circular objetos propios del delito dentro de un grupo delictivo organizado, con el propósito de descubrir el funcionamiento y operación de las organizaciones y obtener información relevante para la persecución penal.

De nuevo, la competencia para brindar la autorización reside en el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público (artículo 39).

Existe una mención especial, en relación con la necesidad de que los intervinientes en la operación de entrega vigilada, documenten de la mejor forma posible las actuaciones

propias de la investigación. El numeral 43 indica, que para esos efectos, pueden utilizarse grabaciones de voces, micrófonos, fotografías, grabación de imágenes, entre otros. Esto, con la finalidad de garantizar un debido control de la operación, que permita informar al Fiscal General de la República, acerca de los resultados de ésta. Dicha comunicación debe efectuarla el fiscal encargado del caso (artículo 44).

Lo anterior se vincula directamente con el imperativo de asegurar la cadena de custodia de la prueba, ya que de ello dependerá la licitud de los elementos probatorios que eventualmente se incorporen al proceso (artículo 46).

#### c) La intervención de las comunicaciones privadas

La legislación objeto de nuestro estudio, involucra en su capítulo tercero, uno de los métodos que por antonomasia se vinculan con la persecución del crimen organizado. Nos referimos a las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación.

Se trata de un mecanismo especialmente lesivo del derecho fundamental a la intimidad, recogido habitualmente en los textos constitucionales de las democracias occidentales, así como en diversos instrumentos normativos del Derecho Internacional. Tal es el caso del numeral 12, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual prescribe que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” En la misma

línea argumentativa se inscribe la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual, en idéntico sentido, consagra el derecho a la intimidad o a la privacidad, en su ordinal 11.

Justamente por esta razón, se interpreta que toda intromisión estatal en las comunicaciones privadas, implica una agresión que resulta justificada solamente en la medida en que trascienda un interés público, como sería la investigación de un delito de extrema gravedad. En esos términos se define el derecho a la intimidad en el artículo 24 de nuestra Constitución Política.

En el caso guatemalteco, el artículo 28 de la ley de comentario, recoge los supuestos de hecho que pueden amparar la decisión de interceptar las comunicaciones telefónicas o de otro tipo. Se estipula que:

*“Cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la presente ley, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan.”*

Como vemos, la norma habilita el uso de la medida para efectos de “evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos”. Ciertamente, resulta lógico que dicha técnica se utilice para investigar los delitos cometidos por organizaciones criminales, así

como para interrumpir los planes criminales trazados por estos grupos. Lo que no parece ser congruente con una labor de persecución penal, es la posibilidad que se brinda para que este método se aplique también con el fin de “evitar” la comisión de un hecho delictivo. Pareciera que allí las tareas corresponden, más bien, a órganos administrativos, los cuales deben ejecutar sus labores a través de mecanismos preventivos, de una naturaleza diferente en comparación con aquellos que se emplean en la investigación judicial de los delitos ya acaecidos.

De seguido, el legislador señala, que la solicitud de autorización de interceptación de las comunicaciones, debe presentarse ante el juez competente. Vemos, entonces, un cambio en relación con los dos métodos especiales de investigación analizados anteriormente, en los cuales, era el Fiscal General quien poseía la competencia para decretar o denegar la medida. En este caso, tal y como lo reitera el numeral 52, son competentes para la autorización “los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal, correspondiente a la circunscripción territorial donde se haya cometido, se esté cometiendo o se esté planificando la comisión de delitos por miembros de grupos delictivos organizados”.

Toda vez que la interceptación de las comunicaciones representa una intromisión estatal, sobre la esfera de privacidad del ciudadano, el control y la autorización jurisdiccional, devienen en imperativos irrenunciables. Sobre esta premisa, el artículo 53 estipula los requisitos mínimos que debe reunir el auto que dispone la autorización de la interceptación. Sobresale el inciso d, en donde se regula el plazo, por el cual puede

otorgarse la autorización, el cual tiene una duración máxima de treinta días, susceptible de prorrogarse de conformidad con lo dispuesto por el numeral 58 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, la ordenanza guatemalteca es clara en conferir competencia para efectuar la interceptación, a personal especializado de la Policía Nacional Civil. Asimismo, prescribe que a los miembros de dichos cuerpo de policía se les debe someter a una evaluación periódica en la cual, con base en métodos científicos, se compruebe y garantice su idoneidad para el ejercicio de dichas funciones (artículo 55). Con esto, el legislador guatemalteco se preocupa por contar con personal policial calificado y especializado, para la ejecución de este método de investigación. Distinto ocurre con el sistema actualmente vigente en nuestro país, en donde esta tarea se confiere al juez, lo cual acarrea dos inconvenientes. En primer lugar, se trata de personas cuya labor es juzgar con apego a Derecho y, por ende, no poseen los conocimientos técnicos ni la pericia necesaria para realizar investigaciones de este tipo. En segundo lugar, y como consecuencia lógica de lo anterior, al atribuirse a un juez labores propias de los órganos policiales (y por consiguiente investigativas), su imparcialidad se pone en entredicho. Por todo lo expuesto, la orientación asumida por la legislación guatemalteca, nos parece la más idónea.

Siempre bajo la misma idea, de que debe existir un riguroso control judicial sobre la actividad de investigación, el artículo 59 preceptúa que el Juez debe establecer, en la misma resolución en la cual autoriza la medida, la obligación del fiscal de informar cada quince días acerca del desarrollo de la actividad de interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones, para efectos de verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y si se están respetando las reglas legales que disciplinan su utilización.

En concordancia con lo anterior, el numeral 62 ibíd, dispone que la violación de las formalidades que rigen la interceptación de la comunicaciones, implica una grosera vulneración a la cadena de custodia de la prueba y al derecho a la privacidad, lo cual trae como consecuencia que los elementos de prueba así obtenidos, sean ilícitos y de esa forma, no puedan ser incorporados al proceso.

Siempre dentro del título tercero, relativo a los métodos especiales de investigación, se incorpora un capítulo cuarto, denominado “responsabilidad de funcionarios o empleados públicos”. Dicho capítulo está conformado por un único artículo, el 72, y señala que los funcionarios partícipes en alguna fase de los métodos especiales de investigación, que revelen, divulguen o utilicen en forma indebida la información o imágenes obtenidas como consecuencia de su labor, serán sancionados con altas penas de prisión, las cuales van de los seis a los ocho años, así como con la destitución e inhabilitación para desempeñar cargos públicos, por el mismo período que la pena de prisión impuesta.

Como vemos, se trata de un auténtico tipo penal en el cual, sin embargo, resulta difícil identificar la vulneración de un bien jurídico. Según nuestro entender, la conducta típica se configura al irrespetarse una disposición del mismo texto legal, como la contenida en el artículo 70, el cual exige que quienes participen en una intervención telefónica, guarden reserva sobre su contenido. Entonces, se trata del irrespeto a una disposición procedimental, que a nuestro juicio, justificaría el surgimiento de responsabilidad administrativa y eventualmente civil. No obstante, al crearse la posibilidad de que exista responsabilidad penal, el legislador guatemalteco parece orientarse por una



“administrativización” del tipo penal; lo cual, según analizamos capítulos atrás, representa un rasgo eficientista en la persecución de la criminalidad organizada.

#### d) El arrepentido

Finalmente, conviene hacer mención del título quinto de la Ley Contra la Delincuencia Organizada de la República de Guatemala, en donde se regula lo atinente a los “colaboradores”.

En realidad se trata de la figura conocida en doctrina como el “arrepentido”, o bien del “Testigo de la Corona”. Este concepto alude a la conducta de un sujeto, que en principio, pertenece a una organización criminal, y quien no obstante, decide otorgar una colaboración eficaz a los órganos de persecución penal, con la intención de recibir, como contraprestación, alguno de los beneficios que la legislación otorga para tal efecto. Dichos beneficios son de diversa naturaleza y pueden implicar la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión de la acción penal originalmente dirigida en su contra, o bien, la concesión de beneficios a nivel de la ejecución penal (en los supuestos en los cuales sobre la persona ha recaído sentencia condenatoria). La colaboración debe ser de tal entidad, que permita a los cuerpos de policía conocer el funcionamiento del grupo criminal, aprehender a sus líderes, o bien, prevenir los hechos delictivos que presumiblemente se van cometer en el futuro; entre otros aspectos también regulados a nivel legal.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Señalan Campos Calderón Federico y Cortés Coto Ronald: “El desarrollo de organizaciones criminales ha hecho que la figura del “Testigo de la Corona” (o del “Terrorista Arrepentido” como se le conoce en España, o los “Pentiti” en Italia), cada día toma mayor auge en el derecho penal de los diferentes países del orbe como un instrumento de lucha contra el crimen organizado, y consiste básicamente en que una persona que se

El autor español Juan Sellés Ferreiro, en el mismo sentido, define con meridiana claridad:

*“La problemática figura del arrepentido (el pentito italiano, el witness of the crown angloamericano, el Kronzeuge germano) aparece en estrecha vinculación con el combate de ciertas modalidades de delincuencia organizada (en especial los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones de corte mafioso). Supone la existencia de un individuo que, perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento y – normalmente a cambio de ciertos beneficios y de protección – colabora con las autoridades de persecución, suministrándoles informaciones suficientes para condenar a los restantes miembros (en especial, a los que ocupan los puestos más altos en su jerarquía organizativa) y/o declarando como testigo de cargo.”<sup>92</sup>*

La ley guatemalteca enmarca esta colaboración dentro de un concepto, curiosamente llamado, “Derecho penal premial”. Define al arrepentido en el artículo 90, en los siguientes términos:

---

encuentra involucrada en un delito relacionado con el crimen organizado, negocia con la Fiscalía el suministro de información que ayude a evitar otros delitos o a individualizar otros autores, a cambio de una pena menor o de la impunidad. Esta figura viene a constituir una excepción al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal...” CAMPOS CALDERÓN, F y CORTÉS COTO, R. El Valor Probatorio de las Declaraciones Incriminatorias de Coimputados en el Proceso Penal. San José, Costa Rica. Primera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2007. P. 134.

<sup>92</sup> SELLÉS FERREIRO JUAN op. cit. P. 15.

*“La persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente Ley.”*

Nótese que la norma abre la posibilidad de que el colaborador no sea miembro permanente del grupo organizado. De la misma forma, para determinar qué se entiende por “colaboración eficaz”, se brinda al intérprete una lista de conductas contempladas en el numeral 91, entre las más relevantes, evitar la consumación de delitos, conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el acto criminal, identificar a los autores y partícipes, así como a los jefes de la organización y averiguar el destino de los bienes producto del delito, entre otros.

Cabe destacar, que es en el ordinal 92, donde se contemplan los diversos beneficios a los cuales se puede hacer acreedor el colaborador. El beneficio en concreto que se le conceda, dependerá del estadio procesal en el cual se encuentre el sujeto, así como la posición que haya ocupado en la fase ejecutiva del delito en cuestión. En consecuencia, si ha fungido como coautor, se le concede un criterio de oportunidad, o bien, la suspensión condicional de la persecución penal (inciso a). Si su ubicación dentro de la estrategia criminal ha sido la de un cómplice, por parte de la agencia fiscal existe una promesa de no persecución penal (impunidad), o el sobreseimiento, en caso de que el proceso haya iniciado. Finalmente, si el sujeto ha sido ya sentenciado, el beneficio consiste en la rebaja de la pena en dos terceras partes, o la extinción de la sanción, si la rebaja aplicada implica el cumplimiento efectivo de la pena (inciso c).

El mismo artículo 91, in fine, dispone que los beneficios consagrados en la legislación no se pueden otorgar a los jefes o dirigentes de las organizaciones criminales.

En otro orden de ideas, llama la atención lo relativo a las condiciones impuestas al colaborador tras el otorgamiento del beneficio. El numeral 95, dispone que los beneficios se conceden “bajo condición de que el colaborador no cometa delito doloso, por un tiempo no menor del doble de la pena máxima que establece la ley por el delito que se le sindicó o hubiera cometido, por habersele otorgado tal beneficio”. Esta situación nos conduce a colegir que el mantenimiento de tales condiciones se podría perpetuar por largos períodos. Recuérdese que las penas contempladas para estos delitos son en sumo grado altas. Pensemos, por ejemplo, en el delito de comercialización de vehículos y similares robados, previsto y sancionado en el numeral 8. Allí el extremo máximo de la pena está fijado en veinte años. De este modo, si mediare la concesión del beneficio, el individuo se vería sujeto a diversas condiciones por un lapso no menor de cuarenta años.

Finalmente los artículos 98 al 101 prescriben el procedimiento a seguir para otorgar el beneficio al arrepentido. La negociación del acuerdo está a cargo del fiscal, quien tiene la potestad de celebrar reuniones con los potenciales colaboradores, para efectos de valorar la necesidad y razonabilidad de la aplicación de la medida (artículo 96). Una vez recabada la información, el fiscal debe disponer los actos de investigación necesarios para acreditar la veracidad de la información que le ha sido proporcionada. Con estos fines, puede contar con el auxilio de la Policía Nacional Civil, la cual debe efectuar las pesquisas del caso y rendir un informe al fiscal que ordenó la investigación (artículo 97).

De seguido, y una vez corroborada la información, en caso de considerarlo conveniente, el fiscal solicita al juez la concesión de uno de los beneficios previstos en la ley. Es decir, la autorización definitiva es competencia del órgano jurisdiccional. Lo anterior es dispuesto por el ordinal 98, el cual, a su vez, contempla los requisitos que debe contener el acta en la que consta el acuerdo de colaboración.

Si, una vez practicadas las diligencias tendientes a corroborar la información aportada por el colaborador, el resultado es insatisfactorio para los fines de la estrategia de persecución penal, el fiscal puede negarse a la celebración del acuerdo y proseguir con el ejercicio de la acción penal en contra del colaborador.

Cabe resaltar que el juez, a la hora de homologar el acuerdo pactado entre el órgano fiscal y el arrepentido, tiene la posibilidad de hacer las modificaciones que estime pertinentes (artículo 101).

Como punto final, el legislador dispone una serie de obligaciones que el juez debe imponer al colaborador, una vez concedidos los beneficios previstos en la ley. Entre ellos, la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades competentes, reparar los daños causados por los ilícitos cometidos, no acudir a determinados lugares o visitar a determinadas personas, la prohibición de portar armas de fuego (salvo que sea estrictamente necesario por su propia seguridad), devolver los bienes producto de la actividad ilícita, no salir de determinada circunscripción territorial sin autorización judicial,

y finalmente, se indica que en caso de ser necesario se puede otorgar al colaborador una identidad distinta (numeral 102).

A manera de epílogo, consideramos pertinente señalar que el arrepentido, usualmente, ostenta de forma paralela la condición de co imputado dentro del proceso penal. Por esto, su declaración debe valorarse con sumo cuidado, por cuanto su dicho tiene el efecto de acarrear consecuencias jurídicas lesivas de los derechos fundamentales de un sujeto en particular; así, por ejemplo, la aplicación de medidas cautelares sobre el “delatado”, o bien, el dictado de una sentencia condenatoria en su contra.

Ya desde la época del Derecho Romano, concretamente durante el período Imperial, algunos emperadores, como Cornelio Tácito, advirtieron los inconvenientes que podrían generarse tras la concesión de beneficios a los colaboradores. Se estimaba que ello podía conducir al fraude procesal, por cuanto el arrepentido resultaba motivado – antes que por un verdadero acto de arrepentimiento – por las ventajas económicas y jurídicas que la legislación le confería tras su declaración.<sup>93</sup>

En los albores del pensamiento penal ilustrado, el discurso de Beccaria se mostró crítico frente al mecanismo que otorgaba impunidad al cómplice que denunciaba a sus compañeros<sup>94</sup> Desde entonces, el empleo de argumentos en favor y en contra de la figura

---

<sup>93</sup> En este sentido véase CAMPOS CALDERÓN, F y CORTÉS COTO, R op cit. P. 135. Asimismo, resulta fundamental el estudio de la obra citada, por cuanto realiza un exhaustivo análisis de los particulares cuidados que debe tener el aplicador del Derecho, a la hora de valorar deposiciones incriminatorias de co imputados dentro del proceso penal.

<sup>94</sup> Señalaba el florentino que: “Tal recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son que la nación autoriza la traición, detestable aun entre criminales (...) Además, el tribunal delata su propia incertidumbre y la debilidad de la ley, que implora la ayuda de quien la ofende. Las ventajas son, el prevenir

del arrepentido, se ha mantenido constante en el seno del debate suscitado por la doctrina penal. Modernamente, el jurista español Choclán Montalvo ha afirmado:

*“Desde luego no es exigible una actitud altruista del arrepentido (finalidad de colaborar en la lucha contra el crimen organizado), ni un estado psicológico de arrepentimiento, sólo que objetivamente realice un aporte serio y eficaz que permita resultados útiles en la lucha frente a esta clase de criminalidad. El ofrecimiento de atenuación de la pena hecho al colaborador constituye, de este modo, un importante instrumento político-criminal para la lucha contra la criminalidad organizada, pero también favorece falsos arrepentimientos y conductas de fraude procesal.”<sup>95</sup>*

Adviértase que el autor habla de una colaboración “objetiva”, en la cual poco interesa el grado de arrepentimiento que exista en el fuero interno del colaborador (elemento subjetivo). En este sentido, las diversas legislaciones normalmente definen qué se entiende por “colaboración eficaz”. Así, por ejemplo el numeral 91 de la legislación guatemalteca. No obstante lo anterior, siempre subsiste el riesgo de que lo que aparenta ser una colaboración efectiva, encubra una realidad falsa y halle su verdadera motivación, en el deseo de alcanzar alguno de los “premios” dispuestos por el legislador.

---

delitos importantes y que, siendo patentes los efectos y ocultos los autores, atemorizan al pueblo; además, se contribuye a mostrar que quien no guarda fidelidad a la ley, es decir, al público, no es probable que la guarde tampoco al particular”. BECCARIA CESARE op. cit. P. 37.

<sup>95</sup> CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO op. cit. P. 66.

En razón de lo anterior, resulta especialmente relevante el criterio derivado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente en la sentencia del 6 de abril, del año 2000, en la que se resolvió el caso Labita contra Italia. Dicho proceso se basaba en un marco fáctico según el cual, el demandante (acusado penalmente en Italia) había sufrido prisión preventiva, que había sido dictada y sistemáticamente prorrogada, con base en elementos de prueba que hacían mención a una sola fuente, consistente en las declaraciones de un “arrepentido”. Este colaborador había manifestado conocer, por fuentes indirectas, que el demandante era tesorero de una organización mafiosa.

En la parte considerativa de esta sentencia, se dispuso que la decisión judicial por medio de la cual se mantuvo al señor Benedetto Labita, detenido preventivamente, por un período aproximado de dos años y siete meses, violó el numeral 5, sección c, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el cual dispone que la detención provisional resulta válida, si el individuo: “ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

Pues bien, el Tribunal Europeo consideró que la existencia de una sola declaración inculpativa en contra del inculpado, no constituía un indicio racional suficiente, en los términos del artículo supra citado. Al respecto argumentó:



*“El Tribunal es consciente del hecho de que la colaboración de "arrepentidos", es un arma muy importante en la lucha de las autoridades italianas contra la Mafía. Sin embargo, el uso de declaraciones de "arrepentidos" da lugar a problemas difíciles ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones están abiertas a manipulaciones y a menudo se realizan para obtener las ventajas que la ley italiana otorga a los "arrepentidos", o por venganzas personales. No debe subestimarse la naturaleza a veces ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y arrestada sobre la base de declaraciones no contrastadas que pueden no ser en todos los casos totalmente desinteresadas (...)*

*Por estas razones, como reconocen los tribunales nacionales, las declaraciones de los "arrepentidos" deben corroborarse con otras pruebas. Además, los testimonios de oídas [indirectos] deben sustentarse en pruebas objetivas.”<sup>96</sup>*

En suma, según la doctrina que emana de esta sentencia, a la cual nos adherimos plenamente, el valor que ostenta para el proceso la declaración de un arrepentido, no puede tener una relevancia decisiva, sino tan sólo indiciaria, en la medida en que debe ser confirmada a partir del examen detallado de un contexto probatorio más amplio.

---

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 6 de abril de 2000 citada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. Madrid, España. Editorial Consejo General del Poder Judicial, 2001. P. 130.

## 2.2 Caso de Venezuela: Ley orgánica contra la delincuencia organizada

La legislación venezolana comparte con la ordenanza guatemalteca, la característica de brindar un tratamiento legal en el cual resultan igualmente abarcados los instrumentos procesales de investigación, así como la tipificación de nuevas conductas; es decir, el abordaje desde la óptica del Derecho sustantivo.

Su título segundo se encarga de la creación “de los delitos”. Para ello se compone de siete capítulos, los cuales agrupan diversos ilícitos que violentan bienes jurídicos de diferente naturaleza. Por ejemplo, el capítulo segundo se dedica de la sanción “de los delitos contra el orden socioeconómico”, mientras que el capítulo cuarto recoge los “delitos contra las personas”.

Incorporar un análisis exhaustivo de cada uno de estos tipos penales, excedería los alcances del presente capítulo. Sin embargo, consideramos conveniente mencionar algunos de ellos, con el propósito de verificar la presencia de varios de los rasgos “eficientistas”, que acompañan el tratamiento jurídico penal de la criminalidad organizada.

Así, por ejemplo, el numeral quinto de la ley de comentario, regula el delito de “legitimación culposa de capitales”, el cual dispone que cuando la legitimación “se cometa por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley por parte de los empleados o directivos de los sujetos obligados (...) la pena será de uno a tres años de prisión.”

Es claro que el núcleo del tipo penal, se halla en la “inobservancia de la ley” por parte del sujeto activo, el cual procede con falta al deber de cuidado. Al respecto, baste indicar que las disposiciones que disciplinan la fiscalización que debe ejercerse, sobre el ingreso de bienes y capitales, se enmarcan dentro del objeto de regulación del Derecho administrativo. No obstante, el legislador ha optado por “reforzar” estas disposiciones, a través de la creación de una norma que sanciona penalmente, a todo aquel que por culpa inobserve ese marco regulatorio.

Nótese que no resulta claro cuál bien jurídico se está violentando con la conducta del autor. Pareciera que incluso se está sancionando una “colaboración culposa” que facilita la legitimación de capitales de origen ilícito. Con ello se opta por la “administrativización” del sistema penal.

Otro tipo penal que nos ilustra la tendencia de la política criminal contemporánea, de apartarse de los bienes jurídicos, con base en los cuales se construyó el Derecho penal liberal (vida, libertad, salud, patrimonio, entre otros), es el contenido en el artículo catorce. En la primera parte de dicha norma se contempla que: “Quien explote la industria o el comercio de la pornografía para reproducir lo obsceno o impúdico a fin de divulgarlo al público en general, será castigado con una pena de dos a seis años de prisión”.

Véase, que se tipifica como delictiva la conducta de participar en la producción o divulgación de pornografía. Con ello se establece una seria afrenta al principio de lesividad, puesto que no queda claro cuál bien jurídico resulta lesionado con la verificación

de la conducta descrita en el precepto. Asimismo, la norma penal está cargada de conceptos jurídicos indeterminados, lo cual violenta los principios de taxatividad y certeza, derivados del principio de legalidad penal. En este sentido, adviértase la presencia de conceptos como “lo obsceno y lo impúdico”.

Posteriormente, la norma dispone una agravante para el caso de que la pornografía fuere realizada con niños o adolescentes. En este segundo supuesto, la tutela penal sí deviene proporcionada y justificada, en el tanto busca proteger el interés superior del niño. Sin embargo, consideramos que tratándose de personas adultas, la punición de la conducta, violenta numerosos derechos fundamentales, tales como la libertad (entendida en este caso como autonomía de la voluntad), la libertad de empresa y comercio, entre otras.

Finalmente, es menester presentar una última observación acerca del enfoque sustantivo de la ley venezolana. Nos referimos en esta ocasión al artículo 16 de la ley bajo estudio. Dicha norma posee un epígrafe titulado “Delitos de delincuencia organizada”. Se trata de una lista integrada por trece incisos, donde recoge diversos delitos, los cuales, sumados a otros que la ley tipifica de forma autónoma, se reputan como “de delincuencia organizada”.

La calificación del delito posee importantes efectos prácticos, pues una vez que se valore la presencia de una estructura de delincuencia organizada, los mecanismos especiales de investigación y juzgamiento, que consagra la ley, devienen aplicables. Como sabemos, estos mecanismos representan una habilitación de poder punitivo (que para estos

efectos es un verdadero poder de policía) mayormente oneroso en comparación con la normativa “común”.

Con base en lo anterior, creemos conveniente efectuar un planteamiento crítico en relación con algunos ilícitos penales que forman parte de esta lista. Por ejemplo, véase que el inciso séptimo habla genéricamente “de los delitos ambientales”. Si bien es cierto, la doctrina coincide en que verdaderas organizaciones criminales se dedican a la perpetración de esta clase de delincuencia, también es cierto que existen algunos tipos de delitos ambientales cuya gravedad es de baja intensidad, y en esa medida, su tratamiento como un delito del crimen organizado resulta poco proporcionado.

Idéntica situación se presenta con el inciso octavo *Ibíd.* Allí se habla de “El hurto, robo o tráfico ilícito de vehículos automotores, naves, aeronaves, buques, trenes de cualquier índole, sus piezas o partes.” Evidentemente, la sustracción y posterior comercialización de vehículos (así como de sus partes), es una actividad recurrente del crimen organizado. Sin embargo, la falta de precisión del legislador puede llevar a confusiones a la hora de interpretar el texto legal. Verbigracia, piénsese que el hurto de una motocicleta podría incluirse dentro de los supuestos de la norma. Sin embargo, no resultaría plausible deducir que un delito de esas características deba regularse por la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada.

En otro orden de ideas, pasamos ahora al examen de los denominados procedimientos especiales; es decir, nos introducimos en el análisis de la parte procesal de la ordenanza guatemalteca. En ella fundamentalmente se recogen los mismos institutos que

ya estudiamos en la ley de la República de Guatemala. Sin embargo, subsisten algunas diferencias en el tratamiento brindado por el legislador.

#### a) Operaciones encubiertas

En relación con la infiltración policial y las operaciones encubiertas, el artículo segundo de la ley brinda, en su inciso sexto, una definición de lo que entiende como “agentes de operaciones encubiertas”. Al efecto se señala:

*“Funcionarios de unidades especiales que asumen una identidad diferente a la normalmente desempeñada en los órganos de policía con el objeto de infiltrarse en las organizaciones o grupos de delincuencia organizada para obtener evidencias sobre la comisión de alguno de los delitos previstos en la presente Ley. Queda entendido que estas operaciones son de carácter excepcional y se efectuarán bajo la dirección del fiscal del Ministerio Público competente previa autorización del juez de control, siempre que parezca difícil el esclarecimiento del delito investigado o para efectuar los decomisos o confiscaciones a que hubiera lugar.”*

De este concepto se pueden extraer algunas conclusiones importantes. En primer lugar, se reitera que el agente encubierto debe ser miembro de un cuerpo de policía. Este mandato se reitera en el numeral 38 *Ibíd.*, el cual dispone en su parte inicial que, “Los funcionarios pertenecientes a unidades especializadas son los únicos que pueden, por

solicitud del Ministerio Público y previa autorización del juez de control, ocultando su verdadera identidad, infiltrarse en organizaciones delictivas...”

Al igual que lo prescribe la legislación guatemalteca, la dirección de la operación es competencia del fiscal. Sin embargo, habíamos visto que en el ordenamiento guatemalteco, era el Fiscal General de la República quien autorizaba la medida (previa solicitud del fiscal encargado de la investigación). No obstante, en el caso venezolano, la autorización la concede el juez de control. Es decir, la resolución judicial se plantea como un requisito de procedencia de la medida. Tal disposición se repite en el ordinal 33, el cual dicta que: “Estas operaciones especiales se llevarán a cabo a solicitud del fiscal del Ministerio Público y bajo la dirección y supervisión de éste, con la autorización previa del juez de control”.

Siempre dentro del mismo tema de la autorización judicial, el numeral 34 señala que el juzgador la puede autorizar “por el tiempo que considere necesario, dadas las circunstancias del caso expuestas por el Fiscal del Ministerio Público”. Además, dispone que una vez vencido el plazo otorgado y en caso de que no se hayan obtenido los resultados esperados, se puede conceder una prórroga.

Para este mismo aspecto, la legislación guatemalteca sujetaba la autorización del Fiscal General, a un plazo específico de seis meses, el cual podía ser renovado hasta por un año (artículo 26 de la Ley contra la Delincuencia Organizada de la República de Guatemala).

Se deja en claro que la infiltración persigue como objetivo, recabar evidencias sobre la comisión de alguno de los delitos previstos en la ley. Es decir, se afirma el carácter investigativo que asume este mecanismo. Asimismo, el numeral 35, al enunciar los requisitos que deben reunirse para conceder la autorización, señala que ésta procede, no solo en caso de que se haya cometido un delito, sino también para el caso de que “exista sospecha fundada de un comienzo de ejecución”. Con esto, vemos que se confiera a las operaciones encubiertas una doble naturaleza, compuesta por una dimensión investigativa-represiva, y otra de tipo preventivo. Incluso el numeral 37 de la ley bajo estudio, preceptúa que la licitud de la operación está condicionada por la finalidad perseguida, la cual reside fundamentalmente en obtener evidencias incriminatorias (inciso 1), identificar autores y partícipes de los delitos (inciso 2) y evitar la comisión de los delitos previstos en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada (inciso 4).

El numeral 36 contempla la posibilidad de que el agente encubierto, induzca la realización de ciertos hechos punibles, con la intención de obtener elementos de prueba que permitan determinar la existencia de una actividad delictiva recurrente en el seno de una organización criminal. Al efecto señala el legislador:

*“Los encargados de estas operaciones especiales excepcionales de compra o venta simulada de los objetos y sustancias utilizados para cometer estos delitos, sólo las podrán realizar con el fin de obtener evidencia incriminatoria en una investigación penal, bajo el requisito de ser un oficial de policía de investigaciones penales, pertenecientes al grupo de agentes*



*especializados en operaciones encubiertas de las organizaciones policiales competentes por esta Ley.”*

En realidad, estamos en presencia de lo que en doctrina se conoce como el “agente provocador”. Esta figura ha suscitado importantes debates relacionados con su legitimidad constitucional. Según ha manifestado el autor Juan Sellés Ferreiro, los agentes provocadores:

*“provocan con su comportamiento que el sospechoso lleve a cabo determinadas conductas, que son reveladoras de un delito ya cometido (normalmente, la tenencia de droga preordenada al tráfico). Esta conducta del “agente provocador” resulta admisible como técnica para la investigación delictiva, pues lo que se provoca no es más que la obtención de la prueba del delito, pero no el delito como tal”.<sup>97</sup>*

La doctrina y la jurisprudencia, han entendido que el delito provocado debe ser necesariamente impune. En primer lugar, por cuanto el hecho es inducido por un agente de policía, y por consiguiente, el bien jurídico protegido no corre riesgo de lesionarse, toda vez que el funcionario mantiene control sobre el contexto dentro del cual se desarrolla la actividad. Por otro lado, no existe culpabilidad en la conducta del sujeto provocado, ya que su capacidad de autodeterminarse se ve drásticamente reducida, en virtud de la incitación que experimenta.

---

<sup>97</sup> SELLÉS FERREIRO JUAN op. cit. P. 16.

Así las cosas, la acción que en estas condiciones se produzca (la cual no constituiría propiamente un “delito”), tiene para los fines de la investigación penal, tan solo un valor probatorio. Por ello, la norma contenida en el artículo 36 es enfática al señalar que las operaciones “sólo las podrán realizar con el fin de obtener evidencia incriminatoria en una investigación penal”. Asimismo, se plantea la exigencia de que el agente provocador sea un funcionario policial. Esto por cuanto, algunos sistemas jurídicos, han admitido la posibilidad de que los órganos policiales empleen a sujetos extraños a los cuerpos de policía, para realizar las “provocaciones”.

Finalmente, debe aclararse, que si bien es cierto, la legislación venezolana autoriza a que en el ámbito de una operación encubierta, se recurra a la figura del agente provocador, entre ambos institutos existen diferencias sustanciales. Así, por ejemplo, mientras las operaciones encubiertas comúnmente son de una duración extensa, el agente provocador interviene en investigaciones de corta duración. Además, en tanto las operaciones encubiertas tienen su razón de ser, en la necesidad de infiltrarse en auténticas organizaciones criminales, la provocación de delitos es más común en casos en los cuales, si bien existen bandas dedicadas a perpetrar actos ilícitos (usualmente tráfico de drogas al menudeo), y por ende existe alguna estructura asociativa, no se trata de empresas criminales.

b) La entrega vigilada

En el análisis de este instituto, encontramos algunas diferencias entre el tratamiento brindado por el legislador guatemalteco, y aquel que recoge la ordenanza venezolana. En el caso de la Nación sudamericana, vemos que la definición se contempla desde el numeral segundo, inciso tercero. Allí se señala que la entrega vigilada es la:

*“Técnica que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes con el fin de investigar los delitos de delincuencia organizada, a las personas involucradas en la comisión de éstos y las realizadas internamente en el país.”*

Posteriormente, su regulación se incorpora dentro del Título Tercero, Capítulo Tercero, en el cual se ubicaba también la técnica de las operaciones encubiertas. Esto nos revela la mezcla que efectúa el legislador venezolano entre ambos institutos. En el artículo 32, dispone:

*“En caso de ser necesario para la investigación de algunos de los delitos establecidos en esta Ley, el Ministerio Público podrá, mediante acta razonada, solicitar ante el juez de control la autorización para la entrega vigilada o controlada de remesas ilícitas de bienes a través de agentes encubiertos pertenecientes a los organismos especializados de seguridad del Estado venezolano.”* (El subrayado no es del original).

De lo anterior, se interpreta, que entre las operaciones encubiertas y la entrega vigilada, subsiste una relación de interdependencia, en el tanto son los agentes encubiertos quienes, previa autorización judicial, se pueden infiltrar dentro de una organización criminal. Concomitantemente, existe una autorización para que el comercio ilícito, al cual se dedica esta organización, pueda seguir su curso.

Así como en el caso de las operaciones encubiertas, la norma exige que el fiscal del Ministerio Público, solicite la autorización al juez para aplicar este mecanismo de investigación. Sin embargo, el párrafo segundo, señala que en casos de extrema necesidad y urgencia operativa, el fiscal puede realizar el procedimiento especial de la entrega vigilada, sin autorización judicial previa, siempre y cuando notifique de inmediato al juez de control y formalice su solicitud en un lapso no mayor de ocho horas.

No obstante lo anterior, la misma norma del artículo 32 habilita una tendencia a la administrativización de las normas penales, puesto que dispone en su último párrafo: “El incumplimiento de este trámite será sancionado con prisión de cuatro a seis años, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil en que se incurra.” Es decir, se establece la responsabilidad penal, para el fiscal que omita una aplicación estricta del procedimiento tendiente a obtener la autorización para instaurar la entrega vigilada. Incluso, el mismo tipo penal describe como conducta típica el incumplimiento del trámite. Lo anterior, sin que quede claro cuál bien jurídico se está tutelando con la creación de este delito.

Esta tendencia a la administrativización, que hemos definido como uno de los rasgos que caracterizan al “eficientismo” penal, también está presente en las normas que regulan la técnica de la infiltración policial. En este caso, la ley es clara en que debe guardarse reserva de la identidad del agente de operaciones encubiertas. Lo anterior, con la finalidad de garantizar el éxito de la investigación, así como la vida y la integridad del agente y sus familiares. Bajo esa tesitura, el numeral 40 de la ley bajo estudio, señala que quien revele la identidad de un agente de operaciones encubiertas, su domicilio, así como quienes son sus familiares, se hace acreedor de una pena de seis a ocho años de prisión. En caso de que el sujeto que revele dicha información sea un funcionario policial, militar o funcionario público, la pena se aumenta de quince a veinte años de prisión e inhabilitación para pertenecer a los órganos de seguridad y defensa de la Nación.

Nótese que el discurso de la administrativización se vislumbra de modo completo. Se trata de una prohibición, que en principio, posee una naturaleza administrativa, por cuanto disciplina una materia global. Es decir, se estima que la regulación de esta técnica en particular (la infiltración policial) fracasaría si una gran cantidad de personas revelase los datos de identificación de los agentes encubiertos (o sea, si una generalidad de personas verificasen el supuesto de hecho de la norma). Luego, con la intención de reforzar esa prohibición, se le imputa responsabilidad penal al infractor. Lo anterior, sin que resulte clara y evidente (como exige el Derecho penal liberal) la lesión de un bien jurídico.

c) La intervención de las comunicaciones privadas

Como se mencionó en el acápite anterior, la intervención de las comunicaciones privadas, es posiblemente el mecanismo de investigación más conocido en materia de crimen organizado. Igualmente se destaca por ser uno de los mecanismos invasivos del derecho a la intimidad de las personas. En la legislación venezolana, se contempla en el artículo 30, el cual preceptúa que:

*“En los casos de investigación de los delitos previstos en esta Ley, previa solicitud razonada del Ministerio Público, el juez de control podrá autorizar a éste el impedir, interrumpir, interceptar o grabar comunicaciones y otros medios radioeléctricos de comunicaciones únicamente a los fines de investigación penal, en concordancia con el artículo 6 de la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones y de acuerdo a las normas establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Las empresas privadas de telefonía están obligadas también a permitir que se usen sus equipos e instalaciones para la práctica de las diligencias de investigación antes señaladas.”*

En el caso de la ley venezolana, el abordaje brindado al tema es más escueto, si lo comparamos con la regulación introducida por el legislador guatemalteco. Esto se explica, en alguna medida, por la remisión efectuada a una ley especial, como es la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. En todo caso, se delinear algunos puntos importantes, como el imperativo de que la autorización sea concedida por el juez de control, tras solicitud razonada del Ministerio Público.

En otro orden de ideas, se señala que tales interceptaciones son legítimas “únicamente a los fines de investigación penal”, lo cual nos da pie para afirmar que este instrumento procesal, resulta aplicable únicamente a los efectos de investigar un delito ya acaecido; lo cual no obsta para que pueda emplearse de forma preventiva, cuando en medio de una investigación concreta, se constate el planeamiento de algún acto criminal.

Otro tema de suma importancia, radica en determinar ante qué supuestos de hecho puede hacerse uso de esta medida. El mismo artículo 30 lo aclara en su proposición inicial, al señalar que procede en los casos de investigación de los delitos previstos en la ley. Para estos efectos, debemos remitirnos al Título Segundo, el cual, a través de siete capítulos, recoge los tipos penales. Como analizamos anteriormente, en esta enumeración de delitos, hay algunos que sí devienen claramente identificados con el fenómeno de la delincuencia organizada. Tal es el caso de la legitimación de capitales (artículo 4), el terrorismo (artículo 7), o el sicariato (artículo 12). No obstante, también es fácil advertir la regulación de ilícitos cuyo potencial lesivo para el interés público es muy bajo. Es el caso de algunas modalidades de comisión del delito de estafa (el cual se recoge de modo “abierto” en el inciso tercero del artículo 16), o bien, el hurto de automotores (artículo 16, inciso octavo).

En resumen, desde un enfoque crítico, reconocemos nuevamente la importancia de precisar un concepto de crimen organizado, que se identifique con conductas realmente lesivas de bienes jurídicos valiosos para la convivencia social. Esto será decisivo a la hora de habilitar al poder punitivo, para que haga uso de métodos de investigación, que como la intervención de las comunicaciones, son a todas luces más onerosos, desde el punto de vista de los derechos fundamentales y sus garantías, en comparación con los procedimientos

ordinarios de investigación. En este sentido, su utilización resultaría justificada, por citar algunos ejemplos, tratándose de la investigación de una organización dedicada a traficar materiales energéticos (artículo 3); pero no así cuando está de por medio una legitimación culposa de capitales (artículo 5), la cual se configura por la simple inobservancia culposa de una disposición normativa, por parte de un funcionario público.

#### d) El arrepentido

El arrepentido es definido por la legislación venezolana en el numeral 29. Allí se estipula que: “Cuando el imputado colabore eficaz y diligentemente con la investigación, aporte información esencial para evitar la continuación del delito, se suspenderá el ejercicio de la acción penal.”

En esta primera parte de la norma, se contempla un primer beneficio, consistente en la suspensión del ejercicio de la acción penal, lo cual apareja como consecuencia lógica, la impunidad de su conducta. Este beneficio se obtiene una vez que el imputado aporta información que permite evitar la continuación del delito.

El párrafo segundo de la norma recoge un segundo beneficio, el cual se identifica con la rebaja de la pena de un tercio a la mitad. Ello es aplicable cuando se aporte información que permita la incautación o confiscación de cantidades considerables de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o de químicos esenciales, o de capitales o bienes ilícitos a los cuales se refiere la ley. También en el supuesto de que se ayude a esclarecer el



hecho investigado u otros conexos, o cuando se proporcione información útil para probar la participación en el delito objeto de la persecución.

Pareciera que el caso del primer beneficio (suspensión de la acción penal), se relaciona con la obtención de información que permita evitar la configuración del delito. En relación con el segundo párrafo, el cual consagra el beneficio de disminución de la pena, el supuesto de hecho hace referencia a tres diversas situaciones. La primera de ellas, refiere a informaciones con base en las cuales se logre la incautación de objetos de origen o comercio ilícito. La segunda, atañe a colaboraciones que permitan dilucidar el hecho investigado, así como otros que le sean conexos. Finalmente, se menciona la información que coadyuve a establecer la participación de determinadas personas en el delito objeto de persecución.

Acá se percibe una diferencia en relación con la legislación guatemalteca, por cuanto solamente se regulan dos tipos de beneficios, a saber, la no persecución y la rebaja de la pena. A la vez, el imputado puede pretender acceder a estos beneficios, dependiendo del tipo de información que brinde y más aún, dependiendo de los efectos que la información brindada pueda ejercer para la investigación. Es decir, si permite evitar la continuación del delito, se asigna un beneficio en concreto (la suspensión de la acción penal), en tanto que si permite esclarecer el hecho, se aplica otro (la disminución del monto de la pena).

En el caso de la legislación guatemalteca, tal y como lo analizamos previamente, su numeral 92, establece que el otorgamiento de beneficios está en función de la particular

posición que asuma el arrepentido dentro del esquema de participación criminal. Así, es diverso el beneficio ofrecido al cómplice, que aquel ofrecido al autor o al sentenciado.

El legislador venezolano, de modo diverso al guatemalteco, reguló el instituto procesal del arrepentido, únicamente a través una disposición (el numeral 29, que acabamos de comentar). Se puede afirmar que dicha regulación es insuficiente y crea lagunas en el tratamiento del tema. Así, por ejemplo, no se disciplina el procedimiento por seguir en caso de que el órgano fiscal desee aplicar este método de investigación. Todo esto nos permite colegir, que las facultades concedidas al Ministerio Público son amplias, y en alguna medida, peligrosas, por cuanto el ejercicio de la acción penal, cuyo control jurisdiccional es vital tratándose de este método de investigación, es muy escaso y da paso a una enorme discrecionalidad.

### **2.3 Caso de El Salvador: Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja**

La ordenanza salvadoreña se caracteriza por su breve extensión, así como por la parquedad con que regula los diversos tópicos que usualmente se incluyen dentro de este tipo de codificaciones. Es decir, si la comparamos con las leyes anteriormente estudiadas, veremos que ésta posee un articulado escaso, y omite hacer referencias explícitas a cada uno de los métodos especiales de investigación, que analizamos en acápite anteriores.

Se trata fundamentalmente de una ley procesal que disciplina la creación de Tribunales especializados en la tramitación y el juzgamiento de los delitos relativos al crimen organizado. Su preámbulo aclara la intención que guió al legislador al promulgar este cuerpo legal, pues dispone que:

*“...en la actualidad, los delitos más graves que se cometen tanto en el ámbito nacional como internacional, revisten las características del crimen organizado o son de realización compleja. En consecuencia, es necesario regular un procedimiento especializado que con mayor celeridad y eficacia sancione tales hechos, así como establecer jueces y tribunales que atiendan con exclusividad este tipo de delitos...”* (El subrayado no es del original).

Nótese, que la estructura discursiva del eficientismo se plasma de forma expresa, pues se hace referencia a la búsqueda de la “eficacia” y la “celeridad”. Asimismo, se argumenta que tales ideales pueden verse materializados en virtud de la promulgación, y posterior aplicación, de la ley.

Ahora bien, estos tribunales especiales se regulan en los numerales primero y tercero de la ley salvadoreña. El artículo 1 establece, que el objeto de la ley reside en la regulación y el establecimiento de la competencia de los tribunales especializados, así como en los procedimientos tendientes a juzgar los delitos cometidos bajo la modalidad del crimen organizado, o de realización compleja, cuya definición oportunamente estudiamos en el capítulo anterior y que se consagra legalmente en el mismo artículo primero. En síntesis, la competencia material es asignada por la particular modalidad que asuma la

comisión de un delito, a saber, que se subsuma dentro del concepto de “crimen organizado”.

De seguido, el artículo 3 se encarga de atribuir la competencia territorial de dichos tribunales. En el mismo sentido, el artículo 4 preceptúa que corresponde a la Fiscalía General de La República, determinar, con base en los elementos de prueba recabados, si la competencia para el conocimiento de la causa debe asignarse a la jurisdicción ordinaria, o bien, a esta jurisdicción especializada. De la misma forma, se dispone que si durante la tramitación de la sumaria, el juez especializado resuelve que el proceso debió haberse iniciado en un juzgado común, debe remitir a éste todas las actuaciones. Lo mismo aplica a la inversa; es decir, cuando el juez ordinario valora que los hechos son propios del crimen organizado y, por consiguiente, su conocimiento corresponde a la jurisdicción especializada.

Ahora bien, conviene reflexionar brevemente acerca de las garantías que podrían verse lesionadas, con el establecimiento de estos tribunales especializados. “Prima facie”, podría pensarse en una vulneración al principio del juez natural o regular<sup>98</sup>. No obstante, dichos tribunales especiales cumplen con el requerimiento de ser establecidos por medio de

---

<sup>98</sup> Dicho principio se encuentra consagrado, entre otros instrumentos normativos, en el numeral octavo, inciso primero, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el cual dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” (el subrayado no es del original). En el medio nacional, la Sala Constitucional, en su sentencia 1739-92, de las once horas, cuarenta y cinco minutos, del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, dispuso que dicho principio, en la tradición romano germánica, se identifica de mejor forma bajo la denominación de juez regular, y señaló que forma parte integrante del debido proceso.

una ley formal, y con anterioridad a la comisión de los hechos que eventualmente habrían de juzgar.

Señala el profesor Javier Llobet Rodríguez que:

*“...en ocasiones el legislador le otorga el conocimiento de determinado tipo de delitos a un determinado tribunal, lo que ocurre con frecuencia en el Derecho Comparado con respecto al Derecho Penal económico, ya que se parte de la necesaria especialización del tribunal (...)*

*Existe consenso en que los tribunales que conocen sobre determinada materia penal no son tribunales especiales, por ejemplo en el caso costarricense sobre Derecho Penal Juvenil o sobre Derecho Penal Tributario.”<sup>99</sup>*

Es decir, la violación del principio del juez natural o regular, se verifica cuando son creados tribunales ad hoc, especialmente diseñados para el juzgamiento de determinadas personas o de un determinado conjunto de hechos. Quizá el ejemplo más ilustrativo lo encontramos en algunos tribunales a los que, históricamente, se les encomendó el juzgamiento de los crímenes de guerra. En estos casos, los tribunales resultaban establecidos con posterioridad a la comisión de los hechos objeto de su conocimiento (ex post facto), y con la finalidad única y específica de proceder a “ese” juzgamiento.

---

<sup>99</sup> LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). San José, Costa Rica. Tercera edición, Editorial Jurídica Continental, 2006. P. 53 y 55.

Así las cosas, como lo sostiene el profesor Llobet Rodríguez, asignar a un tribunal específico, mediante una ley, el conocimiento de una materia, no contraviene necesariamente las garantías de imparcialidad o del derecho a un juez regular<sup>100</sup>. Antes bien, podría redundar en un beneficio para la administración de justicia, pues la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, implica una mayor garantía para los sujetos procesales. En el caso del Derecho penal juvenil, encontramos un buen ejemplo que nos permite colegir la conveniencia de esta especialización. En esta materia, la especialización responde a disposiciones normativas de orden internacional, que han sido emitidas en materia de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, y en esa medida representa una mayor garantía para las partes.

No obstante lo anterior, en materia de criminalidad organizada, resulta válido cuestionarnos si la materia constituye, por sí misma, una rama especializada en comparación con la generalidad de los delitos que son juzgados en la jurisdicción ordinaria. Véase que los ilícitos que contempla la ley salvadoreña (homicidio, secuestro y extorsión), no difieren sustancialmente de aquellos que conocen los tribunales comunes. Pareciera entonces, que el criterio seguido por el legislador para la creación de la jurisdicción especializada, no ha sido el de la materia objeto de su conocimiento.

---

<sup>100</sup> En el ordenamiento jurídico costarricense fue cuestionada la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Justicia Tributaria, número 7535, la cual encargaba a la Corte Plena, la potestad de asignar a un tribunal especial, el conocimiento de los delitos tributarios, competencia que finalmente fue asignada a los órganos jurisdiccionales (Juzgado y Tribunal Penal) del Segundo Circuito Judicial de San José. En esa oportunidad, nuestro Tribunal Constitucional resolvió: “En consecuencia, el acuerdo de Corte Plena impugnado por el accionante, no vulnera los derechos al debido proceso ni al Juez natural por cuanto, la Corte Plena, al asignar la competencia de la materia penal tributaria a los órganos del Segundo Circuito Judicial citados, no crea un tribunal especial para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sino que, en uso de sus competencias legales, ejecuta el mandato impuesto por la legislación a través de un acuerdo que organiza y distribuye el trabajo, y en consecuencia, tampoco en cuanto a este punto estima la Sala que exista inconstitucionalidad alguna que declarar”. Sala Constitucional, sentencia 2000-05888, de las diez horas con tres minutos del trece de julio del dos mil.

En este orden de ideas, es posible argumentar, que si no encontramos razones objetivas que permitan colegir la razonabilidad de crear un tribunal específico, como lo sería, por citar algunos ejemplos, la tecnicidad de una materia, como en el caso de los delitos tributarios, o bien, el cumplimiento de una exigencia impuesta por el Derecho Internacional, como en el supuesto de la jurisdicción penal juvenil; no consideramos que sea válido el establecimiento de tribunales especializados. En el caso de la legislación salvadoreña, no apreciamos particularidades de este tipo, pues el Derecho penal por aplicar, no difiere cualitativamente de aquel aplicado por los tribunales comunes, y el único rasgo diferenciador que podemos contemplar, es aquel relativo al empleo de algunos instrumentos procesales peculiares, los cuales en todo caso, son puestos al servicio de los órganos policiales y judiciales encargados de la persecución penal, y nunca al servicio de los órganos jurisdiccionales.

De este modo, se corre el riesgo de poner en entredicho la imparcialidad del juzgador. Por lo demás, desde el punto de vista de la ideología a la que responde esta política criminal, parece acercarse a tesis propias del eficientismo penal del enemigo (en la nomenclatura empleada por el autor colombiano Alejandro Aponte Cardona), por cuanto se edifica un proceso penal diferenciado, para esta “clase” de imputados, que pretende un juzgamiento especializado, con base en razones que no obedecen a criterios de especialidad de la materia.

Continuando con el análisis del articulado de la legislación salvadoreña, sobresale lo dispuesto por el ordinal segundo, el cual, debe entenderse como una norma sustantiva, según la cual:

*“A los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, si no tuvieren sanción señalada especialmente, se les impondrá una pena que oscilará entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la prevista para el delito respectivo.”*

Como podemos advertir, se trata de la ruptura del principio general, según el cual, los actos preparatorios integrantes del “iter criminis”, son impunes, salvo que ellos constituyan, por sí mismos, un delito autónomo. Tal ruptura, asume rasgos propios de las teorías subjetivas que explican el fundamento de punición de la tentativa, de acuerdo con las cuales, lo decisivo para la punición de un determinado comportamiento es la voluntad delictiva, o la peligrosidad de su autor, sin importar la existencia de una concreta puesta en peligro, o una lesión efectiva, del bien jurídico<sup>101</sup>. Esto, a su vez, se apoya en concepciones propias del Derecho penal de autor y resulta groseramente contrario a los principios del Derecho penal liberal. A este respecto, se han referido autores como Jakobs, quien ha señalado que el adelantamiento de la frontera de punición, responde a una lógica según la cual:

---

<sup>101</sup> Al respecto, véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ op. cit. P. 431.



*“...no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a los hechos futuros, no a la sanción de los hechos cometidos.”*<sup>102</sup>

Al mismo tiempo, nos demuestra, una vez más, que dentro del enfoque normativo estatuido en la “lucha contra” la criminalidad organizada, son sacrificados numerosos principios, patrimonio del liberalismo penal, los cuales provienen indistintamente del Derecho penal sustantivo (como en el caso recién analizado), o bien, del Derecho procesal. En esta oportunidad, el principio de lesividad (del cual derivamos el de no punibilidad de los actos preparatorios), resulta lesionado, toda vez que el castigo de la proposición, la preparación o la conspiración, pretende la tutela, ya no de bienes jurídicos socialmente relevantes, sino de un sentimiento colectivo de seguridad, el cual – se estima – resulta amenazado sin que haya iniciado la ejecución de un delito en concreto. Como lo señala Silva Sánchez, para el Derecho penal contemporáneo, lo decisivo ya no es la dimensión de lesividad del comportamiento individual.<sup>103</sup>

Continuando con el estudio del articulado de la ordenanza salvadoreña, corresponde hacer una breve referencia de lo dispuesto por el capítulo segundo, el cual se titula “Reglas de prueba”, y contiene disposiciones eminentemente procesales. Así, por ejemplo, el artículo quinto dispone que en la investigación de los delitos previstos en la ley bajo

<sup>102</sup> CANCIO MELIÁ MANUEL y JAKOBS GÜNTER op cit. P. 40.

<sup>103</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ op. cit. P.143.

estudio, la Fiscalía General de la República debe ejercer todas las facultades investigativas, conforme con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, así como determinar la responsabilidad de los autores o partícipes de los hechos delictivos. Nótese que tal precepto no representa mayor novedad en comparación con las disposiciones de la legislación procesal ordinaria. Sin embargo, la norma añade una disposición novedosa al señalar que “El fiscal del caso autorizará por escrito el empleo de métodos especiales de investigación, tales como operaciones encubiertas o entregas vigiladas.”

Ahora bien, a nivel de doctrina y de legislación comparada, ya hemos analizado en el presente apartado, las diversas implicaciones de estos métodos especiales de investigación. Lo que llama la atención de la norma en comentario, es la escasa regulación que brinda a dichos institutos, puesto que únicamente habilita su empleo, en abstracto, y dispone que la autorización para su aplicación, debe otorgarse de forma escrita por el “fiscal del caso”.

En relación con el órgano competente para brindar la autorización, advertimos una semejanza con la legislación guatemalteca, con la única salvedad de que en esta última, la autorización no es concedida por el fiscal que lleva a cabo la investigación, sino por el Fiscal General de la República, ante solicitud de aquel. En el caso de la legislación venezolana, la autorización debe provenir de un juez.

Así las cosas, creemos que el empleo de estas técnicas especiales de investigación, si bien es cierto, podrían resultar necesarias y razonables de cara a la persecución de la criminalidad organizada, por parte del legislador requieren el dictado de pautas legales que

disciplinen su utilización de modo preciso y detallado, pues de lo contrario, se estaría dejando su aplicación al arbitrio de las agencias de persecución penal. Nótese que se omite hacer mención de aspectos medulares, como la duración de la operación y la eventual protección de la identidad del agente encubierto, entre otros.

El capítulo tercero de la ley salvadoreña, contiene otras disposiciones procesales, dentro de las que destaca la contenida en el artículo 15, según la cual, la acción penal para perseguir los delitos propios del crimen organizado, es siempre pública, aún cuando no conste la autorización de la víctima o su representante legal. Incluso, se estipula que las prohibiciones para denunciar, contenidas en el Código Procesal Penal Salvadoreño, no son aplicables en los delitos a los que se refiere la ley.

El artículo 17, por su parte, señala que “Si los imputados se encuentran detenidos, serán puestos a disposición del Juez dentro del plazo máximo de setenta y dos horas”. En ese supuesto, la Fiscalía General de la República debe solicitar – si así lo estima procedente – la imposición de medidas cautelares ante el Juez Especializado de Instrucción, quien debe convocar a una audiencia especial dentro del término de setenta y dos horas, para efectos de resolver sobre la petición fiscal.

Al respecto, consideramos que el plazo de setenta y dos horas es excesivo, toda vez que permite mantener a una persona privada de su derecho fundamental a la libertad de tránsito, por un período prolongado, bajo la custodia y responsabilidad de una autoridad administrativa, como lo es el Ministerio Público. Sin embargo, a lo interno del ordenamiento jurídico salvadoreño, la disposición transcrita, se encuentra apegada al

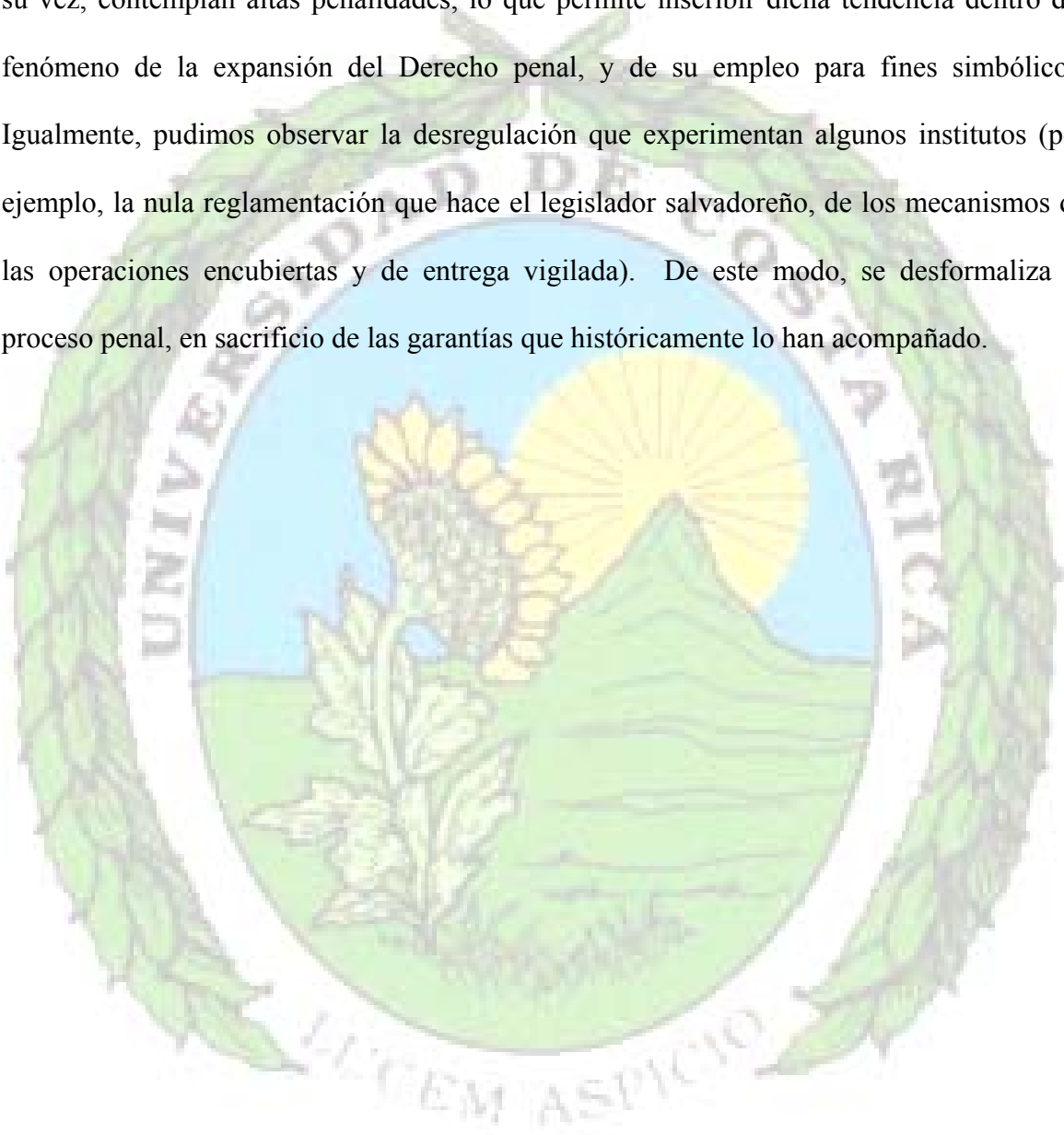
bloque de constitucionalidad, por cuanto encuentra su fundamento en el numeral 13, de la Constitución salvadoreña, la cual dispone, en lo que interesa: “La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado.”

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el constituyente de 1949 consagró una norma más agresiva desde la perspectiva de la tutela a la libertad ambulatoria, pues dispuso en el artículo 37 constitucional que: “en todo caso (refiriéndose a la persona que ha sido detenida) deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.” En el mismo sentido se orientó el numeral 235, del Código Procesal Penal.

En resumen, estas son las disposiciones más relevantes de la Ley Contra el Crimen Organizado, y Delitos de Realización Compleja, de la República de El Salvador, las cuales destacan por contener una regulación un tanto más escueta que aquella dispuesta por las ordenanzas venezolanas y guatemaltecas, en las cuales tuvimos la oportunidad de estudiar, apoyados en la doctrina producida al efecto, la incorporación de novedosos mecanismos de investigación en el combate de la criminalidad organizada, en cuya regulación fue posible advertir la presencia de los rasgos propios del “eficientismo” penal, los cuales fueron analizados en el título primero de la presente investigación.

Especialmente reiterada, fue la tendencia de trasladar al ámbito jurídico penal, algunos comportamientos cuyo marco jurídico regulatorio, tradicionalmente, ha pertenecido al Derecho Administrativo; por ejemplo, en todos aquellos casos en los cuales se

criminalizan infracciones a normas dispuestas para la regulación de un determinado procedimiento (administrativización). Asimismo, salvo el caso de la legislación salvadoreña, vimos cuán frecuente es la tendencia a crear nuevos tipos penales, los cuales a su vez, contemplan altas penalidades, lo que permite inscribir dicha tendencia dentro del fenómeno de la expansión del Derecho penal, y de su empleo para fines simbólicos. Igualmente, pudimos observar la desregulación que experimentan algunos institutos (por ejemplo, la nula reglamentación que hace el legislador salvadoreño, de los mecanismos de las operaciones encubiertas y de entrega vigilada). De este modo, se desformaliza el proceso penal, en sacrificio de las garantías que históricamente lo han acompañado.



## **CAPÍTULO TERCERO**

### **La persecución penal del crimen organizado en el sistema penal costarricense**

En el presente capítulo, daremos paso al estudio del tratamiento jurídico que ha recibido la delincuencia organizada, dentro del sistema penal costarricense. Como veremos, el tema ha pasado a ocupar uno de los lugares privilegiados para la política criminal de los últimos años, especialmente, debido a la manipulación que ha experimentado el concepto de “crimen organizado” por parte, tanto de los grupos políticos, como de los medios de comunicación colectiva. Esta dinámica, ha alimentando la edificación de un discurso de emergencia, el cual, fiel a su estructura históricamente constante, ha desembocado en la promulgación de un texto legal “orgánico”, que pretende dar soluciones a la problemática, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico penal.

Este cuerpo normativo, guarda interesantes semejanzas en relación con aquellos cuyo análisis efectuamos en el capítulo anterior. Por consiguiente, el estudio que hemos realizado de la legislación comparada, nos permitirá contar con mejores insumos, para ahondar en un examen exhaustivo y crítico de las nuevas disposiciones, que han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico patrio.

#### **3.1 Algunas menciones en la normativa procesal penal costarricense**

Como punto de inicio, debemos partir de la premisa de que, hasta la reciente promulgación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, nuestro ordenamiento jurídico se caracterizaba por padecer una omisión relativa, en la regulación del fenómeno que aquí nos ocupa. Y decimos que tal omisión era relativa, por cuanto en seguida veremos, que de forma un tanto tímida, nuestro legislador había efectuado breves menciones concernientes a la “delincuencia organizada” en nuestra legislación. Nos referimos, fundamentalmente, al legislador de 1996, quien promulgó el actual Código Procesal Penal, Ley de la República número 7594. En dicho código de rito, se hace mención, por lo menos en dos ocasiones, al concepto de delincuencia organizada. En una de ellas, la inclusión del concepto obedece a la habilitación brindada al Ministerio Público, para que pueda solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, en favor del Testigo de la Corona, o arrepentido, cuando se trate, entre otros supuestos, de asuntos de delincuencia organizada. La segunda referencia, la encontramos en la regulación del procedimiento de tramitación compleja. A continuación, ofrecemos una breve mención de cada una de estas estipulaciones.

a) El Testigo de la Corona en el numeral 22 del Código Procesal Penal costarricense

En términos generales, la inserción de la norma contenida en el artículo 22 de nuestro Código Procesal Penal, fue novedosa en relación con la regulación que contenía la legislación de 1973. Dicha norma se titula “Principios de legalidad y oportunidad”, y establece en su párrafo primero la enunciación del principio de legalidad, según el cual, en todos aquellos casos en los que se verifique un hecho, que de conformidad con la legislación vigente, constituya un delito, el Ministerio Público, en cumplimiento del

principio de oficiosidad, debe ejercer la acción penal pública. En este sentido, la norma es similar a aquella que contenía el ordinal 5, del Código de Procedimientos Penales, de 1973.

Sin embargo, la verdadera novedad de esta norma reside en la regulación dispuesta a partir de su segundo párrafo, el cual dispone, en lo que interesa, que “previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho...” De seguido, el legislador incluye cuatro incisos, los cuales, a su vez, incluyen diversos supuestos de hecho que justifican la procedibilidad de la medida. Para los efectos del presente trabajo, destaca lo señalado por el inciso b:

*“b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el Tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente.”*



Como vemos, se trata de la admisión, dentro de nuestro proceso penal, de los criterios de oportunidad reglados. Es decir, del establecimiento de unas determinadas pautas legales, que permiten al Ministerio Público prescindir de la persecución penal, una vez que se haya configurado, en el plano fáctico, alguna de las hipótesis previstas en abstracto por la ley. Así, por ejemplo, si se trata de un “hecho insignificante” (inciso a, el cual involucra la llamada criminalidad de bagatela), si en el caso bajo investigación el imputado ha sufrido una pena natural (inciso c), entre otros.

Como lo señalamos en el capítulo anterior, cuando revisábamos la regulación legal del Testigo de la Corona, en otros sistemas jurídicos, el empleo de criterios de oportunidad, importa una excepción a la aplicación del principio de legalidad, por cuanto la acción penal es suspendida, o bien, no ejercitada por completo, en ciertos casos. Ahora bien, se estima que tal excepción a la legalidad, debe estar debidamente reglada por el mismo legislador, y debe operar solamente en aquellos casos donde lo justifique la ley. Lo anterior, con el objetivo de evitar, hasta donde sea posible, la creación de una situación de inseguridad jurídica.

Siempre en el mismo orden de ideas, se destaca el imperativo de que sea la ley la que señale los casos en donde operan los criterios de oportunidad; esto, con la idea de eludir la arbitrariedad en la selección de los hechos que son objeto de persecución penal, por parte del Ministerio Público, tal y como ocurre en aquellos sistemas, que como el

anglosajón, dejan a discreción del órgano fiscal, la elección de los eventos en que opera este instrumento procesal<sup>104</sup>.

Ahora bien, con la inclusión del concepto de “delincuencia organizada,” dentro del inciso transcrito anteriormente, el legislador costarricense incorpora por primera vez, un concepto cuyos alcances, según hemos visto, suelen ser imprecisos y de difícil interpretación para el estudioso del Derecho. Dicha inclusión, se toma en cuenta con el propósito de autorizar el uso de un mecanismo procesal especial, como lo es el Testigo de la Corona. Sin embargo, la regulación que efectúa nuestro legislador, difiere ligeramente de aquella que disponen otras legislaciones, según estudiamos en el capítulo anterior. Ello obedece, a que según la literalidad de la norma, el criterio de oportunidad resulta aplicable no solamente en el supuesto de la criminalidad organizada, sino que también se menciona para el caso de la “criminalidad violenta”, los “delitos graves”, o bien, para los asuntos instruidos según las reglas del procedimiento de tramitación compleja.

A este respecto, se ha referido algún sector de la doctrina nacional, el cual se ha mostrado crítico frente a este planteamiento, por estimar contrario al principio de razonabilidad y proporcionalidad, el uso de la figura del arrepentido, para supuestos tan heterogéneos como los contemplados en la norma, en virtud de que éstos no necesariamente implican la participación de una organización criminal. Véase, por ejemplo, la incorporación del concepto de “delito grave”. Ya hemos visto que el contenido dado a este

---

<sup>104</sup> Como lo señala el profesor argentino, Julio Maier: “...el criterio de oportunidad no implica una postulación injusta que violenta el principio de igualdad, sino más bien un intento de conducir la selección según fines concretos, uno de los cuales es corregir la aplicación práctica desigual de la ley, no dejando así la selección al arbitrio o al azar. MAIER JULIO citado por LLOBET RODRÍGUEZ en LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER op. cit. P. 112

término, varía en las diversas legislaciones sobre crimen organizado. Sin embargo, el legislador costarricense lo incluye como una hipótesis diferente y separada de aquella que alude a la “delincuencia organizada”, por lo que la determinación de sus alcances es aún más difícil<sup>105</sup>.

Lo anterior es relevante, por cuanto se está supeditando una decisión trascendental, como es aquella relativa a la aplicación del principio de legalidad en la persecución de los delitos (lo cual debe ser siempre la regla), a una particular interpretación que haga el órgano jurisdiccional del concepto.<sup>106</sup>

Se argumenta que el empleo de este método de investigación, al implicar un sacrificio del principio de legalidad, debe utilizarse únicamente en supuestos excepcionales, en los cuales, por las características de la criminalidad investigada, no resulte posible recabar los elementos de prueba, a través de mecanismos comunes. Es acá donde se encuentra la justificación para el uso de la figura del arrepentido, en materia de organizaciones criminales.

---

<sup>105</sup> En relación con este concepto Llobet indica que: “...se trata de un concepto que obliga a que se parta que los delitos que autorizan este supuesto tiene un carácter excepcional. En lo relativo a la gravedad debe partirse fundamentalmente de la pena prevista para el delito, pero como criterios adicionales, o sea, complementarios, puede tenerse en cuenta el desvalor del acto y la magnitud de los daños producidos.” *Ibíd.* P. 121.

<sup>106</sup> Refieren Campos Calderón y Cortés Coto: “Nuestra legislación, debido a la amplitud de su redacción, permite entonces utilizar este tipo de instrumento investigativo en una gran gama de delitos, incluso algunos comunes como el homicidio, los robos agravados, y hasta de corrupción de funcionarios públicos o en perjuicio de menores, ya que se trata sin duda alguna de delitos graves, con alta penalidad, sin necesidad de que se trate de organizaciones criminales, como es exigido en el derecho comparado, lo cual nos parece excesivo y violatorio del principio de proporcionalidad”. CAMPOS CALDERÓN FEDERICO y CORTÉS COTO RONALD op cit. P. 146.

Asimismo, la norma exige una determinada conducta del imputado, la cual debe verificarse como requisito ineludible para la concesión del beneficio. Destaca que el imputado debe colaborar eficazmente con la investigación, brindar información esencial para evitar que continúe el delito, o se perpetren otros, ayudar a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcionar información útil para probar la participación de otros coimputados. En este sentido, las exigencias impuestas por el legislador costarricense son semejantes a las que analizamos en el Derecho comparado. Por ejemplo, el concepto de “colaboración eficaz” aparece en el numeral 91 de la ley guatemalteca, la cual define pormenorizadamente qué debe entenderse por “ámbito de colaboración eficaz”.

Lo verdaderamente llamativo, es lo señalado por la norma de comentario en la parte final del inciso b, pues estipula como última condición “que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita”. Se trata de una disposición que ha generado confusión en el intérprete, y ha dado pie a la producción de criterios jurisprudenciales contradictorios.

En principio, el concepto de menor reprochabilidad, nos remite al Derecho penal de fondo, en lo relativo a la culpabilidad, entendida ésta como la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho. De este modo, debemos partir de que lo decisivo no es atender a la posición del imputado dentro de los esquemas de la autoría y la participación. Es decir, no es concluyente para estos efectos que el colaborador haya sido cómplice y el delatado coautor, toda vez que podrían presentarse casos en los cuales, un sujeto, pese a haber tenido dominio del hecho, y por ende ser coautor, ha tenido una participación menos reprochable

en el hecho delictivo, y por consiguiente, se puede hacer acreedor de los beneficios que apareja la condición de testigo de la corona.

La “ratio legis” que reside en esta disposición, tiene que ver con el hecho de que el empleo de la técnica del arrepentido – como consecuencia de su dudosa legitimidad desde la perspectiva del Estado de Derecho – se justifica únicamente como instrumento de combate de la criminalidad especialmente grave (es más, en nuestro criterio, de la criminalidad realmente organizada). En este sentido, no resultaría ajustado a dicha tesis, utilizar las declaraciones de un imputado responsable de un hecho de mayor reprochabilidad, con el objeto de perseguir a otro sujeto cuya participación dentro del evento criminal, fue de menor intensidad. Al respecto ha manifestado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

*“Es requisito para la aplicación de este criterio, que la acción penal de la cual se prescinde, resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilite. Esto es así, porque como se indicó con anterioridad, no se busca la impunidad con la aplicación del instituto, sino una mayor eficacia del sistema. Si se permitiera la negociación a una persona con una mayor participación o que haya cometido un delito más grave que el de aquel a quien se pretende perseguir, no habría proporción entre el castigo impuesto y el suceso que se dejó sin sancionar. Si los hechos resultan de la misma gravedad o participación, el azar o la arbitrariedad determinarían quién sería juzgado y quién no. Es por ello que se estableció la aplicación del criterio únicamente para aquellos casos en los cuales la participación del*

*“arrepentido” es menor que la de la persona que se desea atrapar, en el caso del mismo hecho, o el delito menos grave cuando se trata de uno”<sup>107</sup>*

La misma línea argumentativa sostuvo la Sala Tercera en su sentencia número 737-2001, en donde dispuso que:

*“El tema medular sobre el que habrá de hacerse un juicio con miras a determinar si puede recurrirse al criterio que se comenta, es la reprochabilidad de la conducta concreta del “colaborador” en el hecho que se investiga o en el relacionado con él y su menor entidad al compararla con la de las restantes personas en cuya persecución se coopera. Yerra la defensa, entonces, al afirmar de manera genérica que el criterio de oportunidad es inaplicable a los coautores o partícipes del mismo delito que se investiga, pues la ley es clara al disponer lo contrario.”<sup>108</sup>*

Teóricamente, comprendemos, que la menor reprochabilidad a la que se refiere el numeral 22, no supone que la conducta del colaborador se subsuma dentro de la complicidad, y la del delatado, dentro de la coautoría (aunque tampoco negamos que en algunos supuestos, pueda este ser un criterio orientador). No obstante ello, en la praxis judicial, se han suscitado casos en los cuales, pese a tratarse de cuadros fácticos semejantes,

<sup>107</sup> Sentencia número 136-03, de las nueve horas, veinte minutos, del veintiocho de febrero de dos mil tres, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

<sup>108</sup> Sentencia número 2001-00737, de las nueve horas diez minutos, del veintisiete de julio de dos mil uno, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

la diferencia entre los grados de reprochabilidad de los individuos implicados, no aparece tan clara.<sup>109</sup>

Vemos, entonces, que al contemplarse la facultad de aplicar un criterio de oportunidad, en casos de delincuencia organizada, en beneficio de aquel sujeto que la doctrina denomina arrepentido, o testigo de la corona, nuestro legislador de 1996, efectuó una de las primeras referencias expresas al concepto, dentro del ordenamiento jurídico patrio.

Asimismo, creemos conveniente mencionar, que entre el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 (fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Penal) y el 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), el intérprete no contó con un texto jurídico capaz de aclarar los alcances del concepto de delincuencia organizada. Ante tal dificultad en la labor hermenéutica, y con el propósito de indagar en el sentido del vocablo, el operador del Derecho debió acudir fundamentalmente a la doctrina.

b) El procedimiento para asuntos de tramitación compleja

La noción de “delincuencia organizada”, aparece por segunda vez en nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 376. En esta ocasión, se le otorga la condición de supuesto de hecho que habilita la aplicación de uno de los procedimientos especiales que

---

<sup>109</sup> A estos efectos, véase el análisis de algunas resoluciones judiciales que recopilan y analizan Campos Calderón y Cortés Soto en CAMPOS CALDERÓN FEDERICO y CORTÉS COTO RONALD op cit. P. 150 y siguientes.

regula el Código, como es el procedimiento para asuntos de tramitación compleja. La norma dispone que:

*“Cuando la tramitación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos, del elevado número de imputados o de víctimas o cuando se trate de causas relacionadas con la investigación de cualquier forma de delincuencia organizada, el tribunal, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, podrá autorizar, por resolución fundada, la aplicación de las normas especiales previstas en este Título. En la etapa de juicio, la decisión sólo podrá adoptarse en el momento en que se convoca a debate. Cuando la aplicación del procedimiento complejo sea dispuesta durante las fases preparatoria o intermedia, no regirá la reducción del término de prescripción a la mitad, prevista en el artículo 33 de este Código.”*

El procedimiento para asuntos de tramitación compleja, se regula a través de los artículos 376 al 378, del Código de rito. El común denominador que podemos extraer de la relación de dichas normas, radica en la estipulación legal de una ampliación de los plazos que disciplinan el desarrollo del procedimiento ordinario. Se parte de la tesis de que, existen investigaciones y procesos, que dada la especial complejidad de los hechos en cuestión, o de la estructura que asume la participación criminal, requieren un trato diferenciado que visibilice estas particularidades. En este sentido, se concluye, que de seguirse con las reglas generales, relativas a los plazos, los procesos podrían verse frustrados y la pretensión punitiva estatal, difícilmente sería materializada.



Como lo ha señalado la Sala Tercera, las normas integrantes de este título segundo, buscan “*optimizar los recursos y las posibilidades procesales para poder desarrollar sin premura – pero sin dilación – la investigación de este tipo de delitos, impidiendo que su propia complejidad se convierta en causal de impunidad.*”<sup>110</sup>

Los supuestos de hecho que contempla el legislador para la aplicación de este procedimiento, son tres: (1) que la complejidad de la causa provenga de la multiplicidad de los hechos, (2) del elevado número de imputados u ofendidos, o (3) cuando se trata de asuntos vinculados con la delincuencia organizada.

Pues bien, es claro que los dos primeros supuestos pueden ser consecuencia lógica del hecho de que, en el caso concreto, haya estado presente una organización criminal. Sin embargo, tal relación no es insalvable, pues puede pensarse en un asunto en el cual, pese a existir un elevado número de imputados, no concurren los requisitos que normalmente se exigen para afirmar la existencia de una empresa criminal.

En lo relativo al trámite por seguir, el legislador confirió la legitimación activa, para solicitar la aplicación del procedimiento, al Ministerio Público. No obstante lo anterior, el órgano jurisdiccional cuenta con la posibilidad de decretar de oficio la tramitación compleja de la causa. La misma norma del artículo 376, aclara que una vez en la etapa de juicio, la decisión solamente se puede acordar en el momento cuando se señala para debate. Por su parte, el artículo 377 *Ibíd*, indica que la resolución que dispone la tramitación compleja de

---

<sup>110</sup> Sentencia número 878-05, de las once horas, treinta minutos, del doce de agosto de dos mil cinco, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

la sumaria, es apelable por el imputado, cuando es dispuesta durante las etapas preparatoria e intermedia. Asimismo, la resolución puede ser revocada de oficio o a petición de parte.

En el artículo 378, se encuentra la sección más relevante de este título segundo, pues se regula lo atinente a los efectos jurídicos que genera la resolución a la cual hicimos mención en el párrafo precedente. El inciso a, prescribe que el plazo ordinario de la prisión preventiva pasa de los doce meses (artículo 257, inciso c), a dieciocho meses. En el mismo sentido, el término de la prórroga puede ser de otros dieciocho meses, e incluso en caso de que recaiga sentencia condenatoria, el Tribunal sentenciador puede ampliar la detención provisional por ocho meses más.

Como podemos ver, desde el punto de vista de la medida cautelar de prisión preventiva, la declaratoria del procedimiento de tramitación compleja, acarrea una regulación más severa para el imputado, en comparación con aquella dispuesta para el procedimiento ordinario. Dicho de otro modo, posibilita la aplicación de un tratamiento diferenciado, con base en el cual, la privación de libertad precautoria se puede extender hasta por cuarenta y cuatro meses. Justamente, bajo esa línea argumentativa, ha sido cuestionada, en más de una ocasión, la constitucionalidad del inciso a, del artículo 378 del Código Procesal Penal. Por su parte, La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la norma es conforme con el Derecho de la Constitución. Así, por citar un ejemplo, mediante sentencia 8297-98, declaró sin lugar una acción que alegaba la inconstitucionalidad de la norma. En el mismo sentido, se orientó la resolución 4392-02 del mismo Tribunal Constitucional. En esa oportunidad, dispuso:

*“En definitiva, si bien es cierto, se otorga un trato desigual a los imputados cuya causa se tramita mediante el procedimiento especial de “tramitación compleja” en relación con los encartados cuyo asunto se dilucida por el “procedimiento ordinario”; en cuanto a los plazos máximos de prisión preventiva, ello no produce visos de inconstitucionalidad alguna porque la diferenciación no es arbitraria, sino que atiende a criterios objetivos y razonables, que deben ser además fundamentados por el juez y con posibilidad de ser impugnados ante el superior.*

*Por no contravenir la disposición cuestionada, los principios de igualdad y debido proceso, procede rechazar por el fondo la acción interpuesta”<sup>111</sup>*

En suma, la Sala Constitucional ve en los supuestos peculiares que justifican la tramitación compleja de la causa, el fundamento de legitimidad constitucional de las disposiciones legales que comentamos. Al tratarse de hipótesis diversas, en relación con aquellas que sirven de sustento a las causas judiciales “comunes”, deviene legítima la concesión de una regulación también diversa.

Continuando con el examen del numeral 378, del Código Procesal Penal, vemos que se manifiesta una ampliación generalizada de los plazos. En el caso de inciso b, se señala que el plazo acordado por el Tribunal para concluir la investigación preparatoria (cuando dicho plazo haya sido fijado), pasa a ser de un año (cuando el artículo 171, in fine, preceptuaba que para el procedimiento ordinario, dicho plazo era de seis meses). El inciso

---

<sup>111</sup> Sentencia número 4392-02, de las dieciséis horas, veintidós minutos, del catorce de mayo de dos mil dos, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

c, decreta que en la etapa intermedia y de juicio, los plazos estipulados en favor de las partes para realizar alguna actuación, y aquellos que establecen determinado tiempo para celebrar las audiencias, se duplicarán. Asimismo, el inciso d, dispone que en la fase del juicio oral y público, opera para el Tribunal una ampliación del plazo con que cuenta para la deliberación y el dictado de la respectiva sentencia. La ampliación de ese plazo dependerá de la duración del debate. Finalmente, el inciso e señala que los plazos para interponer y tramitar los recursos, se duplica.

A modo de conclusión, es imperativo destacar que durante la última década, las normas relativas al procedimiento para asuntos de tramitación compleja, se han erigido en uno de los instrumentos más valiosos en la represión del crimen organizado. Lo anterior, en virtud de que, dentro de este grupo de normas, encontramos una de las pocas prescripciones legales, que aluden expresamente al fenómeno de la delincuencia organizada.

De este modo, se ha autorizado a los órganos judiciales encargados de la persecución penal, así como a los mismos órganos jurisdiccionales, la posibilidad de desarrollar sus respectivas funciones, dentro de un marco normativo diferenciado, el cual se caracteriza por advertir y hacer explícitas las diferencias existentes entre la investigación de los delitos ejecutados de modo “regular”, y aquellos consumados al amparo de una estructura organizada. Como pudimos analizar en los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, este tratamiento disímil resulta legítimo, siempre y cuando se constate una diferencia cualitativa entre la comisión de delitos de forma “común”, y aquella que obedezca al esquema de una organización criminal. Esta idea es la que subyace en las

estipulaciones legales que permiten, por ejemplo, ampliar los plazos de detención provisional, modificar las reglas propias de la prescripción de la acción penal, duplicar los plazos para presentar impugnaciones, entre otros. Asimismo, veremos que se trata de una lógica que nuestro legislador ha empleado, nuevamente, en la redacción de un nuevo cuerpo normativo, el cual ha sido recientemente aprobado por nuestro Parlamento.

Ahora bien, debemos destacar que la posibilidad de aplicar el procedimiento para asuntos de tramitación compleja, en materia de crimen organizado, ha cesado con la promulgación de la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada. Es decir, debemos entender que el artículo 376 del Código Procesal Penal, al contemplar como supuesto de hecho, para la aplicación de este procedimiento, “cualquier forma de delincuencia organizada”, ha sido tácitamente derogado por la nueva legislación. Nótese, que el artículo segundo del nuevo texto legal, dispone en su párrafo primero: “El procedimiento autorizado en esta Ley excluye la aplicación del procedimiento de tramitación compleja”.

Con base en lo anterior, es posible pensar que el procedimiento al que hemos hecho referencia en el presente apartado, no ha sido completamente derogado, por cuanto subsisten otras causales que podrían justificar su uso (procesos con multiplicidad de hechos, o con elevado número de imputados o de víctimas). Empero, en tratándose de asuntos de crimen organizado, el nuevo procedimiento especial contemplado en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, excluye su aplicación.

### 3.2 La creación de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado

El establecimiento de la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado (en adelante FACCO), representa uno de los acontecimientos más significativos en la persecución de esta clase de delincuencia, desde la perspectiva de su investigación por parte del Ministerio Público. A la vez, responde a un discurso, que a lo largo de los últimos años, ha pregonado la necesidad de edificar cuerpos de investigación especializados en materia de crimen organizado.

La FACCO fue creada mediante acuerdo de Corte Plena, celebrado en sesión extraordinaria de las trece horas, treinta minutos, del diecinueve de mayo de dos mil ocho. Su constitución obedeció a una fuerte presión de la Fiscalía General de la República, la cual clamaba por la necesidad de contar con mejores instrumentos, que le permitiesen investigar hechos delictivos, de los cuales, se presumía, podían subsumirse dentro de esquemas criminales organizados.

Dentro de esta atmósfera, con matices propios de un discurso de emergencia, la Asamblea Legislativa aprobó el proyecto de Ley de Modificación a la Ley número 8627, el cual se tramitaba bajo el expediente legislativo número 16.991 (Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República, para el Ejercicio Económico 2008 y Primer Presupuesto Extraordinario de la República, para el Ejercicio Económico 2008). En dicha normativa, se contempló como finalidad, la creación de diversas plazas dentro del Ministerio Público. Con ello se integraría la FACCO. En la misma ley, se disponía que

previa capacitación y diseño logístico, este órgano fiscal debería iniciar su trabajo efectivo a partir del mes de junio de dos mil ocho.

Luego de la publicación de la ley de presupuesto extraordinario, la presión por crear efectivamente esta Fiscalía especializada, continuó. Incluso, en el acuerdo de Corte Plena, en el cual se dispuso su creación, se transcribe nota del Fiscal General de la República, Franciso Dall' Anese Ruiz, en la cual indica que:

*“Ante esta situación de urgencia, con la finalidad de dar respuesta eficiente y eficaz a los fenómenos de sicariato y de secuestros, síntoma aceptado de la existencia de redes criminales, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 21 ab initio de la Ley Orgánica del Ministerio Público, solicito del modo más respetuoso a la Corte Plena disponer la constitución inmediata de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado; para lo cual, de conformidad con las facultades que me confiere el artículo 25 incisos b y g de este cuerpo legal, se tomará como base la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General (que se transformará) y se dispondrá de otros fiscales de experiencia que serán trasladados a la nueva oficina (...). A partir del acuerdo de Corte Plena, la Unidad de Apoyo desaparecerá como tal.*

*La nueva Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado asumirá además otras funciones para desarticular redes criminales nacionales e internacionales, así como para investigar los delitos cometidos por estas.”*

Es posible advertir la presencia de la nomenclatura que suele acompañar al discurso “eficientista”, de lucha contra el crimen organizado. Incluso, se hace uso de los términos “eficiente y eficaz”. En todo caso, la petición de la Fiscalía fue acogida, y en el artículo séptimo de este acuerdo (número dieciséis de dos mil ocho) se acordó: “Aprobar la anterior solicitud del doctor Dall’Anese Ruiz, y en consecuencia, disponer la constitución de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado, a partir del 1° de junio próximo”.

Es de vital importancia mencionar, que a lo largo de los últimos dos años, el tema ha gozado de una gran cobertura mediática. En ese sentido, y tras la creación de esta Fiscalía especializada, algunos diarios de circulación nacional, encabezaron sus ediciones del sábado veinticuatro de mayo de dos mil ocho, con titulares sugestivos, tales como: “17 fiscales se enfrentarán a sicarios y mafiosos”<sup>112</sup>. Allí se informó – citando al Fiscal General de la República – que: “La idea es tratar de detener las bandas antes de que actúen. Claro, las redes tienen mayores recursos, mejores condiciones y siempre habrá hechos que se consuman”.

Asimismo, la prensa informó que la competencia de la nueva FACCO, abarca la obligación de investigar todos los delitos relativos al crimen organizado, ya sea que éste se manifieste en el nivel local o transnacional, de conformidad con la Convención de Palermo. Lo anterior, con excepción de la materia de narcotráfico, para la cual desde años atrás se cuenta con un órgano especializado, como lo es la Fiscalía Adjunta de Narcotráfico.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> CARVAJAL ERICK. “17 fiscales se enfrentarán a sicarios y mafiosos”. En *Al Día, Nacionales*, mayo 24 de 2008.

<sup>113</sup> LEANDRO MARCO. “Crean Fiscalía Contra el Crimen Organizado”. En *Diario Extra*, mayo 24 de 2008.



De acuerdo con información brindada por el Licenciado Osvaldo Henderson García, Fiscal Adjunto de la FACCO, el crimen organizado implica una forma de delinquir. La anterior aclaración deviene necesaria, toda vez que como lo hemos examinado, suele plantearse un enfoque jurídico sustantivo, que pretende ver en el crimen organizado una serie de conductas típicas. No obstante, si bien la delincuencia organizada se vincula con algunos delitos en particular (caracterizados por su enorme potencial lesivo) no podemos perder de vista, que ante todo, se trata de una estructura formal dispuesta para cometer ilícitos. En este orden de ideas, y según lo reitera el señor Henderson García, la respuesta estatal debe centrarse en variar su sistema de investigación<sup>114</sup>.

Bajo esta lógica, la FACCO propone variar la estrategia de persecución que desarrolla el Ministerio Público en la generalidad de los casos. Para estos efectos, se encuentra conformada por diecisiete fiscales, cuya estructura organizativa se descompone en: un fiscal adjunto, un fiscal coordinador, cuatro grupos de trabajo dirigidos cada uno por un fiscal coordinador, los cuales, a su vez, se integran por once fiscales auxiliares. Asimismo, se cuenta con el apoyo de un asistente judicial, dos asistentes jurídicos, y cinco auxiliares judiciales.

Esta plataforma de trabajo tiene su sede en el Primer Circuito Judicial de San José, y viene a sustituir a la antigua Unidad de Apoyo del Ministerio Público, otrora encargada de investigar los casos de sicariato y secuestro. Si bien es cierto, su asiento reside en San José, se dispuso la designación de un fiscal “de enlace” en todas las Fiscalías del país. Por

---

<sup>114</sup> HENDERSON GARCÍA OSVALDO. (2009) La persecución del crimen organizado en el proceso penal costarricense. Entrevista: Sede de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado, San José. 21 de mayo.

ejemplo, si un fiscal tiene conocimiento de que en la zona de su competencia, acaece un hecho relacionado con el crimen organizado, debe ponerlo en conocimiento de la FACCO. En el mismo sentido, si ésta se entera de que en determinada circunscripción territorial, está en ejecución un acto ligado con organizaciones criminales (por ejemplo, un tráfico de personas), debe hacerlo saber a la Fiscalía que corresponda, y brindar el apoyo necesario.

En lo atinente a la relación externa que posee la FACCO con otras dependencias, destaca el estrecho vínculo que existe con órganos como la Dirección General de Migración y Extranjería, el Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), la Policía de Control de Drogas (PCD), el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), la INTERPOL, los Agregados policiales de las embajadas asentadas en nuestro país, así como las Fiscalías especializadas en crimen organizado de otras Naciones.

La competencia para resolver si un determinado asunto, debe ser tramitado de acuerdo con los parámetros que orientan el accionar de esta nueva dependencia, reside en el fiscal adjunto. Con este fin, se han trazado algunos lineamientos, de acuerdo con los cuales, se ha establecido una lista de delitos que habilitan la investigación por parte de la FACCO. Dicha lista se compone de los siguientes ilícitos: (1) secuestro extorsivo, (2) homicidio por sicariato, (3) la muerte, lesiones o amenazas cometidas contra uno de los miembros de los supremos poderes, o la oferta a ellos de beneficios indebidos, (4) la muerte, lesiones, amenazas u oferta de beneficios indebidos a víctimas, testigos, peritos, jueces, fiscales, policías, funcionarios de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República, o comunicadores, (5) el tráfico ilícito internacional de armas, de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado,

precursores químicos y delitos conexos, (6) el tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad, tráfico de menores para adopción, (7) delitos de carácter internacional y (8) legitimación de capitales.

Una vez resuelto el tema de la competencia, la FACCO pone en marcha un procedimiento interno, el cual debe guiar la labor de todos los fiscales (as). Según lo señala el Licenciado Henderson García, el fiscal encargado de la investigación debe proceder al análisis de la causa, y en el plazo de ocho días, exponer los hechos y la estrategia planteada a sus compañeros de grupo, a dos fiscales más de otro grupo y al fiscal coordinador, o en su defecto, al fiscal adjunto. Asimismo, a los tres meses de iniciada la investigación, cada fiscal debe presentar un proyecto de acusación, para determinar así qué elementos de prueba se han recabado, y cuáles resta por obtener. Cada fiscal debe reunirse una vez por semana, con sus auxiliares judiciales, para verificar el cumplimiento de las diligencias que se han ordenado.

Como podemos advertir, la creación de la FACCO, es anterior a la entrada en vigencia de la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada. Surge el cuestionamiento, entonces, acerca del estado de la persecución penal de esta clase de criminalidad, sin el apoyo de un texto legal comprensivo de la materia. Al respecto, el Licenciado Henderson García destacó, que efectivamente, la carencia de legislación especializada se torna en un gran problema, fundamentalmente por la ausencia de instituciones vitales para la consecución de los objetivos trazados por las agencias policiales y fiscales. Por ejemplo, ha sido reiterada la queja de la Fiscalía General de La República por la inexistencia de un

Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, y una Plataforma de Información Policial.

Sin embargo, el señor Henderson García fue enfático en señalar, que desde la perspectiva del Ministerio Público, era imposible supeditar su actuación a una decisión eminentemente política, como es la de aprobar o improbar un proyecto de ley, tal como el que se tramitaba en la Asamblea Legislativa, para el período en que es creada la FACCO.

Según palabras del Fiscal Adjunto, para el año dos mil cuatro, se empezaron a reiterar casos en los cuales mediaba la presencia de organizaciones criminales. Muchos de los homicidios cometidos a partir de este período, no respondían a patrones “tradicionales”, sino que atendían, más bien, a la ejecución de una orden emanada desde una organización. Para efecto de dar seguimiento a estos casos, se crea la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General; sin embargo, con el paso del tiempo, ésta se torna insuficiente, y por esto se efectúa la solicitud a la Corte Plena, con la intención de crear una Fiscalía especializada, y así poder contar con un presupuesto propio.

Para el mes de octubre del año anterior, cuando ya estaba en funcionamiento la FACCO, el Fiscal General de la República, señor Francisco Dall’ Anese Ruiz, reclamó la lentitud con la cual se tramitaba el entonces proyecto de Ley Contra la Delincuencia Organizada. En aquella oportunidad, manifestó que *“el país requiere modificaciones legales urgentes para dotar a las autoridades de las herramientas procesales adecuadas dirigidas a desarticular las organizaciones criminales.”* Asimismo, señaló, que para ese período, y tomando como fecha de inicio el veintitrés de mayo de dos mil ocho, la FACCO

había conocido veinticinco casos de sicariato en San José y diecisiete en el resto del país. Es decir, treinta y dos homicidios, que para el Fiscal General “*son un síntoma de criminalidad organizada*”. También advirtió que la Fiscalía tramitaba en total noventa casos, que tenían que ver, “*además del sicariato, con secuestros y lavado de dinero*”.<sup>115</sup>

Es claro que la creación de la FACCO, se inscribe en un mismo contexto político criminal, junto con la promulgación de la Ley Contra el Crimen Organizado y la Ley de Protección a Víctimas y Testigos. Indiscutiblemente, la existencia de estos dos textos legales, resulta complementaria de la labor de esta Fiscalía, y en esa medida, le permite edificar de mejor forma sus mecanismos de investigación, toda vez que cuenta con una plataforma institucional dispuesta para su auxilio.

### **3.3 La ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, número 8720**

Tradicionalmente se ha entendido que la protección procesal y extra procesal de víctimas, testigos, jueces y otros sujetos intervinientes en los procesos jurisdiccionales, constituye un mecanismo ligado a la persecución o represión del crimen organizado. Esto, por cuanto se señala que el nivel de organización de un grupo criminal, le permite con mayor efectividad, impedir que dichos sujetos acudan ante las autoridades competentes con la finalidad de interponer denuncias y rendir testimonios, entre otros actos procesales.

---

<sup>115</sup> CHACÓN VINICIO. “Fiscal reclama por lento avance de proyecto sobre delincuencia organizada”. En Semanario Universidad, octubre 13 de 2008.

Se argumenta que sobre el Estado, pesa la obligación de garantizar la seguridad, e integridad, de aquellos intervinientes llamados a coadyuvar en el aludido fin del proceso penal; es decir, en la búsqueda de la verdad material de los hechos presuntamente delictivos. Es así como el legislador pretende paliar esta amenaza al sistema de administración de justicia penal, con el dictado de una normativa que de forma sistemática garantice la integridad y seguridad de los intervinientes, y al mismo tiempo, respete los principios y garantías que están en la base del debido proceso.

Esta exigencia viene impuesta por la misma Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual entiende que la protección de víctimas y testigos, representa un tema que debe tenerse presente dentro de un enfoque normativo que pretenda combatir el fenómeno de la delincuencia organizada. En este sentido, el numeral 24 de dicha Convención, prescribe que:

*“Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.”*

De seguido, la misma norma comprende una serie de medidas, entre las que destacan, los procedimientos para la protección física, los cuales incluyen (si las circunstancias lo ameritan) la reubicación del testigo, así como la prohibición total o parcial

de revelar su información o paradero. En el mismo sentido, se menciona la necesidad de establecer normas probatorias, que permitan que el testimonio de los intervinientes se preste de forma tal, que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo, permitiendo que el testimonio se brinde por medio de tecnologías novedosas, como la videoconferencia. Finalmente, la norma estima que en esta materia, la cooperación internacional es fundamental para garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas de protección, y por ello dispone que, “Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo”.

En el contexto de la legislación comparada, tenemos el caso de España, en donde el legislador emitió la Ley Orgánica 19/1994, del 23 de diciembre de 1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales. La idea que subyace en estos mecanismos de protección, aparece claramente expuesta en la exposición de motivos de dicho cuerpo legal, el cual señala:

*“La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.*

*Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.*

*Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.*

*De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retrimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.”*

Ahora bien, en esta sección pretendemos analizar sucintamente el enfoque que nuestro legislador ha brindado al tema, específicamente centrándonos en las implicaciones que posee la recientemente aprobada legislación, de cara al fenómeno de la persecución de la criminalidad organizada. Es menester resaltar, que nuestra ley fue puesta en conocimiento de la Asamblea Legislativa en el mismo contexto en el cual fue enviado el proyecto de ley número 16 830 (Ley contra la delincuencia organizada). Por ello es posible colegir más allá de toda duda, que existe una profunda interrelación entre ambos textos legales. Asimismo, debemos resaltar que la ley número 8720, Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, introduce abundantes reformas y adiciones a nuestra legislación penal y procesal penal, la gran mayoría de ellas con enfoques cuestionables desde la perspectiva del discurso de las garantías. No obstante, el análisis de tales reformas no corresponde ser efectuado en esta ocasión, pues se aparta de nuestro objeto de estudio.



El cuerpo legal parte de una serie de principios, entre ellos el principio de protección, el cual “considera primordial la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas a que se refiere la presente Ley.” (Artículo 2. a)

En lo que concierne al otorgamiento de las medidas de protección, es interesante examinar el marco plasmado por el legislador costarricense y compararlo con el establecido por el legislador español. Este último afirma en el numeral 1.2 de la normativa antes descrita, que para que sean de aplicación las disposiciones de la ley, es necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella. La misma protección se extiende al cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, así como a sus ascendientes, descendientes o hermanos. Es decir, en el Derecho español, la valoración de la situación de hecho que justifica la aplicación de las medidas, se deja en manos del juzgador.

En el caso costarricense, el legislador ha desdoblado esta competencia en dos órganos de naturaleza jurídica distinta. En un supuesto (protección extra procesal), se confiere la competencia a un órgano administrativo, como la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público (artículos 6 y 12 de la ley 8720), mientras en otros casos (protección procesal) la decisión es tomada por el juez; es decir, por un órgano jurisdiccional.

Esta competencia dual que crea el legislador, guarda concordancia, como ya se adelantó, con la regulación de dos clases de medidas de protección: las medidas procesales

y extraprocesales (numeral 11 de la ley 8720). Las primeras aluden a la posibilidad de reservar los datos de identificación de la víctima o el testigo, cuando el conocimiento de tales datos represente un riesgo para la vida e integridad física de estos sujetos y sus familiares. Incluso, en el inciso a, la norma prescribe que en casos excepcionales, existe el derecho de reservar también las características físicas individualizantes, cuando por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, “sin perjuicio del derecho de defensa”.

En este sentido, es difícil imaginar cómo esta situación podría desarrollarse sin perjudicar el derecho de defensa. Dicho de otro modo, resulta difícil imaginar cómo tal reserva podría ser compatible (como parece desearlo la norma), con el derecho que asiste a toda persona de conocer quién le está incriminando de un hecho punible. Justamente, sobre este conflicto se había manifestado la Corte Plena cuando, en el informe rendido a propósito de la audiencia que le confirió el órgano legislativo (durante la tramitación del proyecto de ley) había planteado la inconveniencia de que tales medidas se extendieran hasta la fase de debate.

Pues bien, en los casos de aplicación de este tipo de medidas, la ley es clara en el sentido de que corresponde a la autoridad judicial, resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la solicitud que haya formulado el declarante, el Ministerio Público, la defensa o el querellante. Así se regula en el artículo 11 *ibíd*, el cual dispone: “Las medidas de protección pueden ser procesales o extraprocesales. Las medidas procesales se regularán en el Código Procesal Penal y las extraprocesales, en esta Ley”.

Con esta remisión que aporta la ley al Código Procesal Penal, en materia de medidas de protección procesales, advertimos la necesidad de que sea el juzgador quien autorice este tipo de medidas. Así, mediante esta misma ley 8720, se reforma el artículo 204 del Código Procesal Penal, el cual incorpora la regulación de las medidas de protección, y en lo atinente a la protección procesal, prescribe que :

*“El juez autorizará dicha reserva en resolución debidamente motivada. Una vez acordada, esta información constará en un legajo especial y privado, que manejará el juez de la etapa preparatoria e intermedia, según la fase en la que la reserva sea procedente y se haya acordado, y en el que constarán los datos correctos para su identificación y localización. Para identificar al testigo protegido dentro del proceso, podrá hacerse uso de seudónimos o nombres ficticios (...) Cuando el riesgo para la vida o la integridad física del testigo no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de los datos de identificación y se trate de la investigación de delitos graves o de delincuencia organizada, el juez o tribunal que conoce de la causa podrán ordenar, mediante resolución debidamente fundamentada, la reserva de sus características físicas individualizantes, a fin de que, durante la etapa de investigación, estas no puedan ser conocidas por las partes”*

Nótese que en esta norma existe una referencia explícita al caso de la “delincuencia organizada”. Se entiende que en esos supuestos existe una habilitación para que el juzgador admita una protección que va más allá de la sola reserva de los datos de identificación. En este mecanismo excepcional, el testigo mantiene en reserva su identidad,

e interpretamos que esto significa sustraerlo de la posibilidad de entrar en contacto visual con el imputado.

Esta figura de protección es denominada por nuestra ley “testigo protegido”, y en doctrina se le ha conocido también como “testigo oculto”. Como nos lo reseña Choclán Montalvo, la jurisprudencia constitucional española ha admitido la constitucionalidad de la toma de declaración de testigos en habitación continua a la sala de audiencias, sin que los testigos sean vistos, pero sí escuchados por el imputado y su defensa técnica. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha proscrito la práctica del testigo anónimo, pues estima que vulnera el derecho de contradicción de las partes (caso Unterpertinger c. Austria, de 24 de noviembre de 1986); sin embargo, ha avalado la técnica del testigo oculto, que es la que se contempla en el numeral 11 de la Ley costarricense<sup>116</sup>.

En este punto, es imperativo hacer hincapié en que la reserva no debe extenderse hasta la fase de debate. Así lo ha hecho ver la Corte Plena en el informe al cual hemos hecho mención y lo expresa con meridiana precisión el numeral 4.5 de la ley española, que indica:

*“Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó.”*

---

<sup>116</sup> Véase en este sentido CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO op. cit. P. 70, 71.

Las razones que motivan tal disposición residen en la necesidad, por ejemplo, de que los jueces y litigantes (fiscales y defensores) escuchen de viva voz el testimonio de los deponentes, para así garantizar un verdadero respeto de los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Asimismo, se impone la obligación de controlar la veracidad del dicho del declarante, para efectos de determinar, entre otras cosas, la posible comisión de un delito de falso testimonio. Para esto último, la plena identificación del sujeto que rinde declaración deviene necesaria. Finalmente, sería ocioso ahondar en el hecho de que el derecho de defensa (tanto técnica como material) requiere como presupuesto necesario, para su efectivo ejercicio, que el imputado tenga conocimiento de la persona que está alegando su participación en la comisión de un delito

En este sentido, el legislador costarricense enmendó el yerro contenido en el proyecto de ley original, y con la reforma al numeral 204 del Código Procesal Penal, donde afirma que “La reserva de identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia.”

Ahora bien, parece decidida la intención del legislador en lo relativo a vedar la posibilidad de que el testigo protegido alcance la etapa de debate. El nuevo numeral 204 bis, del Código Procesal Penal, refuerza esta tesis cuando manifiesta en su segunda sección, párrafo tercero: *“Las medidas de protección acordadas podrán prolongarse por el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, a excepción de la etapa de juicio.”*

No obstante lo anterior, existen por lo menos dos normas dentro de las reformas introducidas a la legislación adjetiva, que parecen abrir la posibilidad de que los mecanismos de protección procesal se extiendan hasta la fase del juicio oral y público. La primera de ellas está contenida en el último párrafo del artículo 351 ibíd. Allí se establece:

*“...para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.”*

En principio, y ajustándonos a una interpretación literal de la ley, no resulta procedente mantener la reserva de las características físicas individualizantes del testigo durante la etapa de debate. Sin embargo, la recepción de testigos es un acto procesal propio de esta etapa, y el párrafo antes transcrito deja en claro que tal reserva podría mantenerse, incluso en este estadio del proceso. Esto supondría un perjuicio, no sólo para el derecho de defensa, sino para toda una serie de principios integrantes del debido proceso, tales como la contradicción, la inmediación y la oralidad.

En el mismo orden de ideas, advertimos la existencia de otra norma que contraviene la regla general, según la cual la protección de tipo procesal debe cesar en el juicio oral y público. Esta se encuentra en el artículo 293 ibíd, el cual preceptúa la regulación del anticipo jurisdiccional de prueba. Dicha norma se relaciona con el mismo artículo 204,

según el cual, una vez que el juez declara el otorgamiento de la protección procesal, debe ordenar la realización del anticipo jurisdiccional de prueba.

Pues bien; es sabido que el anticipo jurisdiccional de prueba constituye un mecanismo procesal de carácter extraordinario, de acuerdo con el cual, ante determinados supuestos de hecho (enunciados en el primer párrafo del artículo 293), la recepción de tal o cual elemento de prueba (por ejemplo, un testimonio) se efectúa en un momento previo al debate. De este modo, la doctrina y la legislación son claras en señalar, que debido a su naturaleza jurídica sui generis (formar parte del debate en un contexto temporal previo a éste) deben respetarse los principios y las regulaciones propias del juicio. Bajo esta línea argumentativa, sería plausible pensar que la protección procesal debe finalizar con motivo de la realización del anticipo jurisdiccional de prueba. Sin embargo, la reforma al artículo de comentario dispone que:

*“Cuando la identidad del testigo o la víctima se encuentre protegida, se recibirá el anticipo, manteniendo reserva de sus datos de identificación y con el auxilio de los medios tecnológicos disponibles o de cámaras especiales que permitan mantener ocultas o disimuladas sus características físicas, según el alcance de la protección acordada por el juez.”*

Dentro de otro orden de ideas, y retomando el tema de las medidas de protección extraprocesales, éstas se encuentran reguladas en el inciso b, del mismo artículo 11, de la ley costarricense, y su procedimiento de solicitud resulta disciplinado en el artículo 12 del mismo cuerpo legal. Esta norma preceptúa que la solicitud debe hacerse llegar ante la

Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público (órgano administrativo). Incluso es el Fiscal General de la República quien debe conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que otorgue, modifique, deniegue, suprima o finalice las medidas de protección (artículo 12. g. 2).

En el Derecho comparado, estas medidas usualmente consisten en la protección policial (artículo 3.2 de la ley española) y en casos de serias amenazas para los sujetos que gozan de la protección, pueden implicar el traslado del beneficiario y su familia a un nuevo domicilio, así como el otorgamiento de un nuevo documento de identificación.

Ahora bien, en lo atinente a las reformas que introduce la ley 8720 al proceso penal costarricense – y particularmente en relación con aquellas vinculadas con la delincuencia organizada – resulta importante mencionar la adición del ordinal 239 bis, al Código Procesal Penal, el cual consagra nuevos supuestos de aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva. La nueva norma introduce como causal que “se trate de delincuencia organizada”. Es decir, de forma automática el juez de la etapa preparatoria se encuentra legitimado para disponer la detención provisional del indiciado en aquellos casos donde estime, pertenecen a la criminalidad organizada.

La inclusión de esta nueva causal exige un análisis que determine la razonabilidad de la política legislativa que medió en su creación. De este modo, es evidente que el legislador se apartó de la ideología que tradicionalmente ha guiado la interpretación y aplicación de las medidas cautelares; la cual veía en ellas mecanismos de contención precautorios, cuyo objetivo último residía en lograr la consecución de los fines del proceso.



Dicho de otro modo, las medidas cautelares no se concebían como sanciones previas infligidas sobre los sujetos imputados, puesto que ello hubiese implicado una afrenta al estado de inocencia que acompaña a todo ciudadano por disposición del numeral 39 constitucional.

Asimismo, al entender a la prisión preventiva como un instituto meramente precautorio, tendiente a garantizar la culminación exitosa del proceso, era evidente que no todos los casos podían ser valorados de la misma forma. Antes bien, se imponía la necesidad de efectuar un análisis casuístico que atendiese diversos aspectos concretos de la persona imputada, para determinar si era posible que ésta continuara sujeta al proceso, disfrutando de su derecho fundamental a la libertad, o bien, si era estrictamente necesario decretar su encierro preventivo, para efectos de neutralizar los riesgos que podría generar para el proceso de encontrarse en libertad.

Bajo esta tesitura, el numeral 239, del Código Procesal Penal, alude a los denominados “peligros procesales” (fuga, obstaculización y reiteración delictiva) como parámetros para valorar la potencial sujeción del acusado al proceso. Igualmente, el mismo legislador define (por ejemplo en el artículo 240 *ibíd.*) con base en qué supuestos se debe estimar que concurre tal o cual peligro procesal.

Entonces, la inclusión de una categoría general como causal de prisión preventiva, significa la introducción en nuestro proceso penal de un nuevo paradigma en materia de medidas cautelares. La norma recogida en el artículo 239 bis, responde a la misma lógica,

puesto que preceptúa en el inciso a, que en casos de flagrancia también es posible dictar la prisión preventiva sin mayor examen de las particularidades de la persona imputada.

Cuando tales disposiciones formaban parte del proyecto de ley denominado “Ley de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana (expediente número 16.973, Texto de Informe definitivo, setiembre de 2008), la Corte Plena rindió un informe rubricado por el magistrado Arroyo Gutiérrez, en donde indicó:

*“Se propone la prisión preventiva en cierto tipo de delitos, cuando media la flagrancia. Este tipo de excepciones rompe con el sistema general que contiene el Código Procesal vigente, de manera que puede estarse ante un quebranto del principio de igualdad frente a la ley y la presunción de inocencia que tutela el numeral 33 de la Constitución Política (ya que se estaría haciendo discriminación por tipo de delito, así como los artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos referentes al mismo principio de igualdad).”*

En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia emanada del sistema interamericano de derechos humanos, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido ocasión de manifestar su criterio en relación con las causales “automáticas” de prisión preventiva, que ahora pasan a integrar parte del ordenamiento jurídico costarricense. Concretamente, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra el Estado de Ecuador,

sentencia del 21 de noviembre de 2007, el juez Sergio García Ramírez argumentó en su voto razonado que:

*“Numerosas leyes disponen que se imponga inexorablemente prisión preventiva a los inculcados por delitos correspondientes a determinadas categorías, disposición que priva al juzgador de la posibilidad de ponderar individualmente, como debiera, la pertinencia o impertinencia de ordenar la prisión cautelar en el caso que tiene a la vista, no apenas en una categoría abstracta y general. Esta orden de prisión, extendida sobre una heterogénea variedad de individuos y procesos, linda con la arbitrariedad: no judicial, sino legislativa, pero en todo caso estatal. Sugiere --mutatis mutandis-- reflexiones similares a las que ha hecho la Corte al pronunciarse sobre sanciones “automáticas”, como la pena de muerte obligatoria (mandatory) que algunas legislaciones conservan.”*

Como vemos, la adopción de causales “automáticas” de prisión preventiva, impiden al juzgador realizar una valoración del caso concreto y que responda con fidelidad a la naturaleza cautelar de tal medida. Con ello se pone al Estado costarricense en riesgo de sufrir una nueva condena ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo atendiendo a la línea jurisprudencial esbozada en el caso antes comentado.

Asimismo, la inclusión de esta nueva causal de prisión preventiva puede conducir al surgimiento de algunas dudas en el plano de la interpretación del texto legal. Por ejemplo, la norma no es clara en determinar si para el juez es necesario verificar primero la

conurrencia de los presupuestos del ordinal 239, para luego examinar la presencia de las causales del 239 bis, o bien, si este último debe entenderse como un precepto autónomo, que no requiere un análisis previo de la norma del 239. Creemos que esta última es la conclusión a la que se seguiría, tras una lectura atenta de la norma. Véase que ésta señala “...el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado...” Es decir, el uso del vocablo “también”, sugiere que además de los supuestos de hecho que regula el artículo 239, el 239 bis aporta otros novedosos e independientes.

Por lo demás, se reitera el requisito del 239, en relación con la necesidad de que el delito esté sancionado con pena de prisión (algo que ocurre con la gran mayoría de los delitos en el Derecho penal especial costarricense), así como con la observancia del numeral 37 constitucional.

Así las cosas, nos hallamos frente a un claro ejemplo que nos acerca a la verificación de nuestra hipótesis inicial: el tratamiento, que por lo menos en esta ocasión, se le está dando al fenómeno del crimen organizado, se aparta del respeto por el discurso garantista y liberal, que veía en la detención provisional, un instrumento cuya utilización era justificada solamente en casos excepcionales y tras una minuciosa y detallada valoración por parte del juez. Lo mismo cabe decir en relación con aquellos casos examinados, que parecen permitir una extensión de la protección procesal de víctimas y testigos, hasta la fase del juicio oral y público.

### **3.4 Sistematización de la normativa jurídica: La Ley Contra la Delincuencia Organizada**

El pasado dos de julio del año en curso, fue aprobado en segundo debate, el proyecto de Ley Contra la Delincuencia Organizada. Dicho proyecto, había sido remitido a la corriente legislativa, el diecisiete de octubre del año dos mil siete, ante iniciativa del Poder Ejecutivo. A partir de ese momento, se le asignó el expediente legislativo número 16830, e inició un tránsito tortuoso por la Comisión legislativa encargada de su estudio.

Pese a que su discusión inició en el mes de setiembre del año anterior, e incluso se emitió un dictamen afirmativo de mayoría, en fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, el proyecto fue excluido de la agenda de discusión de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana. Sin embargo, un nuevo texto fue planteado ante los diputados, a partir del mes de marzo del presente año. Este texto surgió como resultado de diversas conversaciones entre legisladores y miembros del Poder Ejecutivo<sup>117</sup>. De este modo, al treinta y uno de marzo de dos mil nueve, un texto sustitutivo fue puesto nuevamente en conocimiento de la Comisión. Con base en este último texto, se construyó la actual Ley Contra la Delincuencia Organizada (número 8754), la cual fue publicada en el alcance número 29 del Diario Oficial La Gaceta, número 143 del 24 de julio de 2009.

Dicho cuerpo legal, pretende dotar de sistematicidad al ordenamiento jurídico costarricense, en lo referente al fenómeno de la criminalidad organizada. Hemos dicho, que

---

<sup>117</sup> Véase MATA ESTEBAN. “Diputados cambian plan contra crimen organizado.” En La Nación, El País, marzo 4 de 2009.

con excepción de dos lacónicas referencias al concepto, realizadas por nuestro legislador, en el Código Procesal Penal vigente, la regulación legislativa sobre este tema, era hasta el momento, prácticamente inexistente.

Desde el punto de vista de la investigación judicial y el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público ha dirigido importantes esfuerzos en esta materia. De esta manera, ha logrado los acuerdos políticos necesarios, para crear un órgano fiscal especializado en el tema.

En este orden de ideas, la producción de un texto de Derecho positivo, se erigía – según el discurso oficial – como una necesidad y una obligación, toda vez que el Estado costarricense, al omitir la promulgación de una ley, estaba incurriendo en el incumplimiento de compromisos internacionales suscritos previamente.

De esta suerte, el proyecto de ley original, establecía en su exposición de motivos, que: “Se hace necesaria una reforma legal profunda, que dé a las autoridades las herramientas jurídicas y tecnológicas para enfrentar -sin incurrir en excesos- el fenómeno de la delincuencia organizada.” Del mismo modo, dicha proclama concluía que: "En definitiva, el proyecto propone herramientas para perseguir al crimen organizado con mayor eficacia, sin menoscabar las garantías constitucionales."

Es decir, desde ese mismo momento, el legislador estaba consiente de la insalvable tensión que opera entre los instrumentos jurídicos, puestos al servicio de la persecución del crimen organizado, y las garantías constitucionales de los ciudadanos. Además, prestaba

especial atención a la cuestión de la “eficacia”, entendida como un valor supremo al cual aspira la legislación.

De seguido, pasamos al examen de algunas de las más relevantes disposiciones contenidas en la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada.

#### a) Concepto

Inicialmente, conviene revisar la definición del concepto de crimen organizado que ha adoptado nuestro legislador, pues, como lo advertimos en el análisis del Derecho comparado, dichas definiciones representan el elemento lingüístico que legitima la aplicación de todo un régimen jurídico especializado. De tal forma, el artículo primero determina que:

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

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

*Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.”*

En lo relativo a los alcances del concepto de “grupo estructurado”, nuestro legislador ha optado por separarse, parcialmente, de lo estipulado por la Convención de Palermo. Nótese, que dicho instrumento internacional, del mismo modo que los textos legales de España, Guatemala y Venezuela, señala que el grupo debe estar integrado por lo menos de tres personas. En cambio, el legislador costarricense, al igual que el salvadoreño, prescribe que basta la concurrencia de dos personas. Curiosamente, en el proyecto de ley original, se hablaba de una “asociación estructurada de tres o más personas...”

Seguidamente, la norma exige, tanto la permanencia en el tiempo del grupo criminal, como la necesidad de que actúe concertadamente; es decir, bajo una misma línea operativa, dirigida según los esquemas logísticos de una empresa. En este punto, el legislador se apoya nuevamente en lo prescrito por la citada Convención, así como en la doctrina mayoritaria. Al respecto, resulta atinado citar uno de los criterios que siguió, en diciembre pasado, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, al emitir su informe jurídico, sobre el proyecto de ley 16830. Citando al autor Enrique Anarte Borallo, señaló:

*“Asociación duradera, estable y persistente de una pluralidad de personas, concebida como una sociedad de intereses que aspira solidariamente a la obtención de ganancias e incluso a posiciones de poder político, económico, mediático o en general social. Estas cuentan con una*



*estructura organizativa disciplinada y jerárquica con lo cual logran establecer una actuación planificada y con división de trabajo, con la finalidad de realizar negocios legales o ilegales internamente conectados y adaptados en cada momento a las necesidades de la población, haciendo uso delictivo de relaciones personales o sociales.”<sup>118</sup>*

Este criterio fue seguido por los diputados encargados de retomar la discusión del proyecto de ley. Destaca, particularmente, la referencia a una “sociedad de intereses”, lo cual nos acerca a la idea de una relación asociativa formal, dispuesta para cometer delitos.

Siguiendo con el análisis de la definición, es evidente (tal y como lo sugerimos en el capítulo primero, del presente título), que estos delitos deben ser considerados “graves”. En este sentido, es menester destacar que la ley modificó la definición que originalmente contemplaba el proyecto de ley. Dicho proyecto, mencionaba en su artículo segundo, que: “Para todo el Sistema Penal, delito grave es el que pueda ser sancionado con prisión de cuatro años.” Es decir, parecía seguir los lineamientos de la Convención de Palermo. Sin embargo, la técnica legislativa empleada era impropia, pues al expresar “que pueda ser sancionado con prisión de cuatro años”, daba paso a interrogantes, por ejemplo, si esos cuatro años referían a la pena mínima o máxima.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> ANARTE BORRALLA ENRIQUE citado por CHACÓN MURILLO YAMIL en Informe Jurídico, Proyecto de Ley Contra la Delincuencia Organizada, expediente N. ° 16830. Oficio N. ° ST.353-2008 J. San José, Costa Rica. Asamblea Legislativa, diciembre de 2008. P. 4.

<sup>119</sup> El Departamento de Servicios Técnicos señaló en el análisis de este artículo que: “El presentar definiciones en las leyes, debe ser una excepción y no la regla. Es decir únicamente se deben incluir las definiciones que sean estrictamente necesarias para la comprensión del proyecto de ley. Por otro lado, cuando se traslada una definición de una convención a la ley, ésta por lo menos debe ser igual a la del convenio, ya que deviene de una norma superior que representa un compromiso del país para legislar en torno a ella.” *Ibíd.* P. 6.

De este modo, la nueva disposición precisó los alcances de este parámetro cuantitativo, indicando que los cuatro años de prisión, deben estar incluidos dentro del rango de penas previsto, en abstracto, para cada uno de los delitos.

Ahora bien, previamente manifestamos nuestra disconformidad con la referencia, a una penalidad de cuatro años como indicativo de la gravedad del delito. Esto, en virtud de que si examinamos el Código Penal costarricense (así como otras leyes penales especiales), fácilmente nos daremos cuenta, de que son muy pocos los delitos que no tienen prevista una sanción de por lo menos cuatro años de prisión. De esta manera, el punto de referencia que utiliza el legislador venezolano (pena de seis años de prisión), nos parece más ajustado a la realidad nacional.

El legislador también enfatiza, que en lo relativo a la aplicación de la ley, es objeto de persecución, tanto la delincuencia organizada nacional, como la transnacional. Ordinariamente, se ha dicho que la transnacionalidad constituye un indicio de alta fidelidad para atribuir, a una determinada participación colectiva, el calificativo de organización criminal<sup>120</sup>. Sin embargo, en la discusión político criminal costarricense, han relucido formas de criminalidad que usualmente no extienden sus efectos fuera del país, y no obstante, se les clasifica bajo esta categoría. Tal es el caso de las bandas dedicadas al robo de vehículos, y a la posterior comercialización de sus partes mecánicas. Creemos, entonces, que la aclaración ofrecida en el párrafo segundo de este artículo primero, busca

---

<sup>120</sup> Choclán Montalvo sostiene que: “El carácter transnacional no es requisito de la organización, ciertamente, aunque su presencia es factor indiciario de la consolidada estructura organizativa de un grupo, y en cualquier caso, es el carácter transnacional el que en realidad preocupa a la Política Criminal”. CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO op. cit. P. 8.

cobijar estas situaciones que no se extienden al plano internacional, pero que igualmente son objeto de preocupación en nuestro medio.

Ahora bien; es necesario aclarar que éste es un fenómeno que la doctrina considera crimen organizado, especialmente cuando existe una red transnacional dedicada a edificar el comercio ilícito de los bienes sustraídos<sup>121</sup>.

Por último, consideramos pertinente destacar, que la nueva legislación omite detallar la finalidad que debe perseguir la organización. Es decir, no especifica si los fines que debe atender son meramente materiales (económicos), o bien, si se da cabida a motivaciones de tipo religioso o político, las cuales son privativas del terrorismo<sup>122</sup>. Sobre este tema, ya hemos hecho referencia al debate que existe en el nivel doctrinario y de legislación comparada, y creemos conveniente subrayar, que en este caso, el intérprete debe acudir a la normativa internacional vigente en nuestro ordenamiento (Convención de Palermo), para efectos de suplir la aparente laguna existente en el texto legal. De este modo, es preciso recordar que, según la citada Convención, el beneficio a obtener debe ser “un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Es decir, se excluye del ámbito de aplicación de esta ley, a las organizaciones terroristas.

---

<sup>121</sup> Schneider menciona el caso de los nuevos mercados de consumo que han aparecido en Polonia y Rusia, relacionados con el tráfico ilegal y organizado de automóviles a nivel internacional. Véase SCHNEIDER HANS op. cit. P. 731.

<sup>122</sup> A este efecto, expone Rafael D. Agulló Mateu: “Nos dice D. Smith que son las motivaciones económicas las que informan la dedicación a actividades delictivas de las organizaciones criminales, reservando a los grupos terroristas motivaciones políticas, distinguiendo de este modo entre una forma de delincuencia y otra.” AGULLÓ MATEU RAFAEL (2001). <http://www.crimenorganizado.galeon.com/>. Consultada el veintiuno de julio de dos mil nueve.

Lo anterior, guarda concordancia con la regulación específica que las Naciones Unidas brinda al tema del terrorismo; pauta que ha sido seguida por nuestro legislador, al regular de forma separada este fenómeno, mediante la recién publicada Ley para el fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo.

En suma, si bien creemos que el terrorismo es susceptible de ser caracterizado, como una manifestación de la criminalidad organizada, nos parece oportuno el camino seguido por las Naciones Unidas, y por el legislador costarricense, en punto a brindarle un régimen jurídico especializado<sup>123</sup>.

#### b) Procedimiento especial en los supuestos de criminalidad organizada

Continuando con el análisis del articulado de la legislación, sobresale lo dispuesto por el ordinal 2, el cual lleva por epígrafe “declaratoria de procedimiento especial”. Se trata de una norma que revela el carácter procesal que posee este cuerpo normativo. No obstante lo anterior, posteriormente veremos que el legislador incorporó algunos tipos penales (así, por ejemplo, el delito de distracción del patrimonio, contemplado en el

---

<sup>123</sup> No obstante lo anterior, algún sector de la doctrina opina que no debería darse tal diferenciación. Así, por ejemplo, Baltazar Garzón, quien señala que: “Es cierto que no pueden equipararse o identificarse absolutamente bajo una misma rúbrica todas las organizaciones terroristas y las organizaciones mafiosas (entendiendo este término en sentido amplio), pero no lo es menos que casi todas tienen una estructura similar, utilizan medios similares, persiguen objetivos comunes (políticos o económicos) que facilitan su supervivencia y engrandecimiento, y todas ellas atacan desde distintos frentes a la estabilidad de los sistemas democráticos y ponen en cuestión las instituciones básicas. Por tanto, la actitud frente a ambas deberá ser idéntica dentro del ámbito de la investigación y represión, con similares medios y técnicas policiales y jurídico-procesales y sobre todo bajo un mismo prisma de coordinación superior, no solo de información, sino incluso de actuación operativa de alcance internacional”. GARZÓN REAL BALTAZAR citado por AGULLÓ MATEU RAFAEL. *Ibid.*

numeral 23), con lo cual se adhiere, en alguna medida, al enfoque sustantivo que comúnmente asumen los textos legales de este tipo.

En relación con este procedimiento especial, la norma prescribe que:

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

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

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

Primeramente, se dispone que compete al Ministerio Público solicitar al juez la declaratoria de este procedimiento. Para estos efectos, debe valorar que el cuadro fáctico investigado sea susceptible de ser catalogado como delincuencia organizada. Con este fin,

debe atender a dos textos positivos: la Convención de Palermo, y lo definido por el artículo primero de la ley.

Llama la atención el empleo de la frase "durante el curso del proceso penal", la cual, por su ambigüedad e imprecisión, plantea numerosas dudas en cuanto a las etapas en que se podría aplicar este procedimiento, pudiendo incluso pensarse en que se llegue a solicitar su aplicación en estadios avanzados, como la fase de debate.

Atendiendo a criterios lógicos, lo normal sería que la solicitud de declaratoria, se realice ante el tribunal de la etapa preparatoria, una vez iniciada la investigación. Recuérdese, que estos hechos son investigados por la FACCO, la cual debe efectuar un análisis previo, el cual le permita determinar con certeza que la competencia para llevar a cabo la investigación realmente le corresponde. Dicho de otro modo, esta valoración llevada a cabo por el órgano fiscal, representa un primer filtro que le habilita para formular la solicitud a la que se refiere esta norma, en el inicio del proceso.

Ahora bien, en caso de que la solicitud no se realice durante la etapa preparatoria, podría pensarse que se formule durante la fase intermedia (una vez concluida la investigación). Sin embargo, lo que realmente no queda claro, es si este procedimiento especial puede ser decretado en la etapa de debate. Particularmente, nos inclinamos por responder a esta interrogante de modo negativo; esto, por cuanto una declaratoria de este tipo, en una etapa tan avanzada del proceso, vendría a generar una situación de inseguridad jurídica a las partes (particularmente al imputado), en virtud de que con dicha declaratoria se genera una serie de consecuencias jurídicas muy importantes, tales como la adecuación

de plazos e incluso la modificación de resoluciones ya dictadas (párrafo segundo de la norma de comentario).

Otra posible interpretación, es aquella que ve en este procedimiento especial, un paralelismo en relación con el procedimiento para asuntos de tramitación compleja. En aquel caso, el artículo 376 del Código Procesal Penal, preceptuaba que en la etapa de juicio, la decisión sólo podía ser adoptada en el momento cuando se convocaba a debate. En este sentido, de adoptar esta misma postura para el caso bajo estudio, alcanzaríamos una decisión salomónica, capaz de aclarar los oscuros contornos del enunciado “durante el curso del proceso penal”.

A propósito del procedimiento de tramitación compleja, reiteramos en esta ocasión, que la norma bajo estudio, excluye por completo su aplicación en casos de delincuencia organizada. De este modo, concluimos que ha operado una reforma de la norma contenida en el numeral 376, del Código de rito.

El segundo párrafo de esta norma, indica que el tribunal debe resolver motivadamente la solicitud del Ministerio Público. Asimismo, le confiere efectos declarativos a dicha resolución. Empero, se omite mencionar si contra dicho auto, puede ser interpuesto el recurso de apelación. Al respecto, consideramos que la interposición de dicho recurso sí es procedente, con base en una aplicación supletoria del Código Procesal Penal (lo cual es permitido por el artículo primero de la ley). Al respecto, véase que el artículo 437 de dicho cuerpo legal, señala que el recurso de apelación procederá contra las

resoluciones del procedimiento preparatorio e intermedio, que entre otros supuestos, “causen gravamen irreparable”.

En el mismo sentido, y atendiendo a la semejanza existente entre este procedimiento especial, y el procedimiento de tramitación compleja, debemos recordar que en este último, sí cabe el recurso de apelación contra la resolución dictada durante las fases preparatoria e intermedia (artículo 377 del Código Procesal Penal).

El último párrafo de este artículo segundo, preceptúa que “todos los plazos ordinarios fijados en el Código Procesal Penal, Ley N° 7594, para la duración de la etapa preparatoria, se duplicarán”. Recuérdese, que nuestra normativa procesal penal, no contempla una regla general acerca de la duración de la etapa preparatoria, sino que emplea una frase vaga en el ordinal 171 del Código Procesal Penal, indicando que el “Ministerio Público deberá concluir la investigación preparatoria en un plazo razonable”. Sin embargo, el imputado puede solicitar al tribunal que le fije un plazo al órgano fiscal para la conclusión de la etapa preparatoria. Dicho plazo no puede superar los seis meses.

Pues bien, estimamos que el plazo cuya duplicación faculta la norma bajo estudio, es el plazo de los seis meses al que alude el Código Procesal Penal.

c) La acción penal



En lo relativo a la acción penal, el artículo tercero prescribe que la acción penal para perseguir los delitos cometidos por miembros de las organizaciones criminales, o por encargo de estos, según lo dispuesto en la ley, es pública y no podrá convertirse en privada. La norma es similar a la contenida en el artículo quince de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja de la República de El Salvador.

Las normas contempladas en los artículos cuarto y quinto, introducen una significativa diferencia en relación con el proceso penal ordinario. La primera de estas normas indica que: “El término de prescripción de la acción penal, en los casos de delincuencia organizada, será de diez años contados a partir de la comisión del último delito y no podrá reducirse por ningún motivo.”

Es decir, se modifica el principio general que consagra el artículo 33, del Código Procesal Penal, cuando refiriéndose a los plazos de prescripción, indica que estos se reducen a la mitad, una vez que se verifique alguna de las causales interruptoras recogidas en el mismo numeral 33. Asimismo, se impone un plazo único de diez años de prescripción, para todos los delitos que se enmarquen dentro del concepto de delincuencia organizada. Con ello, también se rompen las reglas del artículo 31, del Código de rito, según las cuales, el plazo de prescripción de la acción penal, está en función de la penalidad que ostente el delito en particular (plazo igual al máximo de la pena, sin exceder de los diez años, ni ser inferior a tres, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad).

Por su parte, el artículo 5 contempla las causas de interrupción de la prescripción. Algunas de estas causales son idénticas a las reguladas en el numeral 33 del Código

Procesal Penal. Así, por ejemplo, el inciso c (primera imputación formal de los hechos al encausado), el inciso f (el dictado de la primera resolución convocando a audiencia preliminar), el inciso i (el dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme), el inciso j (la obstaculización del desarrollo normal del proceso debido a causas atribuibles a la defensa), entre otras.

Igualmente, este artículo incorpora nuevos hechos interruptores. Entre los más relevantes, están los contemplados en los incisos a (cuando el Ministerio Público inicie la investigación) y b (con la declaratoria judicial establecida en el artículo cuarto de la ley).

En suma, se trata de la repetición de causales ya previstas en otros sectores del ordenamiento jurídico, así como de la adición de otras causales novedosas. En total, representan once diversos hechos que tienen el efecto de interrumpir la prescripción de la acción penal. Lo anterior, aunado al hecho de que la verificación de estas causales, no tiene como consecuencia la reducción del plazo de prescripción a la mitad (como ocurre en el procedimiento ordinario), nos revela que la intención del legislador ha sido plantear sendos obstáculos legales al instituto de la prescripción.

Podría pensarse, que la acción penal para perseguir estos delitos, es prácticamente imprescriptible, toda vez que los órganos encargados de la persecución penal, cuentan con un plazo muy amplio para ejercer la pretensión punitiva (diez años), e igualmente gozan de un elenco numeroso de actos interruptores de la prescripción (once en total). Ello plantea algunas dudas respecto de la constitucionalidad de las normas legales que posibilitan este régimen especial, fundamentalmente si tomamos en consideración, que el instituto de la

prescripción es una manifestación ostensible del derecho fundamental a la seguridad jurídica.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de referirse, en múltiples oportunidades, a algunos cuestionamientos que han sido esgrimidos contras las normas del artículo 33, del Código Procesal Penal. En lo que interesa, los razonamientos del Tribunal Constitucional, son aplicables en esta materia:

*“Debe señalarse, y así lo ha reiterado en diferentes sentencias esta Sala, que no existe un derecho fundamental a la prescripción. La prescripción es un instituto jurídico que atiende a la seguridad jurídica y al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, cuya previsión corresponde al legislador ordinario y no al constituyente. De esta forma, el que se confiera a un acto o resolución el efecto de interrumpir la prescripción es un asunto de discrecionalidad legislativa que no vulnera ningún derecho fundamental de las personas.”<sup>124</sup>*

De este modo, nuestro contralor jurisdiccional de constitucionalidad, considera que el establecimiento de los plazos de prescripción, así como de las causas que interrumpen o suspenden dicho plazo, constituye un tema que atañe a la política criminal, y por consiguiente, al legislador ordinario. En esa medida, la seguridad jurídica no es lesionada, en el tanto dicho régimen se apoye en pautas objetivas, que atiendan a criterios de

---

<sup>124</sup> Sentencia número 2008-2119, de las catorce horas, cincuenta y un minutos, del trece de febrero de dos mil ocho, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

razonabilidad. Así lo hizo ver en sentencia número 1797-97, en donde determinó que: *“...desde el punto de vista constitucional, mientras los plazos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador, sean razonables y estén definidos y limitados por la ley, no se afecta derecho constitucional alguno”*<sup>125</sup>

En el caso particular de la ley bajo estudio, es posible cuestionar si los plazos que contempla para la prescripción de la acción penal, son verdaderamente razonables. De ser así, la nueva regulación se ajustaría al Derecho de la Constitución, por cuanto cumpliría con las exigencias constitucionales que se plasman en las dos sentencias citadas previamente. Sin embargo, no deja de ser controvertido, desde el punto de vista del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la fijación de un término extenso para la prescripción (diez años contados a partir de la comisión del último delito), el cual, además, puede ser interrumpido de manera constante y sin que dicha interrupción implique una reducción del término.

En conclusión, estamos en presencia de un caso, en el cual se acredita una posible vulneración a un derecho fundamental, como el derecho a obtener “justicia pronta y cumplida” (artículos 41, “in fine”, de la Constitución Política y 8, 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), derecho que se encuentra en interrelación con otro igualmente fundamental, como lo es el derecho a la seguridad jurídica.

Asimismo, el legislador incorporó en el artículo sexto, diversas causales de suspensión del término de prescripción de la acción penal. Sin embargo, una comparación

---

<sup>125</sup> Sentencia número 01797-97, de las quince horas, veintiún minutos, del dos de abril de mil novecientos noventa y siete, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

de estas causales, en relación con aquellas recogidas en el artículo 34, del Código Procesal Penal, fácilmente permite concluir que en ambos cuerpos legales se contemplan los mismos supuestos de hecho<sup>126</sup>. La única diferencia que puede percibirse, es una mayor amplitud en la redacción del inciso d, del artículo sexto de la Ley. Dicha norma, prescribe, que el cómputo de la prescripción se suspende mientras dure en el extranjero el trámite de extradición. En este sentido, amplía el efecto suspensivo, a otros hechos no contemplados en el Código, tales como, las asistencias policiales, judiciales, de cartas rogatorias o de solicitudes de información por medio de autoridades centrales.

#### d) Crimen organizado y prisión preventiva

Pasamos ahora, al examen de las disposiciones normativas que integran el régimen jurídico especial conferido a la medida cautelar de prisión preventiva.

Debemos recordar, que la reglamentación especial de esta medida precautoria, en el contexto de “lucha” contra la delincuencia organizada, se inicia con la adición del ordinal 239 bis al Código Procesal Penal, mediante ley número 8720 (Ley de Protección a Víctimas y Testigos), la cual, como analizamos en la sección anterior, prevé la posibilidad de imponer la prisión preventiva cuando “Se trate de delincuencia organizada”.

---

<sup>126</sup> La Corte Plena, en sesión ordinaria celebrada a las trece horas, treinta minutos, del diez de noviembre de dos mil ocho (acta número 38-2008), manifestó, refiriéndose al entonces artículo 22 del proyecto de ley (hoy numeral sexto): “El artículo 22 del proyecto de ley reitera íntegramente el texto vigente del artículo 34 del Código Procesal Penal, con la única salvedad de la ampliación de supuestos del inciso d). La reiteración es innecesaria si lo que interesa es añadir el supuesto novedoso señalado.”

Del mismo modo, examinamos que la inclusión de estas causales automáticas, deviene violatoria de los fines estrictamente procesales, que se suelen conferir a dicha medida. Lo anterior, a la vez, contradice la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual califica a dichas hipótesis como arbitrarias, toda vez que privan al juzgador de la facultad de revisar casuísticamente las circunstancias que rodean a cada imputado en su relación con el proceso.

Tradicionalmente, se ha dicho que en Costa Rica la prisión preventiva solamente puede ser impuesta “en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley”; además, expresamente ha señalado nuestro legislador que “se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados” (artículo 238 del Código Procesal Penal). Es decir, en el discurso oficial, se le atribuye una función meramente procesal.

No obstante lo anterior, en la praxis judicial, se ha evidenciado que estos fines explícitos coexisten con otros latentes. Es así como, en la práctica, los órganos judiciales emplean la medida cautelar con fines preventivos (de prevención general y especial) que se apartan de la ideología subyacente en el fundamento legal de la medida<sup>127</sup>.

Ahora bien, lo verdaderamente novedoso de la regulación legal de esta materia, radica en que, durante los últimos tres años, hemos asistido a un fenómeno, en virtud del

---

<sup>127</sup> Señalan Chinchilla Calderón y García Aguilar que: “... la prisión preventiva más que una garantía de realización del proceso procura, implícitamente, el cumplimiento prematuro de una sanción de prisión develando, con su implementación, el afán represivo del Estado.” CHINCHILLA CALDERÓN ROSAURA y GARCÍA AGUILAR ROSAURA. Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva. San José, Costa Rica. Primera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2003. P. 31.

cual, haciendo uso de diversas enmiendas legales, el legislador, paulatinamente, ha ido modificando el discurso oficial en torno a la prisión preventiva. Es decir, las funciones de prevención general y especial, aparecen ahora no sólo en el nivel de la aplicación práctica de la medida (por parte de los jueces), sino que es posible también observarlas en el plano abstracto y legal. No otra cosa puede deducirse, de la implementación de causales automáticas, como las contempladas en el nuevo artículo 239 bis, las cuales enfatizan en consideraciones apartadas de los “tradicionales” fines procesales, y se orientan hacia la satisfacción de intereses colectivos, en detrimento de la libertad del sujeto imputado.

Como lo indican Chinchilla Calderón y García Aguilar, *“se opta por la segregación previa, siento esto más cómodo y eficaz para la seguridad de la ciudadanía y el proceso.”*<sup>128</sup>

Concretamente, en el marco del combate de la criminalidad organizada, es un expediente común, brindar preponderancia a los intereses colectivos, en detrimento de los intereses individuales. En materia de prisión preventiva, esto es particularmente relevante, en la medida en que son cedidos algunos principios y garantías fundamentales (el estado de inocencia, el principio “pro libertatis”, entre otros) en favor del sentimiento generalizado de “seguridad”, del cual la colectividad se considera titular.

Bajo esta lógica, el legislador ha dirigido la política criminal de los últimos tiempos, y los artículos siete, ocho y nueve, de la Ley número 8754 (Ley Contra la Delincuencia Organizada) responden a este tipo de postulados. Así, el artículo séptimo señala, en lo

---

<sup>128</sup> Ibid P. 29.

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

Recuérdese, que de conformidad con el inciso c del artículo 257 del Código Procesal Penal, el plazo ordinario de esta medida es de doce meses. Es decir, se trata de una duplicación de dicho plazo. Por otro lado, tal y como lo apuntamos atrás, en el procedimiento especial de tramitación compleja, el plazo se extendía hasta un máximo de dieciocho meses.

Creemos que el plazo previsto para el procedimiento de tramitación compleja (dieciocho meses), debió haber sido reiterado en la nueva regulación legal. Lo anterior, en razón de que la estipulación de un plazo ordinario (sin tomar en consideración eventuales prórrogas) de veinticuatro meses de detención provisional, se aleja de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben imperar a la hora de emitir normas, o dictar resoluciones, que implican la vulneración de derechos fundamentales.

Asimismo, la constitucionalidad del plazo de dieciocho meses, ha sido afirmada en diversas ocasiones por la Sala Constitucional (sentencias números 8297-98 y 4392-02), en tanto que el nuevo término de veinticuatro meses, plantea fundadas dudas respecto de su posible roce con el Derecho de la Constitución.

La Corte Plena, en su sesión ordinaria número 38-2008, celebrada a las trece horas, treinta minutos, del diez de noviembre del dos mil ocho, emitió su informe acerca del



entonces proyecto de ley. En el punto referido al tratamiento de la prisión preventiva, manifestó que:

*“La forma en que el Código Procesal regula el procedimiento de tramitación compleja podría servir de guía, pues se regula solamente lo que resulta excepcional o diferente, dando claridad y especificidad a ese procedimiento especial, tal cual se pretende con esta ley. Debe tenerse en cuenta lo prolongado de los plazos propuestos, que pueden llegar a convertirse en cinco años de prisión preventiva, en caso de agotarse los plazos ordinarios y extraordinarios así como las prórrogas por sentencia y reenvío, de cara a los principios de proporcionalidad, razonabilidad e inocencia, siendo la prisión preventiva una medida cautelar excepcional.”*

El artículo octavo, reglamenta lo concerniente al cese de la medida cautelar. Nuevamente, la técnica legislativa consiste en una repetición del artículo 257 del Código Procesal Penal, con algunas pocas variantes. Véase, que el primer inciso posee idéntica redacción con el inciso a, del mencionado numeral 257. La única diferencia, radica en la parte final de la norma, cuando se estipula, que la modificación de la medida puede establecerse “...aún antes de que transcurran seis meses de haberse decretado.” En el caso del Código de rito, se habla de “tres meses”.

De seguido, el artículo 9 plantea las pautas por seguir, en caso de que se estime necesario solicitar la prórroga de la prisión preventiva. Esta disposición se basa en el artículo 258, del Código Procesal Penal; no obstante, en esta ocasión sí es posible advertir

la existencia de importantes modificaciones. En lo referente a la legitimación activa para llevar a cabo la solicitud, el legislador amplía el ámbito de sujetos procesales legitimados. El párrafo primero indica:

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

Expresamente, se atribuye legitimación activa al Ministerio Público, al querellante y al actor civil. En el caso del proceso penal ordinario, el artículo 258, del Código Procesal Penal, únicamente facultaba al primero.<sup>129</sup>

Al mismo tiempo, la competencia para decidir sobre la prórroga, se asigna al Tribunal de Casación Penal. Con esto, se repite la fórmula seguida por el legislador de 1996, en cuanto a la centralización de dicha competencia en un único órgano jurisdiccional. Empero, en esta ocasión surge una duda, por cuanto es sabido que en los últimos años han sido creados nuevos Tribunales de Casación Penal (en las ciudades de Cartago, Santa Cruz y San Ramón), en tanto que para la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, únicamente existía el Tribunal de Casación Penal, del Segundo Circuito Judicial de San

---

<sup>129</sup> Dicha regulación, había generado controversia tanto en la doctrina nacional, como en la práctica judicial, por cuanto se debatía acerca de la posibilidad de que el querellante público solicitase la prórroga de la prisión preventiva. Lo mismo en relación con el actor civil. En este sentido, véase LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER op. cit. P. 353.

José (Goicoechea). Toda vez que la nueva norma no clarifica el punto, pues menciona genéricamente “Tribunal de Casación Penal”, no queda claro si la competencia se concede a cada uno de los Tribunales de Casación, atendiendo a las reglas de competencia en razón del territorio, o bien, si se mantiene en el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de San José.

El segundo párrafo de la norma de comentario, prescribe que: “Si se dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por doce meses más.” Estaríamos en presencia de una segunda prórroga, cuyo supuesto de hecho sería el dictado de una sentencia condenatoria. En esta oportunidad, el Tribunal competente para decretar la prórroga, sería el Tribunal sentenciador, el cual debe valorar la necesidad procesal de mantener la medida.

El párrafo tercero señala que:

*“Vencidos dichos plazos, con la finalidad de asegurar la realización de un acto particular o del debate, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia, el Tribunal podrá disponer la conducción del imputado por la Fuerza Pública y la prisión preventiva; incluso, podrá variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas por el Código Procesal Penal, Ley N.º 7594. En tales casos, la privación de*

*libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.”*

Este párrafo, prevé la posibilidad de que surja una necesidad procesal, que exija la detención provisional del imputado; no obstante haberse agotado los plazos señalados anteriormente. Así, por ejemplo, la finalidad de realizar el debate, la aparición del peligro de fuga, de obstaculización o de reincidencia. Dicho enunciado, guarda una similitud muy estrecha con aquel contemplado en el párrafo tercero del artículo 258 del Código Procesal Penal. Con ocasión de este último, Llobet Rodríguez ha comentado, que por implicar una relativización de los plazos máximos de prisión preventiva, esta previsión legal debe decretarse solamente en supuestos excepcionalísimos.<sup>130</sup>

Por último, el artículo noveno determina que “La Sala o el Tribunal de Casación, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por doce meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.”

En resumen, para el caso de las causas tramitadas de conformidad con el procedimiento especial de delincuencia organizada, los sujetos imputados pueden sufrir prisión preventiva por un plazo hasta de sesenta meses (cinco años). Se faculta la imposición de un plazo ordinario de veinticuatro meses, así como de una prórroga de doce meses más, dispuesta por el Tribunal de Casación Penal. Asimismo, en la hipótesis de recaer sentencia condenatoria, existe la posibilidad legal de decretar otros doce meses de

---

<sup>130</sup> Véase *Ibíd.* P. 355.

encierro preventivo. Finalmente, el Tribunal o la Sala de Casación Penal, pueden imponer, de oficio, una nueva prórroga de doce meses. Incluso, este término de sesenta meses podría ampliarse, en caso de que se haga uso de la facultad excepcional recogida en el párrafo tercero de la ley de comentario.

#### e) La Plataforma de Información Policial

A continuación, pasamos a ofrecer una sinopsis del capítulo tercero de la ley número 8754. Dicho capítulo, recoge las disposiciones “orgánicas” del texto legal, toda vez que estatuye la creación de nuevos organismos judiciales. El primero de ellos, viene disciplinado en el artículo once, referido a la Plataforma de Información Policial (en adelante, PIP). La norma en cuestión, señala en su primer párrafo, que:

*“Todos los cuerpos policiales del país estarán vinculados a la Plataforma de Información Policial (PIP), a cargo de la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), en la cual compartirán y tendrán acceso a la información de sus registros, bases de datos, expedientes electrónicos, redes internacionales e inteligencia policial, con la finalidad de lograr mayor eficiencia y eficacia en las investigaciones, tanto preventivas como represivas, de toda clase de delitos. Toda organización policial internacional, a la que se afilie Costa Rica, tendrá la obligación de estar vinculada en cuanto a la información de carácter delictivo.”*

La creación de este órgano judicial, ha sido vista como una necesidad, desde el momento mismo cuando fue presentado el proyecto original de “Ley Contra la Delincuencia Organizada”. Los promotores del proyecto, argüían que en Costa Rica, históricamente, la información policial se ha encontrado diseminada, y en esa medida, los esfuerzos de las agencias policiales, muchas veces no han producido los resultados deseados. En esa línea argumentativa, manifestaban la exigencia de contar con un órgano que centralizara la información de los diversos cuerpos policiales del país. El Fiscal General de La República, apuntó en octubre de 2008:

*“Estamos expuestos en la medida en que cada (cuerpo de) Policía tenga sus datos. Entonces, no se comparten estos datos y puede haber informaciones parciales en distintos cuerpos que, unidas, harían un caso, pero, como están fraccionadas, no forman un caso, y esto, por supuesto, solo favorece a las organizaciones criminales.”<sup>131</sup>*

Asimismo, la Corte Plena, en el informe número 38-2008, recordaba que:

*“Uno de los principales problemas que enfrenta la investigación de los delitos en la actualidad, es la existencia de información disgregada en varios cuerpos policiales, sin coordinación y que a menudo implican la duplicidad de investigaciones, que por ende se ponen en peligro mutuamente, así como la existencia de datos útiles para la investigación de hechos delictivos, a la cual*

---

<sup>131</sup> DALL’ ANESE RUIZ, FRANCISCO. Entrevista: “La mafia es un peligro para el Estado de Derecho.” En La Nación, Sucesos, octubre 12 de 2008.

*la policía judicial y el Ministerio Público no tienen acceso o desconocen su existencia. Otro problema grave que se presenta es la fuga de información sensible que en ocasiones ha impedido el éxito de investigaciones relacionadas con la criminalidad organizada.”*

A lo largo de la tramitación del proyecto de ley, hubo importantes modificaciones en relación con el régimen legal creado para la PIP. Por ejemplo, en el Texto Sustitutivo del 31 de marzo de 2009, la administración de la PIP se confería a un Consejo Director, integrado por los directores del Organismo de Investigación Judicial (quien habría de presidirlo), la Policía de Control de Drogas y la Fuerza Pública. Posteriormente, ante críticas esgrimidas por el Fiscal General de la República, quien advertía la inconveniencia de que el Poder Ejecutivo tuviese ingerencia en la dirección del órgano, los diputados decidieron retomar la tesis planteada en el proyecto de ley inicial, y atribuir su dirección, exclusivamente, a la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial.

Debemos prestar especial atención al hecho, de que la información recabada por la PIP, supone la compilación de datos pertenecientes al ámbito de intimidad de los ciudadanos. De este modo, entran en juego dos intereses igualmente valiosos, los cuales deben ponderarse con sumo cuidado. De un lado, tenemos la información compartida a la que acceden los cuerpos policiales, y por otro, la esfera de intimidad de los sujetos cuya información aparece en dichas bases de datos.

Las versiones anteriores de la norma bajo estudio, planteaban la posibilidad de incorporar órganos de corte político, dentro de la estructura organizativa de la PIP, lo cual habría significado importantes amenazas para la garantía fundamental de la intimidad.<sup>132</sup>

Con base en lo dicho, consideramos pertinente que el manejo de la PIP, sea presidido por un órgano, cuya gestión se oriente hacia criterios técnicos. La redacción final de la norma, finalmente destina esta competencia a la Dirección General del OIJ, lo cual guarda concordancia con lo estipulado por el numeral 40 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, ya que ésta atribuye a dicho órgano (y expresamente a un “experto en la materia”), la administración del Archivo Criminal.

Siguiendo con el análisis del artículo once, vemos como se establece que “todos los cuerpos policiales del país estarán vinculados a la PIP...” Corresponde, entonces, precisar con detalle cuáles cuerpos policiales se encuentran comprendidos dentro de este supuesto de hecho. Es claro que la Policía Judicial está incluida en esta hipótesis, pues su naturaleza jurídica es la de ser un órgano auxiliar del Ministerio Público, encargado de la investigación judicial de los delitos (artículo 67 del Código Procesal Penal).

---

<sup>132</sup> En esta misma línea de pensamiento, se orienta el informe de Corte Plena, número 38-2008, de las trece horas, treinta minutos, del diez de noviembre del dos mil ocho. Allí se indica que: “Este órgano debe preferirse que sea uno con criterio técnico jurídico que pueda controlar la legitimidad de la información que se acopie, así como los accesos a ella, ya que se puede afectar los derechos fundamentales de cualquier ciudadano al recabarse información sobre hechos o personas indiscriminadamente. Este organismo debería estar conformado por el Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público.

Hay que tener muy presente que resultan necesarios controles puntuales y bien definidos del manejo y acceso a esta información. Se trata de datos sensibles de los y las habitantes del país a quienes se investigue por determinados hechos delictivos, no se trata de una base para almacenar datos de todos los ciudadanos habitantes de este país o extranjeros, de manera indiscriminada.” P.18.



De la misma manera, es evidente que la participación de la Policía Administrativa, se enmarca dentro de esta lógica de cooperación; especialmente si proviene de una policía especializada, como es la Policía de Control de Drogas (PCD), la cual coadyuva en las labores de investigación.<sup>133</sup>

En este punto, es menester indicar que no resulta lícito facilitar el acceso a la Plataforma, a la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional (DIS). Esto, por cuanto la DIS es un órgano adscrito al Ministerio de la Presidencia, cuya misión no es investigar hechos delictivos, y por consiguiente, es imposible caracterizarlo como un cuerpo policial en sentido estricto. Incluso, la legitimidad constitucional de dicho órgano, ha sido seriamente cuestionada en los últimos meses.

Por otro lado, nótese que el artículo once, señala que la finalidad de la Plataforma, reside en lograr mayor eficacia en las investigaciones preventivas y represivas “de toda clase de delitos”. Es decir, el objetivo de este nuevo organismo trasciende el tema de la criminalidad organizada, por cuanto su norma fundante le otorga un margen de actuación más amplio, que podría incluir la investigación de delitos convencionales.

De seguido, estipula el párrafo segundo que:

---

<sup>133</sup> “A la policía preventiva y que coadyuva con las labores del Ministerio Público y la policía judicial, debe permitírsele el acceso, así como asignarles la obligación de centralizar todos los datos que ellos posean, relacionados con la comisión e investigación de hechos delictivos, en la Plataforma. El acceso debe permitírseles en los casos concretos en que resulte de interés –por ejemplo, por las detenciones que realizan, por su intervención en el descubrimiento de hechos delictivos, para coordinar acciones con la policía judicial, de control de drogas o el Ministerio Público en la investigación de hechos delictivos- pero no puede ser un acceso irrestricto, porque el riesgo de fuga de información y datos sensibles, al margen de un interés específico –y por ende controlable- es muy alto. Y los controles propios del administrador de la Plataforma deben ser igualmente estrictos, para sancionar también la fuga de información que allí se produzca.” *Ibíd* P. 19.

*“Salvo en los casos en que se requiera orden del juez para accederlos, todos los registros, las bases de datos, los expedientes de los órganos y las entidades estatales, las instituciones autónomas y las corporaciones municipales podrán ser accedidos por la Plataforma de Información Policial, sin necesidad de orden judicial.”*

Este párrafo involucra la facultad que se atribuye a la Plataforma, para acceder a las bases de datos administradas por entes y órganos públicos, sin necesidad de requerir una orden del juez. Imagínese el caso de la información almacenada por entes descentralizados, como la CCSS, el ICE, el INS, instituciones financieras estatales, Universidades Públicas, entre otros. Lo mismo puede decirse en relación con órganos que integran el gobierno central.

Desde la dimensión del derecho constitucional a la autodeterminación informativa, este párrafo segundo plantea interesantes cuestionamientos. El más notorio, se relaciona con el derecho que asiste al ciudadano para controlar la información personal que entrega a las instituciones públicas. Es sabido, que con motivo de múltiples relaciones jurídicas establecidas entre los administrados y la Administración Pública (prestación de servicios médicos, educativos, celebración de contratos, otorgamiento de patentes y concesiones, etc.), ésta se impone del conocimiento de datos pertenecientes a la esfera de intimidad del individuo (género, domicilio, ocupación, afiliación sindical, estado de salud, entre otros). Respecto de dicha información, existe un derecho a la confidencialidad, cuyos alcances han sido definidos con propiedad por la Sala Constitucional, con ocasión de la resolución de

una acción de inconstitucionalidad, que precisamente, atacaba la norma del artículo 40 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. En esa oportunidad, la Sala indicó:

*“Derecho a la confidencialidad: a través suyo el sujeto exige que la información que él ha proporcionado o que ha sido legalmente requerida permanezca secreta para terceras personas, de forma tal que se controla el cumplimiento de los fines para los que la información es recolectada. En este caso la información recabada puede resultar correcta y haber sido adquirida por medios legítimos, pero se trata de información que no puede ser facilitada indiscriminadamente y tiende a que los datos no sean revelados salvo que obedezca a la solicitud de autoridad competente o del interesado.”<sup>134</sup>*

En el caso bajo estudio, esa “tercera persona”, sería justamente la Plataforma de Información Policial, la cual, según el párrafo segundo del artículo once, podría acceder estos registros sin necesidad de orden judicial.

Ahora bien, no pretendemos negar la conveniencia, ni tampoco la necesidad, de que los órganos cuyo mandato legal reside en promover la persecución penal, cuenten con un acceso expedito a la información. Evidentemente, existe un interés público que justifica la compilación y el acceso a los datos personales de los ciudadanos. Así lo entendió nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia antes comentada, al señalar que: *“Sin duda alguna la persecución de las actividades delictivas es una tarea irrealizable si no se cuenta con un*

---

<sup>134</sup> Sentencia número 1999-05802, de las quince horas, treinta y seis minutos, del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

*amplio aparato informativo y es insostenible un Estado que no posea información sobre las personas que lo integran.”* De esta suerte, debe ponderarse el interés particular (la intimidad del individuo), con el interés general (la operatividad del sistema penal).

Una fórmula que podría orientarnos a solventar esta aparente contradicción, y que además, permitiría afirmar la legitimidad constitucional de este párrafo segundo, es aquella cuya exigencia radica en que el acceso a la información, por parte de la PIP, se dé en el marco de una investigación concreta.<sup>135</sup>

“A contrario sensu”, la posibilidad de contar con un acceso indiscriminado a estos bancos de datos, sin que medie una investigación en particular, supondría una lesión al derecho a la intimidad, que iría en contra de los criterios vertidos por nuestra Sala Constitucional, según lo indicado en el precedente antes citado. Esta preocupación, también ha agobiado a la doctrina nacional, la cual se ha mostrado crítica frente a la amplitud de los supuestos legales, que en esta materia, ofrece la legislación comparada.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Así lo ha apuntado la Corte Plena en el informe que hemos venido comentando. Señala que “...ni puede pretenderse que los investigadores tengan acceso indiscriminado a esta información amplia de cualquier persona, cuando no está siendo objeto de investigación. Ello podría rozar con los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones y datos privados que consagra el numeral 24 de la Constitución Política...”

<sup>136</sup> Acerca de la amenaza que supone para la autodeterminación informativa, el acceso generalizado a estos datos, por parte de los órganos policiales, se ha referido el autor nacional Alfredo Chirino, quien plantea su tesis a partir del estudio de las leyes, que sobre la materia, se han emitido en la República Federal Alemana: “Estas leyes alemanas tienen como característica la generosidad con la que se ha permitido a los órganos de la investigación, el ingreso a información muy sensible de los ciudadanos grabada en acervos electrónicos de datos en manos privadas y públicas. Las autorizaciones también han incluido el acceso a informaciones que la policía recolecta de diversas maneras y que procesa con el objetivo de hacer posterior uso de dicha información. Al respecto existe poco control acerca de la forma en que se colecta la información, el tipo de datos que se recopilan, la frecuencia con que se realizan los accesos a los bancos de datos afectados, así como lo que sucede posteriormente con los “perfiles” informáticos que son recopilados...” CHIRINO SÁNCHEZ y LLOBET RODRÍGUEZ. Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada (problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal “eficiente”). San José, Costa Rica. Primera edición, Ediciones Jurídicas Areté, 2000. P. 171.

Paradójicamente, y pese a las advertencias, esta técnica legislativa, de una u otra forma, se ha reproducido en nuestro recién aprobado texto legal.

Continuando con el estudio de esta norma, vemos que el párrafo tercero prescribe que:

*“Cuando el acceso a los datos solamente pueda realizarse con la orden del juez, únicamente podrán imponerse de ellos los policías o investigadores designados previamente, así como los fiscales a cargo del caso y los jueces a quienes corresponda dictar algún auto o sentencia de ese caso; cuando la misma información se requiera en otro proceso, esta no podrá conocerse o compartirse sin la autorización previa de la autoridad judicial. Quienes conozcan tales datos legalmente, deberán guardar secreto de ellos y solamente podrán referirlos en declaraciones, informes o actuaciones necesarias e indispensables del proceso.”*

Nos encontramos ante el supuesto de que sí se requiera la orden judicial. En este sentido, hubiese sido conveniente que el legislador aclarara cuáles son esas hipótesis. En todo caso, corresponde al intérprete, remitirse al artículo primero, párrafo segundo, de la Ley número 7425 (Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones), en donde se especifican los documentos privados, cuyo registro, secuestro o examen, pueden autorizar los Tribunales de Justicia.

De la redacción de la norma, se desprende, que sí es requisito la existencia de un proceso pendiente. Esto, aunado a la garantía que significa la existencia de una orden judicial, permite colegir que el párrafo de comentario no presenta los inconvenientes de su antecesor.

Finalmente, merece una consideración especial, el párrafo cuarto de la norma, según el cual:

*“El director del Organismo de Investigación Judicial será el responsable por los aspectos ejecutivos de la Plataforma y determinará los niveles de acceso a la información, y los cuerpos policiales y de investigación que podrán acceder a ella; para estos efectos, elaborará un protocolo de acceso y uso de la información contenida en dicha Plataforma.”*

La disposición, reitera que el director del Organismo de Investigación Judicial, es el encargado de dirigir la administración de la Plataforma. Para estos efectos, se le asigna una delicada función, consistente en determinar los niveles de acceso a la información, así como los cuerpos policiales y de investigación que pueden acceder a ella.

Desde nuestro punto de vista, estos niveles de acceso, lo mismo que los cuerpos policiales que se encuentran legitimados para acceder a la Plataforma, deberían definirse en el mismo texto legal, y no a través de un instrumento administrativo, como se propone en la norma. Esto, por cuanto implica delegar la determinación de procedimientos tan importantes a un único órgano, lo cual puede generar una situación de arbitrariedad, que se

torna insostenible, cuando está de por medio el acceso a información vinculada con la intimidad de los administrados.

Para ilustrar nuestro argumento, pensemos en el ejemplo comentado líneas atrás, relativo a la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional. Según afirmamos, este órgano no es un cuerpo policial, y por consiguiente, sería ilegítimo concederle acceso a la Plataforma. Sin embargo, si la norma no reafirma esta tesis, podría ocurrir que el director del Organismo de Investigación Judicial, con un criterio diverso, y fundamentándose en esa facultad discrecional que le concede el legislador, decida incluirla dentro de los cuerpos policiales autorizados para acceder a la Plataforma. Lo mismo ocurre con otros cuerpos policiales, respecto de los cuales existe duda acerca de su inclusión o exclusión dentro de la PIP (verbigracia, el caso de la Policía Municipal).

La Sala Constitucional, refiriéndose al caso del Archivo Criminal, que para los efectos, es un órgano de naturaleza similar a la PIP, detalló:

*“Esta regulación plantea el problema de determinar cuáles son las “demás autoridades” que tienen acceso a la información contenida en el Archivo Criminal, aspecto que ante la falta de regulación normativa ha venido a ser sustituido por una protección de carácter administrativo en la que son las mismas autoridades las que establecen quiénes tendrán acceso a la información y en qué condiciones, aspecto que no asegura en modo alguno en las competencias para la consulta, ni los medios de control de los fines de esas “otras autoridades” como tampoco el tipo de perfiles que se conforman.*

El nivel de amplitud y la apertura que muestra este articulado a la necesidad de su interpretación ha generado algunos problemas señalados por el mismo Director General del Organismo de Investigación Judicial (...), lo que refleja un vacío legislativo que se constituye en una lesión a los derechos de las personas al hacer depender la posibilidad de violación de sus derechos a la discrecionalidad administrativa del Archivo en referencia.<sup>137</sup> (El subrayado no es del original).

Corresponde ahora, comentar el último párrafo de este artículo once, según el cual: “Respecto de la información, cualquier fuga que perjudique los resultados de las investigaciones o el uso ilegal de esta en perjuicio del investigado o de otras personas, será responsabilidad directa del funcionario o los funcionarios involucrados.”

Se establece la fijación de la correspondiente responsabilidad administrativa, en caso de que exista una fuga de la información, o bien, que ésta sea empleada de forma tal que ocasione perjuicio a la persona investigada. La disposición, obedece al imperativo de que exista un estricto control sobre la administración de los datos que constan en la PIP. Según se expuso anteriormente, partimos de que para garantizar un control más riguroso, debió haber sido el mismo legislador, quien detallara las pautas a seguir en cuanto al acceso a la información, así como en lo atinente a los órganos legitimados para acceder a ésta. En cambio, la ley opta por atribuir la competencia para definir estos términos, al director del

---

<sup>137</sup> Sentencia número 1999-05802, de las quince horas, treinta y seis minutos, del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



Organismo de Investigación Judicial. Además, para reforzar la prohibición, se crea un tipo penal, el cual viene a consagrarse en el artículo trece.

Esta norma se titula “Divulgación de la información de la Plataforma de Información Policial”, y estipula que: “Se impondrá pena de prisión de dos a ocho años, a quien acceda ilícitamente los datos almacenados o procesados en la PIP. Igual pena se impondrá a quien, de modo ilícito, divulgue, recopile o reproduzca dicha información.”

La norma penal en cuestión, forma parte de los llamados tipos penales en blanco, toda vez que uno de los verbos que integran el núcleo del tipo, determina que el hecho punible se verifica al “acceder ilícitamente” a los datos almacenados o procesados en la PIP. De este modo, el intérprete debe indagar en el sentido del término “ilícitamente”. Para ello, ha de observar la reglamentación que establece cuál acceso es lícito (permitido), y cuál deviene ilícito (prohibido). Tal reglamentación, según lo disponía el artículo once, consta en el protocolo de acceso y uso de la información, elaborado por el Director del Organismo de Investigación Judicial.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> En apariencia, la determinación de la conducta típica, requiere indagar en el contenido de una norma de rango infra legal. Ello, según nuestro criterio, produce una situación de inseguridad jurídica. No obstante, debe recordarse que la Sala Constitucional, ha avalado tanto la constitucionalidad de los tipos penales abiertos, como de los tipos penales en blanco. La Sala Tercera, lo ha recordado al exponer que: “Debido a una interpretación extrema del concepto de tipo cerrado y a la diversidad de relaciones inter subjetivas que surgen cada día, muchas acciones lesivas de los bienes jurídicos de mayor importancia social quedarían fuera de la protección penal. Por ello se conciben los denominados tipos abiertos que no individualizan totalmente la conducta punible, pero dan los elementos descriptivos y normativos para que los tribunales -a través de la hermenéutica- determinen si la conducta bajo su conocimiento tiene identidad con la previsión legal; y los tipos penales en blanco, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico.” Sentencia número 2005-168, de las nueve horas, cuarenta y cinco minutos, del once de marzo de dos mil cinco, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

## f) La intervención de las comunicaciones privadas

Dentro de otro orden de ideas, debe resaltarse el contenido del numeral catorce de la ley bajo estudio. En esta norma, se crea el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (en adelante CJIC). Con la creación de este organismo, se pretende dotar de una plataforma institucional exclusiva, a una de las técnicas de investigación más reconocidas en materia de criminalidad organizada.

En este punto, conviene resaltar que el establecimiento del CJIC, así como la ulterior regulación contenida en los ordinales 15, 16 y 17, de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, debe estudiarse a partir de un contexto normativo más amplio, integrado por la ley número 7425, Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, de 9 de agosto de 1994. En este cuerpo normativo, se recogen las disposiciones relacionadas con los requisitos que debe contener el auto, en el cual se ordena la intervención, los supuestos en donde procede decretar la medida y los plazos de vigencia de ésta, entre otros. De esta manera, los nuevos preceptos jurídicos pasan a conformar un régimen especial, para el caso de los procedimientos especiales de delincuencia organizada y, necesariamente, deben complementarse con los alcances de la ley 7425.

El artículo catorce señala en su primer párrafo que:

*“El Poder Judicial tendrá a su cargo el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC), con el personal necesario para operar veinticuatro horas al día, todos los días. Esta dependencia realizará la intervención de comunicaciones ordenadas por los jueces penales de todo el país, cuando para ello sea posible utilizar la tecnología de que se disponga.”*

En primer término, se confiere al Poder Judicial, la administración del CJIC, para lo cual debe asignar el personal necesario, de forma tal, que garantice el funcionamiento del Centro, las veinticuatro horas del día. Esta norma, guarda concordancia con aquella contenida en el artículo quince de la ley 7425, la cual, en lo que interesa, dispone que: “El Poder Judicial, por medio de los órganos correspondientes, nombrará al personal técnico especializado para cumplir con las tareas que se ordenan en esta Ley”.

Ahora bien, de la redacción del nuevo numeral 14, surge un interesante planteamiento, por cuanto el legislador indica que: “Esta dependencia realizará la intervención de comunicaciones ordenadas por los jueces penales de todo el país...” Es decir, se suscita el debate relativo a la pertinencia de que sea propiamente el juez quien realice la intervención de las comunicaciones. Sobre este punto, la ley 7425, contiene una regulación más precisa, puesto que en el párrafo segundo del artículo diez, prescribe que: “El Juez realizará personalmente la diligencia, salvo en casos de excepción en los cuales, según su criterio, podrá delegarla en miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, quienes deberán informarle, por escrito, del resultado”. (El subrayado no es del original).

En el medio nacional, algunos han considerado que la normativa que obliga al juez a escuchar personalmente las comunicaciones, es improcedente desde el punto de vista jurídico. Argumentan que tal disposición significa colocar al órgano jurisdiccional, en una posición en la cual debe discriminar información relevante para la investigación, y con ello, su imparcialidad se pone en entredicho. Asimismo, manifiestan que el juez no posee los conocimientos técnicos requeridos para desempeñar esta labor, pues su mandato legal reside en resolver controversias conforme a Derecho, y no en formar parte de estrategias de investigación. En este sentido, se ha manifestado el Fiscal Adjunto contra el crimen organizado, Osvaldo Henderson García, para quien la escucha de las comunicaciones, debería ser competencia del órgano fiscal.<sup>139</sup>

Por su parte, otros aducen que solamente a través de una participación directa del juzgador en el procedimiento de intervención, resultan garantizados los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, consideran que la garantía no se agota en la autorización judicial de la medida, sino que debe extenderse durante el desarrollo de la intervención. Este es el criterio que había sostenido el legislador costarricense en la ley 7425, y que ha sido reafirmado por la Sala Constitucional, para quien:

*“Desde la perspectiva constitucional, la autoridad jurisdiccional es la única autorizada para imponerse del contenido de las comunicaciones intervenidas y para discriminar, en primer término, cuál información puede ser puesta en conocimiento de las autoridades a efectos de la investigación y*

---

<sup>139</sup> HENDERSON GARCÍA, OSVALDO. (2009) La persecución del crimen organizado en el proceso penal costarricense. Entrevista: Sede de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado, San José. 21 de mayo.

*del posterior enjuiciamiento penal. La intervención lo es únicamente a favor de los jueces y nunca de los órganos policiales o de investigación, ni siquiera del Ministerio Público. Esto porque corresponde al juez garantizar el marco de confidencialidad con que el constituyente ha querido proteger las comunicaciones de las personas. El Juez será siempre uno -el natural- sólo sustituible en casos excepcionales de urgencia. El avance de la tecnología permite llevar a la práctica la solución, sin mayores problemas, pues existen medios de grabación que no permiten imponerse del contenido de lo grabado, sin que lo autorice quien tiene la facultad de hacerlo.”<sup>140</sup>*

Como vemos, la jurisprudencia constitucional, se orienta claramente por esta segunda tesis, en el tanto afirma que la autoridad jurisdiccional es la única autorizada para imponerse del contenido de las comunicaciones intervenidas. Así lo reiteró la Corte Plena, cuando recordando este principio, señaló en el acta 38-2008, que:

*“...no es posible que personas ajenas al juez escuchen las conversaciones intervenidas, por ende, la propuesta al autorizar la delegación en la escucha, tratando de agilizar el proceso, lesiona la garantía constitucional señalada, de la que el juez es el único y principal garante, por la sensibilidad del derecho fundamental en el que incide esta autorización.”*

---

<sup>140</sup> Sentencia 1995-3195, de las quince horas, doce minutos, del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Por nuestra parte, consideramos que la orientación seguida por el legislador en ley 8754 (Ley Contra la Delincuencia Organizada), es la más conveniente, por cuanto asigna a un Centro especializado (el CJIC), la tarea de realizar las intervenciones previamente ordenadas por los jueces penales. Para efectos de formalizar la solicitud de intervención, el legislador expresamente remite a la ley 7425.

Estimamos que esta tesis no afecta la garantía contemplada en el artículo 24 constitucional, por cuanto éste, establece en su párrafo tercero, que la ley debe determinar en cuáles casos los Tribunales pueden ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación. Es decir, el constituyente no asignó al juez la función de materializar la intervención, sino tan sólo la de autorizarla. En lo atinente al precedente jurisprudencial, consideramos que atendiendo al hecho de que se trata de una sentencia de vieja data, puede válidamente, ser sustituida por otra que adopte el criterio que aquí sostenemos.

Asimismo, debemos entender que este razonamiento sostenido por el legislador en la ley 7425, y reafirmado por la jurisprudencia antes anotada, se enmarca dentro de un contexto jurídico diferente del que impera en la actualidad. Recuérdese que para entonces, estaba vigente en nuestro ordenamiento, el Código de Procedimientos Penales de 1973, el cual, según se ha conceptualizado, estatuyó un proceso penal mixto, en donde se contemplaba la figura del juez de instrucción. Dicho juez, tenía a cargo competencias jurisdiccionales, pero también otras relacionadas con labores de investigación. No obstante lo anterior, con la aprobación de nuestro actual Código Procesal Penal, el legislador costarricense adoptó un proceso de marcado corte acusatorio, y por consiguiente, no se concibe la atribución de labores propias de la investigación, al juez.

Siguiendo con el análisis del articulado del nuevo texto legal, corresponde reflexionar acerca del contenido de su artículo 15, de acuerdo con el cual:

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

En primer término, destaca la frase “En todas las investigaciones emprendidas por el Ministerio Público por delincuencia organizada”. Con base en lo anterior, es posible colegir, que este régimen jurídico especial se aplica únicamente a los procesos, respecto de los cuales, haya sido emitida una resolución judicial en la cual se haya decretado la “declaratoria de procedimiento especial”, que analizamos previamente en el artículo segundo de la ley. Es decir, si no media esta declaratoria, el Ministerio Público, deberá gestionar la intervención de las comunicaciones, con arreglo a las disposiciones de la ley 7425 (ley general).

Debe aclararse, que lo expuesto en el párrafo precedente, corresponde a nuestro particular punto de vista, toda vez que, debido a la novedad del texto legal, aún ha experimentado una aplicación efectiva, y por consiguiente, no contamos con pronunciamientos jurisprudenciales, capaces de ilustrarnos la forma en la cual se han interpretado las diversas normas que lo componen. Creemos, que por tratarse de un cuerpo normativo que faculta un régimen más invasivo, del derecho fundamental a la intimidad y privacidad de las comunicaciones, debe imperar la interpretación restrictiva, y por ello, para resultar aplicable, el Ministerio Público debe gestionar primero la declaratoria del procedimiento especial. Con ello, se garantiza que el procedimiento ha superado ese filtro que significa el dictado de la declaratoria por parte del juez.

En relación con el plazo de duración de la medida, el legislador dispone que el tiempo de la intervención o de la escucha, podrá ser hasta de doce meses, y puede ser renovado por un período igual, previa autorización del juez. Sobre este mismo punto, el precepto contenido en el artículo 12, de la ley 7425, dispone que: “La intervención ordenada se autorizará por un lapso máximo hasta de tres meses, salvo en los casos de extrema gravedad o de difícil investigación, en los que el Juez, mediante resolución fundada, disponga una prórroga. Excepcionalmente, se podrán ordenar, por igual plazo, hasta dos prórrogas como máximo.”

Nuevamente, salta a la vista que el régimen especial de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, es más gravoso, por cuanto permite la intervención hasta por veinticuatro meses (en caso de que se acceda a conceder una prórroga). Por su parte, el régimen de la ley 7425, dispone un plazo ordinario de tres meses, con la posibilidad



excepcional de ordenar hasta dos prórrogas; es decir, el plazo máximo sería de nueve meses. Incluso, en el análisis del Derecho comparado, vimos que en Guatemala, el artículo 53, de la Ley Contra la Delincuencia Organizada de dicha Nación, estipula en su inciso d, una duración máxima de treinta días, susceptible de prorrogarse de conformidad con lo dispuesto por el numeral 58, del mismo cuerpo legal.

En suma, nuestra nueva ley, regula un plazo de duración de la medida de intervención de las comunicaciones, que parece excesivo. Esto se confirma, al atender a la regulación que sobre el tema se da en la ley 7425, e incluso en la legislación comparada. Además, parece haber un paralelismo con los también excesivos plazos de prisión preventiva que contempla esta legislación, y que estudiábamos anteriormente. De nuevo, dicha reglamentación, reafirma nuestra tesis, en lo concerniente a la necesidad de que estas estipulaciones, sean aplicables solamente si en el legajo de investigación, consta la resolución declarativa del procedimiento especial.

El artículo 15, también resalta que la resolución que ordena la intervención, debe ser “fundada”. Asimismo, es claro en señalar que el procedimiento para la intervención, será el establecido por la ley número 7425. Sobre este último punto, es evidente que el legislador remite a la normativa general, para efectos de suplir las posibles lagunas que se presenten. Así, por ejemplo, en lo relativo a los requisitos del auto que ordena la intervención de las comunicaciones, el juez debe atenerse a las prescripciones del artículo 13, de la Ley 7425. Lo mismo para el caso de la selección de las comunicaciones intervenidas. En este punto, consideramos pertinente detenernos previamente en el estudio del artículo 18 *Ibíd*, el cual señala que:

*“Las comunicaciones se registrarán y se conservarán, utilizando todos los medios técnicos posibles; en caso de tratarse de comunicaciones orales, deberán grabarse, sin excepción.*

*El Juez bajo cuya responsabilidad y supervisión se realizó el acto, deberá custodiar cada uno de los implementos que contengan las comunicaciones. Finalizada la intervención, el Juez, con la asistencia del Ministerio Público, la defensa y la autoridad policial respectiva, seleccionará las comunicaciones útiles y relacionadas con la investigación, que serán transcritas y conservadas; las demás deberán conservarse en los implementos que las contengan, bajo la exclusiva responsabilidad del Juez, quien garantizará la reserva de confidencialidad absoluta.”*

Lo que interesa, es destacar el imperativo de que la defensa del imputado, tenga acceso a las comunicaciones que han sido intervenidas, para que de esa forma pueda asumir participación en el proceso por medio del cual, se seleccionan las comunicaciones, que finalmente serán utilizadas como elementos de prueba, dentro del proceso penal. La Sala Constitucional, mediante el voto 7420-99, señaló que:

*“...resulta lógico pensar que cualquiera de estas partes podrá tener acceso a la información obtenida para los efectos del proceso y con mucha mayor razón, la defensa así como el imputado.*

*Desde la perspectiva anterior, si dentro de los efectos que producirán las intervenciones de comunicaciones realizadas, se puede deducir una*

*afectación para el imputado y para su defensa, se hace absolutamente indispensable que ambos puedan tener acceso a tales probanzas; acceso que deberá ser garantizado no sólo cuando el Juez lo tenga a bien, sino también cuando la defensa lo considere oportuno y conveniente pues ello implicaría una manifestación concreta del ejercicio del derecho de defensa del imputado. Efectivamente, la defensa debe tener acceso a todas las pruebas que constan en el proceso...”<sup>141</sup>*

Desde esta consideración, el deber de confidencialidad y secreto que se impone al juez, por imperio del artículo 21, inciso segundo, de la ley 7425, debe entenderse como una obligación que rige solamente para terceros, y no así para las partes que intervienen en el proceso penal, ya que éstas en todo momento, gozan del derecho a acceder a las probanzas que han sido obtenidas.

Ahora bien, en el contexto de la de la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada, surge una norma que parece entrar en contradicción con el criterio plasmado por nuestra Sala Constitucional, en la sentencia antes citada. Nos referimos a la norma recogida en el artículo décimo<sup>142</sup>, la cual regula el “secreto sumarial”. Como es posible

<sup>141</sup> Sentencia 1999-7420, de las quince horas, cuarenta y dos minutos, del veintiocho de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>142</sup> ARTÍCULO 10.- Secreto sumarial

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

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

apreciar, esta norma faculta al Ministerio para solicitar la declaración del secreto total o parcial de las actuaciones hasta por diez días, cuando se entienda que “la publicidad pueda entorpecer el descubrimiento de la verdad o provocar la fuga de algún sospechoso”. En la parte final de la norma, se establece que, no obstante agotados los plazos establecidos, la representación del Ministerio Público puede solicitar al juez que se disponga realizar un determinado acto procesal, sin comunicación previa a las partes.

Pues bien, se trata de una norma, cuya “ratio legis” se halla en la necesidad de que las investigaciones no se entorpezcan debido a su conocimiento, por parte de los imputados (sobre todo si la investigación se encuentra en una etapa prematura). Si se quiere, puede decirse que es una situación análoga a aquella, en virtud de la cual, previo a la práctica de una diligencia de allanamiento, ésta no debe comunicarse al imputado. Si bien este argumento es plausible, se corre el riesgo de que con base en una errónea interpretación del artículo diez, se coarte el derecho del imputado y su defensa, de imponerse del contenido de las informaciones obtenidas a través de la intervención.

Corresponde en este momento, analizar el contenido del artículo 16 de la ley bajo estudio. Debido a la amplitud de dicho precepto, haremos referencia únicamente a los puntos más importantes de éste. Para un cabal entendimiento de lo que aquí se dice, remitimos al lector al texto de la ley.

---

A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá solicitarle al juez que disponga realizarlo sin comunicación previa a las partes, las que serán informadas del resultado de la diligencia.

La norma preceptúa que: “Además de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N. ° 7425, y la presente Ley, el juez podrá ordenar la intervención de las comunicaciones cuando involucre el esclarecimiento de los delitos siguientes...” Es decir, se amplía el elenco de delitos cuya investigación habilita la puesta en práctica de este instrumento excepcional de investigación.

Conviene referirnos brevemente, a los delitos que de conformidad con el numeral noveno, de la ley 7425, autorizan la intervención de las comunicaciones. Estos delitos son: secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y legitimación de capitales y actividades conexas.

Desde la promulgación de este texto legal, en el año de 1994, el legislador presenta una lista de delitos, que parecen orientarse hacia la investigación de la criminalidad organizada. Véase, que la mayoría de los ilícitos contemplados, se relacionan de una forma u otra, con estructuras criminales organizadas. Por ejemplo, la mención al tráfico de personas, el tráfico de órganos, el proxenetismo agravado o el terrorismo. Por otra parte, se recogen delitos, que no obstante su gravedad (como en el caso del homicidio calificado), es posible concebir su consumación sin la existencia de un grupo criminal organizado.

En el caso del artículo 16 de la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada, se recopilan a lo largo de dieciocho incisos, diversas conductas delictivas<sup>143</sup>. En algunas de ellas, el vínculo con la delincuencia organizada es más que evidente, en tanto que en otros supuestos, dicho vínculo aparece de forma difusa (en caso de que efectivamente exista). Además, no falta el caso de una repetición literal de lo ya mencionado en el artículo 9, de la ley 7425.

No corresponde detallar en el contenido de cada uno de estos incisos, pues ello excedería los alcances del presente trabajo; sin embargo, sí es nuestra intención llamar la atención sobre la amplitud con la cual el legislador ha tratado este tema. Nótese, por ejemplo, que el inciso segundo habla de la “explotación sexual en todas sus manifestaciones”, lo cual plantea dudas, toda vez que una expresión tan genérica, podría dar cabida a la inclusión de delitos de índole sexual, pero respecto de los cuales no sería posible enmarcarlos dentro de la categoría de la delincuencia organizada (verbigracia, un abuso sexual cometido contra persona mayor de edad).

En el mismo sentido, es interesante analizar el inciso h, según el cual, la intervención de las comunicaciones procede, también, en “delitos patrimoniales cometidos

---

<sup>143</sup> Los delitos contenidos en este numeral son los siguientes: a) Secuestro extorsivo o toma de rehenes. b) Corrupción agravada. c) Explotación sexual en todas sus manifestaciones. d) Fabricación o producción de pornografía. e) Corrupción en el ejercicio de la función pública. f) Enriquecimiento ilícito. g) Casos de cohecho. h) Delitos patrimoniales cometidos en forma masiva, ya sea sucesiva o coetáneamente. i) Sustracciones bancarias vía telemática. j) Tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad y tráfico de personas menores de edad para adopción. k) Tráfico de personas para comercializar sus órganos, tráfico, introducción, exportación, comercialización o extracción ilícita de sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus componentes derivados. l) Homicidio calificado. m) Genocidio. n) Terrorismo o su financiamiento. ñ) Delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado. o) Legitimación de capitales que sean originados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de órganos, el tráfico de personas o la explotación sexual, o en cualquier otro delito grave. p) Delitos de carácter internacional y q) Todos los demás delitos considerados graves, según la legislación vigente.

en forma masiva, ya sea sucesiva o coetáneamente”. La vaguedad del enunciado, no permite entender de qué está hablando el legislador. Piénsese que un delito patrimonial cometido en forma masiva, bien podría ser un hurto. Sin embargo, no resulta plausible pensar, que para la investigación de un delito de esta índole, se puedan intervenir las comunicaciones privadas de los sujetos imputados, pues ello supondría una violación al principio de proporcionalidad que debe imperar en la materia.

Algo similar ocurre con lo contemplado en el inciso ñ, el cual es una transcripción efectuada desde el artículo noveno, de la ley 7425. Se refiere al supuesto de los delitos previstos en la ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas y drogas de uso no autorizado. Es evidente que el narcotráfico, representa uno de los fenómenos, que por antonomasia, se relacionan con el crimen organizado. Consecuentemente, el empleo de este mecanismo especial de investigación, está más que justificado cuando media la presencia de una organización ligada al narcotráfico.

No obstante lo dicho, es menester recalcar que no todos los delitos vinculados al tráfico de drogas, son susceptibles de ser encuadrados dentro de la misma estructura asociativa. La autora española, Julia Roper Carrasco, refiriéndose a la situación en España – la cual, para todos los efectos, es aplicable al caso costarricense – señala que existen diferencias cualitativas entre la comisión de delitos vinculados al tráfico de estupefacientes<sup>144</sup>. Para confirmar su tesis, narra dos casos<sup>145</sup>. En uno de ellos, la Unidad

---

<sup>144</sup> Indica la autora que “La propia dinámica del "negocio" de la droga, que requiere para su buena marcha (es decir, para que sea lucrativo), una larga cadena "organizada" que va desde la producción y venta "al mayor" hasta las sucesivas transacciones que finalizan en el menudeo o la "reventa", hacen del tráfico de drogas el delito "típico" de la delincuencia organizada. Sin embargo, como se puede apreciar en las noticias revisadas,

de Delincuencia y Crimen Organizado española, logró la detención de veintiocho personas dedicadas a la distribución de heroína y cocaína a pequeña escala. Este grupo, operaba en distintos poblados y tras su aprehensión, se procedió a la incautación de un kilo de cocaína y tres vehículos (entre otros objetos). En otra operación, esta vez en conjunto con la policía portuguesa, fueron incautados tres mil ochocientos sesenta kilos de cocaína, a una banda que se dedicaba al tráfico de esa droga, la cual llegaba por vía marítima desde Portugal y luego era distribuida en España y el Reino Unido. Tras la detención, se determinó que los miembros de la banda pertenecían a distintas nacionalidades.

Con la cita de estos dos casos, queremos hacer ver, que no todo ilícito que envuelva la dinámica del tráfico de psicotrópicos, implica necesariamente la participación de una organización criminal; por lo menos no, en el sentido que hemos asignado a este concepto a lo largo de la presente investigación. En el primer caso, la actividad delictiva importa una lesividad menor, en comparación con el segundo caso. Esto se revela por la escasa cantidad de droga decomisada, así como por el modo de operar de la banda (tráfico al “menudeo”).

En sentido contrario, en el segundo caso hay una pluralidad de factores que revelan la presencia de una verdadera organización criminal. Entre otros, se manifiesta el aspecto de la transnacionalidad, el cual se refleja en el tránsito que efectúa la droga por varios países, así como en las diversas nacionalidades de los miembros de la organización. Esto

---

las operaciones policiales ponen al descubierto hechos que, aún teniendo en común el negocio de la droga, guardan importantes diferencias entre sí, por lo que no deja de resultar una simplificación catalogarlos a todos con la misma etiqueta de “crimen organizado”. ROPERO CARRASCO JULIA op cit. P. 272, 273.

<sup>145</sup> Ibid. P. 172



último, supone insalvablemente un refinado nivel de organización. Asimismo, la alta cantidad de droga decomisada, es indicativo del peligro sufrido por el bien jurídico, y por ende, de la gravedad del delito. Finalmente, la cooperación internacional entre los órganos policiales, de Portugal y España, aporta un indicio adicional, que nos permite concluir la existencia del grupo organizado.

Dentro de otro orden de ideas, es ineluctable referirnos al contenido del inciso p, de acuerdo con el cual, también procede la medida, en “delitos de carácter internacional”. Dicha estipulación violenta el principio de taxatividad y certeza, pues el intérprete desconoce cuáles son, en concreto, esos delitos a los que se refiere el legislador.

La Sala Constitucional, mediante resolución emitida a propósito de una consulta legislativa de constitucionalidad, entró a conocer el proyecto de ley número 13858, el cual pretendía la inclusión de la frase “delitos de carácter internacional” en el artículo noveno, de la ley 7425. En esa ocasión, señaló nuestro contralor jurisdiccional de constitucionalidad:

*“...en el texto de reforma al artículo 9° de la Ley 7425, establece como de los delitos para cuya investigación procedería la intervención en las comunicaciones los "delitos de carácter internacional". Esta previsión no satisface los estrictos supuestos establecidos en el artículo 24 de la Constitución Política, ya que con el uso de la citada expresión no es definida con claridad ninguna conducta típica particular, cuya gravedad y características deberían –como se dijo- ser de tal entidad que legitimaran la*

*autorización legislativa para el uso de la excepcional potestad de intervención. No existe tampoco la posibilidad de delimitar adecuadamente el contenido de la expresión "delitos de carácter internacional" recurriendo a la lectura del Código Penal, ya que en el mismo no existe un tipo penal o un grupo delimitado de ellos que reciba esa denominación”<sup>146</sup>*

En consecuencia, la inclusión de esta causal, con idéntica expresión lingüística (“delitos de carácter internacional”), a la del proyecto de ley entonces cuestionado, nos permite colegir que la nueva disposición, recogida en el inciso p, presenta vicios de inconstitucionalidad. Lo anterior resulta reafirmado, al constatar el criterio vertido por la Sala Constitucional en el voto de mayoría, recién transcrito.

Para concluir el análisis de la norma del artículo 16, resulta necesario referirnos al inciso q, de acuerdo con el cual, la intervención procede en “todos los demás delitos considerados graves, según la legislación vigente”. En nuestro criterio, esta norma presenta los mismos problemas de inconstitucionalidad que anotamos en relación con el inciso p. Incluso, en esta ocasión, el quebranto al Derecho de la Constitución es más evidente, por cuanto se está incorporando una lista abierta (“numerus apertus”) para efectos de habilitar la medida bajo estudio.

Además, ya hemos manifestado que el expediente al cual acude el legislador costarricense, para definir lo que se debe entender por delito grave (penalidad de cuatro

---

<sup>146</sup> Sentencia 2001-10091, de las catorce horas, treinta minutos, del nueve de octubre del dos mil uno, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

años, según el artículo primero de la ley), no es funcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, pues éste se caracteriza por fijar penalidades sumamente altas para los diversos delitos.

Así las cosas, facultar la intervención de las comunicaciones privadas, para todos los delitos que tengan prevista una pena, de por lo menos cuatro años de prisión, implica la introducción de una fórmula indeterminada, capaz de provocar una situación de inseguridad jurídica, caracterizada por la ausencia de determinación de los comportamientos, cuya investigación podría dar pie a la aplicación de la medida.

La Sala Constitucional, se ha referido, en cuanto al imperativo que pesa sobre el legislador, de detallar los supuestos legales en los cuales es posible recurrir a la intervención de las comunicaciones. En esta línea argumentativa, ha indicado que el texto legal, debe precisar taxativamente, los delitos en los cuales resultaría legítima una intromisión tan gravosa, sobre la intimidad del ciudadano. De este modo, la referencia a un “género delictivo”, como lo hace la actual Ley Contra la Delincuencia Organizada, al hablar de “delitos de carácter internacional”, “manifestaciones de explotación sexual”, “delitos graves”, entre otras, deviene ilegítima desde la perspectiva constitucional.

*“Así, para que puedan ser intervenidas las comunicaciones de un individuo, se requiere que el legislador, a través de un procedimiento agravado (mayoría de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea) determine expresamente los delitos (entiéndase tipos penales) cuya gravedad o forma especial de comisión justifican el uso de las referidas*

*intervenciones, previa orden por parte del juez de garantías penales de la respectiva causa, mediante resolución razonada, y empleando en el proceso apenas aquellos datos estrictamente necesarios para descubrir la verdad real en los hechos investigados. (...) Asimismo, es claro que la determinación de los delitos susceptibles de ser investigados a través de los referidos mecanismos de intervención es materia de reserva absoluta (y agravada) de Ley, razón por la cual el legislador deberá determinar claramente en cuáles casos excepcionales es factible autorizar a los tribunales a ordenar intervenciones, debiendo indicar con absoluta claridad para cuáles tipos penales procede. De lo contrario, estaría siendo dejado en manos del aplicador de las normas penales y procesal penales la determinación de dichas conductas... ”<sup>147</sup>*

En conclusión, consideramos que la intervención de las comunicaciones representa un valioso instrumento, con base en el cual, los órganos encargados de la investigación, y del ejercicio de la acción penal, logran recabar información, que con un alto nivel de fidelidad permite reconstruir, el cuadro fáctico que se pretende someter a conocimiento del juez. Dicho de otra manera, se trata de elementos de prueba que acercan al juez de forma más pura, al conocimiento de los hechos que configuran la hipótesis acusatoria. Desde la perspectiva psicológica, le brindan insumos que lo aproximan directamente a la verdad

---

<sup>147</sup> Sentencia 2001-10091, de las catorce horas, treinta minutos, del nueve de octubre del dos mil uno, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

histórica. De allí que sean tan apetecidos por los arquitectos de la política criminal de la delincuencia organizada<sup>148</sup>.

No obstante lo dicho, por implicar la lesión de un derecho constitucionalmente consagrado, como lo es la intimidad, debe tratarse de un mecanismo de uso excepcional. Con ese propósito, el legislador debe limitar las potestades de los órganos públicos, en lo atinente al empleo de la medida. En ese orden de ideas, se impone el mandato de estatuir un marco legal que circunscriba con claridad los supuestos legales que justifican la habilitación de la medida. Es preciso que se esté ante delitos verdaderamente ligados con el fenómeno de la criminalidad organizada, frente a los cuales, los mecanismos regulares de investigación, carezcan de efectividad. Dicho de otro modo, debe estar de por medio una estructura organizativa, que impida la actuación de los instrumentos de investigación ordinarios. Asimismo, la gravedad de la actividad delictiva, debe erigirse como un requisito.

Lamentablemente, el nuevo texto legal, concretamente en su ordinal 16, recoge una serie de supuestos, que distan de cumplir con las exigencias planteadas en el párrafo precedente; exigencias, que por lo demás, han sido claramente identificadas por la jurisprudencia constitucional (de modo especialmente relevante en el voto número 2001-

---

<sup>148</sup> Refiriéndose a los mecanismos tecnológicos dispuestos para la intervención de las comunicaciones, señala el autor Francisco Javier Pascua: “Si se comparan estos nuevos instrumentos de mérito con las denominadas pruebas tradicionales, los mismos presentan mayor precisión y operabilidad por registrar el hecho natural y objetivamente sin aditamentos subjetivos o de otra índole que puedan desvirtuarlo, de allí que más concretamente se pueda decir, como bien lo explicita Luis Muñoz Sabaté, que las pruebas convencionales, como los testigos o las pericias, reconstruyen el hecho histórico en tanto que los medios audiovisuales, acercan al conocimiento del juez el propio hecho.” En PASCUA FRANCISCO JAVIER. Intromisión a la Privacidad. Lineamientos generales acerca de las grabaciones subrepticias de audio. En El Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba. Mendoza, Argentina. Primera edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005. P. 398.

10091). En algunos casos, se contemplan conductas delictivas cuya gravedad no queda clara (delitos patrimoniales); en otros se alude a tipologías de actividades criminales, más no a delitos concretos (caso de los “delitos de carácter internacional”), o bien, se termina por flexibilizar los supuestos, acudiéndose al genérico expediente de “los delitos graves”.

Este proceder del legislador, ya había sido advertido por la doctrina nacional, durante la década pasada. El profesor Alfredo Chirino, señalaba:

*“En realidad, no parece haber un gran interés del legislador por establecer precisos límites normativos para el uso de estas herramientas técnicas para el combate de los “enemigos” ubicados en los grupos criminales organizados. Más bien parece que el legislador acude con demasiada frecuencia a supuestos legales muy amplios, que facultan una interpretación sumamente libre de estos nuevos medios de ataque procesal, propios de las políticas de seguridad, con el efecto consabido de su utilización en otros segmentos de la criminalidad, que originalmente no habrían justificado – desde el ámbito de los argumentos del principio de proporcionalidad – la introducción de estas poderosas herramientas de combate...”<sup>149</sup>*

En relación con el nuevo régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones, resta indicar un inconveniente, que podría presentarse en la práctica judicial. Como hemos visto, la nueva ley 8754, regula la intervención de las comunicaciones, para aquellos

---

<sup>149</sup> CHIRINO SÁNCHEZ y LLOBET RODRÍGUEZ op cit. P. 186.

supuestos en los cuales se esté investigando un asunto ligado con la delincuencia organizada. Según apuntamos previamente, al consistir en un régimen más gravoso desde la óptica del discurso de las garantías, se constituye como un requisito el que, para que estas disposiciones sean aplicables, los órganos encargados de la persecución penal, gestionen la declaratoria del procedimiento especial de delincuencia organizada, invocando el numeral segundo de la ley. Solamente de este modo, podrá garantizarse que el juez analice casuísticamente la presencia de los rasgos que identifican a las verdaderas organizaciones criminales.

Ahora bien, al permanecer vigentes las normas relativas a la intervención de las comunicaciones, de la ley número 7425, podría suscitarse la duda respecto de la eventual duplicidad de procedimientos. Lo anterior, en virtud de que el conjunto de supuestos que enuncia el artículo 16, de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, solamente daría lugar a intervenciones en relación con las cuales, el juez haya dispuesto la aplicación del procedimiento especial. Por otro lado, en los supuestos del artículo 9 de la ley 7425, el procedimiento a seguir, sería el contemplado en esta última ley, y no en la 8754.

Esta posible duplicidad de procedimientos, genera consecuencias prácticas que no pueden pasar inadvertidas. Pareciera que nuestro legislador quiso unificar los procedimientos, y por ello, en el numeral 15, de la nueva ley, expresamente indicó que “el procedimiento para la intervención será el establecido por la ley 7425”. Sin embargo, ocurre que esta última ordenanza, asigna al juez la labor de escuchar personalmente las comunicaciones intervenidas, en tanto que la Ley Contra la Delincuencia Organizada, atribuye dicha tarea al CJIC.

En nuestro criterio, debería ser el CJIC el encargado de efectuar todas las intervenciones de comunicaciones, que ordenen los jueces penales del país. De ese modo, se homogenizaría este aspecto. Solamente habría que tener cuidado en advertir, que los supuestos del numeral 16, de la ley 8754, podrían ser invocados sólo si existe una declaratoria de procedimiento especial. En todos los demás casos, aplicarían las estipulaciones del artículo 9, de la ley 7425.

Finalmente, el artículo 17, de la ley 8754, prescribe que cualquier empresa, pública o privada, que provea servicios de comunicaciones en el país, está obligada a realizar lo necesario para garantizar la oportuna y eficaz operación del CJIC, según los requerimientos de este Centro. Incluso, la negativa a brindar las facilidades requeridas se sanciona con la cancelación de la concesión o el permiso de operación de la empresa.

#### g) Capitales emergentes

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, se ocupa de asumir un enfoque, no solamente represivo, sino también preventivo, de la aparición de estructuras vinculadas con la criminalidad organizada. Dentro de esta lógica, se inscribe la regulación de los llamados capitales emergentes. Doctrinariamente, este tipo de normativa, se identifica con lo que el autor alemán Winfried Hassemer, denomina prevención técnica,<sup>150</sup> la cual pone el acento sobre la limitación de las posibilidades materiales, para que la delincuencia organizada

---

<sup>150</sup> Sobre el particular ver HASSEMER, WINFRIED. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. En Revista de Ciencias Penales, año 12, número 14, diciembre de 1997.



alcance tal nivel de organización. De este modo, lo que se pretende es instaurar obstáculos de orden fáctico, y sobre todo económico, a las organizaciones criminales.

La otra arista, desde la cual se puede abordar esta problemática es – en la nomenclatura del citado autor – la prevención normativa. En este caso, se alude a las modificaciones legales que se introducen en el ordenamiento jurídico, para efectos de “combatir” la criminalidad. Así las cosas, se otorgan a las agencias de persecución penal, novedosos instrumentos de investigación, o bien, el legislador se enfoca en la creación nuevas figuras penales, así como en el establecimiento de procedimientos especiales. Normalmente, dichas enmiendas se traducen en la limitación (e incluso supresión) de numerosos derechos fundamentales y garantías, constitucionalmente reconocidos.

Ejemplos de prevención técnica, los encontramos en el título cuarto, de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, de la República Bolivariana de Venezuela. Dicho título se denomina, precisamente, “De la prevención, control y fiscalización”. Allí se dispone la creación de diversos organismos de control, supervisión, fiscalización y vigilancia (artículo 45). Estos órganos, tienen encomendada la labor de ejercer una estricta labor de supervisión, especialmente, en relación con el ingreso de capitales al mercado financiero. Por su parte, la prevención normativa es fácilmente identificable en todos los textos legales que analizamos en el capítulo anterior, así como en nuestra nueva ley 8754. Como se desprende de lo anterior, tanto la doctrina, como la legislación, se decantan por asumir, mayoritariamente, un enfoque de prevención normativa.

Pues bien, en el capítulo cuarto, de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, el legislador costarricense pretende ejercer un control sobre los incrementos patrimoniales “sospechosos”, de personas físicas o jurídicas, que aparenten guardar algún tipo de relación con el desarrollo de una actividad ilícita. De esta manera, se muestra deseoso por edificar una política de prevención técnica. No obstante lo anterior, en los párrafos siguientes, veremos que dicha prevención se estatuye de modo que implica el sacrificio de algunos principios y garantías constitucionales.

La regulación se inicia con el tema del levantamiento del secreto bancario, el cual procede “en toda investigación por delincuencia organizada” (artículo dieciocho)<sup>151</sup>. La misma norma, señala que el levantamiento procede en relación con los imputados o personas físicas o jurídicas vinculadas a la investigación. La orden debe ser emitida por el juez, ante requerimiento del Ministerio Público.

---

<sup>151</sup> ARTÍCULO 18.- Levantamiento del secreto bancario

En toda investigación por delincuencia organizada procederá el levantamiento del secreto bancario de los imputados o de las personas físicas o jurídicas vinculados a la investigación. La orden será emitida por el juez, a requerimiento del Ministerio Público.

Si, con ocasión de los hechos ilícitos contemplados en la presente Ley, se inicia una investigación por parte del Ministerio Público o de la Unidad de Análisis Financiero del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), toda entidad financiera o toda entidad parte de un grupo financiero tendrá la obligación de resguardar toda la información, los documentos, los valores y los dineros que puedan ser utilizados como evidencia o pruebas dentro de la investigación o en un proceso judicial. En cuanto a los dineros o valores que se mantengan depositados o en custodia, deberá proceder a su congelamiento o al depósito en el Banco Central de Costa Rica e informar a las autoridades de las acciones realizadas. Las obligaciones anteriores nacen a partir del momento en que las entidades reciban, de las autoridades, un aviso formal de la existencia de una investigación o de un proceso penal judicial, o de que las entidades interpongan la denuncia correspondiente, y finalizan, cuando se notifique, oficialmente, la terminación del proceso, desestimación, archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria firme.

En el caso de las investigaciones desarrolladas por la Unidad de Análisis Financiero del ICD, en el mismo acto de notificación a las entidades financieras o parte de un grupo financiero sobre la existencia de dicha investigación, la Unidad mencionada deberá poner a conocimiento del Ministerio Público el proceso en desarrollo, a fin de que en el plazo perentorio de cinco días naturales valore solicitar al juez competente la medida cautelar correspondiente. Cumplido el plazo señalado, sin que medie orden del juez competente para reiterar la medida cautelar, las entidades financieras levantarán las acciones preventivas adoptadas.

En los párrafos segundo y tercero, del artículo dieciocho, se plantea la posibilidad de que existan dos procedimientos relativos a la investigación de los hechos delictivos, recogidos en la ley número 8754. De este modo, podemos estar en presencia de un procedimiento judicial, o bien, de uno en sede administrativa. En este último supuesto, el procedimiento es incoado por la Unidad de Análisis Financiero del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD); en tanto, que en el caso del procedimiento jurisdiccional, es evidente que el órgano con competencia para iniciarlo, es el Ministerio Público. Una vez que la investigación inicie, las entidades financieras tienen el deber de resguardar toda la información, los documentos, los valores y los dineros que puedan ser utilizados como elementos probatorios dentro de la pesquisa. Además, se dispone que “...en cuanto a los dineros o valores que se mantengan depositados o en custodia, deberá proceder a su congelamiento o al depósito en el Banco Central de Costa Rica e informar a las autoridades de las acciones realizadas”.

El párrafo final, determina, que en el caso de las investigaciones de orden administrativo, el ICD debe poner en conocimiento del Ministerio Público, el proceso en desarrollo, para que en el plazo perentorio de cinco días naturales, valore solicitar al juez competente la medida cautelar que corresponda. Lo anterior, tiene el objetivo de transitar hacia una investigación en sede judicial, la cual posee la virtud, entre otras, de habilitar al órgano fiscal para solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, según dispone el párrafo primero, de la misma norma.

Si no se emite la orden judicial para reiterar las medidas cautelares que haya dispuesto el órgano administrativo (Unidad de Análisis Financiero del ICD), las entidades financieras deberán levantar las medidas preventivas adoptadas.

De seguido, damos paso al examen de la disposición más relevante de este capítulo cuarto, la cual se recoge en el numeral 20, titulado, “Causa del patrimonio”<sup>152</sup>. De acuerdo con este precepto, existe una serie de órganos con competencia para denunciar a toda aquella persona (física o jurídica) que exhiba un crecimiento patrimonial “sin causa lícita aparente”. Dicha persona puede ser de Derecho privado, o de Derecho público.

Llama la atención, que tratándose de sujetos privados, se asigne a un órgano como la Contraloría General de La República, la legitimación activa para interponer la respectiva denuncia. Ello parece reñir, con lo dispuesto por el artículo cuarto de su ley orgánica (Ley número 7428), la cual delimita su ámbito de competencia a los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Por consiguiente, para el caso de funcionarios públicos, sí resulta plausible que el legislador le haya otorgado dicha atribución.

---

<sup>152</sup> ARTÍCULO 20.- Causa del patrimonio

La Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el ICD o el Ministerio Público podrán denunciar, ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, acerca del incremento de capital sin causa lícita aparente, con una retrospectiva hasta de diez años, de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, física o jurídica.

Recibida la denuncia, el Juzgado dará audiencia al interesado por el término de veinte días hábiles para contestar y evacuar la prueba; en la misma resolución ordenará, como medida cautelar, el secuestro de bienes, su inmovilización registral y de toda clase de productos financieros. Contra la medida cautelar solo cabrá recurso de apelación sin efecto suspensivo, el cual deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas ante el Tribunal Colegiado Contencioso Administrativo, que resolverá sin más trámite y con prioridad sobre cualquier otro asunto

En el caso del Ministerio de Hacienda, el ICD y el Ministerio Público, la legitimación deviene consecuente con la competencia que legalmente tienen asignados dichos órganos.

Continuando con el análisis de la norma, el concepto de “crecimiento de capital sin causa lícita aparente”, presenta dudas en relación con sus alcances. Partiendo de una interpretación, que pretenda indagar la voluntad del legislador, es posible afirmar que la “ratio legis” de la norma, reside en el deseo de investigar aquellos casos en los cuales, una persona muestre, de forma repentina, una modificación en sus hábitos de consumo, la cual sea representativa de un incremento en su patrimonio (adquisición de bienes muebles e inmuebles costosos, entre otros). Dicho incremento debe ser de tal entidad, que no resulte explicable atendiendo a parámetros “normales”. Es decir, se trata de una situación en donde una persona incremente su patrimonio, sin que sea posible identificar en ella, el ejercicio de una actividad empresarial, o bien, la percepción de un salario, como contraprestación por un trabajo remunerado.

En todo caso, el concepto sigue padeciendo una indeterminación y vaguedad, que resultan contraproducentes desde la óptica del principio de legalidad, toda vez que, como veremos más adelante, se utiliza como presupuesto legal para la imposición de una sanción administrativa.

En relación con el órgano jurisdiccional encargado de recibir la denuncia, sobresale que la competencia se haya atribuido al Juzgado Civil de Hacienda y Asuntos Sumarios. Dicha atribución, indica la presencia de un error por parte del legislador, ya que dicho

órgano dejó de existir, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Cobro Judicial (Ley número 8624), según dispone el transitorio segundo, de este texto legal.

El procedimiento establecido es sumamente sencillo. Una vez recibida la denuncia, se conceden veinte días hábiles a la persona investigada para que conteste lo que considere pertinente. En la misma resolución, como medida cautelar, se ordena el secuestro de bienes, su inmovilización registral y de toda clase de productos financieros. Contra este auto, sólo es posible plantear el recurso de apelación, sin efecto suspensivo, el cual deberá ser interpuesto en el angustiante plazo de veinticuatro horas, ante el Tribunal Colegiado Contencioso Administrativo.

En lo concerniente a la medida cautelar, es imperativo indicar que sus efectos pueden ser realmente lesivos de los derechos del sujeto investigado, toda vez que su decreto, implica el secuestro de los bienes, así como su inmovilización registral. Además, el plazo establecido para impugnar dicha medida precautoria, es muy limitado (veinticuatro horas). Por si fuera poco, el legislador determina que la interposición del recurso de apelación, no suspende los efectos del auto recurrido. Asimismo, destaca que el Tribunal de Alzada, dispuesto para conocer la impugnación, es el Tribunal Colegiado Contencioso Administrativo. Lo anterior, rompe con el esquema jerárquico dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues este tribunal no es el superior jerárquico del Juzgado Civil de Hacienda y Asuntos Sumarios.

El ordinal 21, estipula que contra la sentencia es posible presentar recurso de apelación ante el Tribunal Contencioso Administrativo, quien debe resolver de inmediato y

con prioridad sobre cualquier otro asunto. Contra esta decisión de segunda instancia, no cabe recurso alguno.

En lo atinente a las sanciones, el artículo 22, prescribe en su párrafo primero que: “La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investigación.”

De lo anteriormente transcrito es posible colegir, que dentro de este proceso jurisdiccional, la carga probatoria recae sobre la persona investigada. Incluso, se determina como hipótesis para la imposición de la sanción, que la persona “no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes”.

Esta inversión de la carga de la prueba, se aparta del esquema que tradicionalmente rige en el Derecho procesal. Recuérdese, que el principio general, aplicable en esta materia, determina, que todo aquel que alegue la existencia de un hecho, debe probarlo. Dicha fórmula se encuentra positivizada, entre otros, en el numeral 307, del Código Procesal Civil, así como en el ordinal 62 del Código Procesal Penal. En el caso de esta última norma, se indica que es el Ministerio Público, el órgano encargado de practicar “las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo”.

En el caso del artículo 22, algunos han sostenido, que por tratarse de un procedimiento contencioso administrativo, no es exigible atender los principios del debido proceso legal, y por consiguiente, resulta lícito aplicar la inversión de la carga probatoria

(algo impensable en materia penal).<sup>153</sup> No obstante lo anterior, es nuestra opinión, que al estar frente a un procedimiento de naturaleza sancionatoria, deviene en imperativo aplicar y respetar todos los principios integrantes del debido proceso.

Sobre el particular, es obligatoria la referencia a la sentencia número 1739-92, de la Sala Constitucional, pues en ella se delinear los alcances que posee el concepto de “debido proceso”, en el ordenamiento jurídico costarricense. En dicha resolución, se dispone que “...en virtud del estado de inocencia del reo, no es él quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación...”<sup>154</sup>

Es decir, el principio según el cual, la carga probatoria pesa sobre el sujeto procesal que ejerce la acción, se deriva del estado de inocencia que cobija a todo ciudadano. De este modo, no es posible infligir a una persona una sanción (ya sea de naturaleza penal, o administrativa), si previamente no se ha desarrollado un proceso legal y regular, en el cual, el órgano estatal promotor de la acción, haya desvirtuado el estado de inocencia.

En cuanto a la sanción, la norma dispone que ésta consiste en la pérdida del patrimonio emergente. Es decir, estamos ante la figura conocida como “comiso”, la cual consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los instrumentos con los que se cometió un

---

<sup>153</sup> En este sentido, se manifiesta Osvaldo Henderson García, Fiscal Adjunto contra el crimen organizado, quien, refiriéndose a esta normativa, señaló que la inversión de la carga de la prueba, deviene válida, toda vez que el procedimiento estatuido por los numerales 20 y siguientes de la ley número 8754, no es de naturaleza penal, sino contenciosa administrativa. HENDERSON GARCÍA OSVALDO. (2009) La persecución del crimen organizado en el proceso penal costarricense. Entrevista: Sede de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado, San José. 21 de mayo.

<sup>154</sup> Sentencia número 1739-92, de las once horas, cuarenta y cinco minutos, del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.



delito, así como las cosas o valores provenientes de su realización<sup>155</sup>. En este sentido, es evidente que la posibilidad de privar a una persona de sus bienes, procede únicamente, tras corroborar la existencia de una conducta delictiva (artículo 110 del Código Penal)<sup>156</sup>.

Con base en lo expuesto, se estima que la sanción contemplada en el artículo 22, es confiscatoria, por cuanto castiga a una persona con la pérdida de su patrimonio, sin que se requiera la verificación de un hecho punible. Dicho de otro modo, la sanción es aplicable con el sólo hecho de que la persona no logre demostrar la licitud de su patrimonio (o del incremento emergente de éste).

Pasamos ahora, al examen del segundo párrafo de la norma de comentario, de acuerdo con el cual: “Para los efectos de la fijación impositiva, resulta irrelevante la causa ilícita del patrimonio o del incremento emergente.” Al respecto, el Departamento de Servicios Técnicos, de la Asamblea Legislativa, manifestó en su oportunidad, que esta norma violentaba el principio de reserva legal en materia tributaria, por cuanto el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley número 4755) indica que como presupuesto para la existencia de una obligación tributaria, es indispensable la presencia de un hecho generador previsto en la ley; *“el cual constituye un vínculo de carácter personal, aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales.”*<sup>157</sup> Por lo

---

<sup>155</sup> Según señala Cabanellas, el comiso es la “Confiscación de carácter especial, de una o varias cosas determinadas. Sirve para designar la pena en la que incurre quien comercia con géneros prohibidos, de pérdida de la mercadería.” CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina. Decimoquinta edición, Editorial Heliasta, 2001. P. 77.

<sup>156</sup> Así lo apuntaba el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, cuando decía: “Esto deja entrever que necesariamente, debe existir una figura delictiva perseguible, para que proceda el decomiso del capital injustificado o el producido por una actividad delictiva, porque a la luz de la doctrina se requiere que exista primero el delito para que proceda el comiso.” CHACÓN MURILLO YAMIL op. cit. P. 10.

<sup>157</sup> *Ibid.* P. 11.

tanto, la obligación tributaria que se deriva de los capitales emergentes, no declarados o los derivados de una actividad ilícita, debería estar determinada en una ley formal.

Finalmente, con la incorporación de los artículos 23 y 24, el legislador se desvía, nuevamente, hacia un enfoque de Derecho sustantivo. Así es como contempla dos delitos denominados “distracción del patrimonio” (artículo 23)<sup>158</sup> y “distracción culposa del patrimonio” (artículo 24)<sup>159</sup>. En cuanto al delito de distracción del patrimonio, vemos que la descripción típica revela un tipo penal especial, en relación con el fraude de simulación ordinario, previsto y sancionado por el numeral 218, del Código Penal. Como era de esperar, la única diferencia sustancial, es la alta penalidad del nuevo delito (cinco a quince años de prisión).

En lo relativo al delito de distracción culposa del patrimonio, llama la atención el núcleo del tipo, según el cual, la acción del sujeto activo consiste en facilitar la distracción del patrimonio, como consecuencia de una falta al deber de cuidado, por parte de un funcionario público, judicial o de entidades financieras. La figura tiene una estructura similar a la legitimación culposa de capitales, recogida en la ley venezolana. Al respecto, es posible efectuar la misma crítica hecha en el título segundo, capítulo segundo, sección 2.2, fundamentalmente en lo concerniente al uso de una idea de “complicidad culposa.” Lo

---

<sup>158</sup> ARTÍCULO 23.- Distracción del patrimonio

Se impondrá pena de prisión de cinco a quince años, a quien conociendo de la existencia de diligencias de justificación del patrimonio emergente en su contra o en contra de su representada, aunque no se le haya notificado el traslado de la denuncia o la sentencia, traspase sus bienes, los grave, los destruya, los inutilice, los haga desaparecer o los torne litigiosos, de modo que imposibilite o dificulte la ejecución de las medidas cautelares o de la sentencia.

<sup>159</sup> ARTÍCULO 24.- Distracción culposa del patrimonio

Se impondrá pena de prisión de dos a seis años, al funcionario público o judicial o de entidades financieras que por culpa facilite a otro la distracción del patrimonio descrita en el artículo de esta Ley.

anterior, resulta contrario a los postulados básicos que la parte general del Derecho penal ha esgrimido en relación con la tipicidad culposa y se acerca, más bien, a una penalización de una infracción administrativa (lo que hemos denominado, “administrativización” del Derecho penal).



## CONCLUSIONES

Llegados a la etapa conclusiva del presente trabajo, hemos de indicar que a lo largo de las páginas que integran la investigación, es posible advertir la presencia de insumos que permiten tener por verificada la hipótesis que planteamos en un inicio. De este modo, el tratamiento que la doctrina y la legislación, han otorgado al fenómeno de la criminalidad organizada, se aparta del discurso de las garantías, según entendemos que éste se conceptualiza como un mecanismo de contención del poder punitivo estatal. Por lo demás, este distanciamiento, acerca dicho enfoque a una serie de ideas, que si bien pueden parecer heterogéneas, se encuentran en un estado de interrelación, que permite encuadrarlas dentro del concepto que hemos denominado “eficientismo penal”.

En primer lugar, es claro que la aparición de nuevos fenómenos delictivos – y lo que es más importante aún – de novedosas formas dentro de las cuales se enmarca su comisión, ha llevado a la doctrina a afirmar la imperiosa necesidad de construir nuevos esquemas dentro del Derecho penal y Procesal penal. Dicho de otro modo, se ha afirmado que el Derecho penal clásico, liberal o de garantías, resulta insuficiente para abordar los nuevos problemas que ocupan al pensamiento penal, en el marco de una sociedad global y de riesgos. Así se ha manifestado el jurista español Choclán Montalvo, al indicar:

*“La insuficiencia del Derecho Penal clásico, de corte liberal, para dar respuesta adecuada a las nuevas formas de criminalidad que aparecen en la sociedad post-industrial (la llamada sociedad de riesgos o Risikogesellschaft)*

*se puso ya de manifiesto a propósito de lo que ha venido a denominarse “Derecho penal económico”, de contornos aún muy imprecisos, proponiéndose la revisión profunda, en ocasiones exagerada, de criterios tradicionales de imputación y de teorías, como la del bien jurídico (...) Frente a este tipo de criminalidad [se refiere a la criminalidad organizada] pueden constatarse propuestas de derogación de determinadas garantías asociadas al Derecho penal clásico de corte liberal, tales como el mandato de determinación inherente al principio de legalidad penal, las propuestas de responsabilidad de la persona jurídica (societas delinquere potest) e incluso la restricción de garantías procesales básicas como la presunción de inocencia...”<sup>160</sup>*

Esta respuesta, que clama al unísono por la creación de nuevos instrumentos legales (ya sean de orden procesal o sustantivo), se erige sobre la creencia de que la criminalidad organizada encarna una seria amenaza para la estabilidad de los Estados de Derecho. En este sentido, si bien compartimos en lo sustancial este argumento (es decir; sostenemos que el crimen organizado representa una seria amenaza para la convivencia social), creemos que no se ha atendido con rigor a la evidencia empírica, toda vez que ésta demuestra que la criminalidad, que sigue alarmando enormemente a la población, y que la ubica dentro de altos índices de victimización, es la criminalidad asociada a la marginalidad del individuo (“lower class crime”). En suma, la criminalidad que sigue verificándose con mayor amplitud, es la criminalidad de los “powerless”, y no la de las grandes organizaciones criminales.

---

<sup>160</sup> CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO op. cit. P. 2 y 3.

Con base en lo anterior, se corre el riesgo de edificar políticas de persecución penal, ideadas a partir de una concepción de la criminalidad como empresa, la cual termina siendo errada, pues lo que finalmente se persigue, es una criminalidad burda u ordinaria, asociada a hechos violentos cometidos en perjuicio de la propiedad, la integridad física, o la vida de las personas. En este sentido, deviene necesario recordar lo expresado al respecto, por el autor Jesús María Silva Sánchez:

*“En efecto, aquí y ahora, sigue siendo posible afirmar que el 80% de la criminalidad (al menos, de la definida como tal y perseguida) continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (lower class crime), de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los distintos medios de comunicación) por el todo. Así, la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecha penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en sí misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los powerless, en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas.”<sup>161</sup>*

Así las cosas, consideramos que es necesario partir de la necesaria diferencia existente entre la criminalidad ordinaria, y aquella que se subsume dentro de la difusa categoría del crimen organizado. En este orden de ideas, debemos recordar lo dicho por

<sup>161</sup> SILVA SÁNCHEZ op. cit. P.54.

Julio E. S. Virgolini, quien manifiesta que la delincuencia organizada rompe el paradigma dicotómico de la criminología, pues introduce el fenómeno de la criminalidad dentro del orden político – jurídico<sup>162</sup>. El paradigma tradicional, por su parte, veía en la criminalidad, la separación absoluta de algunas conductas desviadas, en relación con este orden.

Entonces, a la hora de construir la política criminal, debe tomarse en cuenta que subsisten diferencias entre ambos tipos de criminalidad. Lo anterior, tiene una relevancia práctica, pues los instrumentos puestos al servicio de las agencias de persecución penal, en materia de delincuencia organizada, son especialmente lesivos de las garantías y los derechos fundamentales de los ciudadanos, en comparación con aquellos mecanismos dispuestos para la persecución penal ordinaria. De este modo, no resulta ajustado a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, permitir el uso de estos mecanismos, para la investigación de conductas criminales ajenas a la delincuencia organizada. Precisamente, en este punto se halla una de las principales críticas, que en este trabajo, hemos esgrimido, en relación con la nueva ley 8754. Como ejemplo, podemos citar el artículo 16, inciso q, de dicho cuerpo legal. Esta norma, refiere genéricamente a los “delitos graves”, como un supuesto de hecho, capaz de habilitar la medida de intervención de las comunicaciones. Al respecto, es evidente que no todo delito grave involucra la presencia de una organización criminal.

---

<sup>162</sup> En efecto, una de las características fundamentales de la delincuencia organizada, es su penetración dentro de las estructuras de poder político. No es casualidad, que el “modus operandi” de las organizaciones criminales, implique ineluctablemente, la corrupción de las estructuras de poder. Como lo señala el autor italiano Mario G. Losano: “La corrupción del aparato estatal, sin embargo, ha propiciado un extraordinario crecimiento del crimen organizado, que está estrechamente enlazada con el poder político” LOSANO G. MARIO. La democracia, el crimen organizado y las leyes sobre la privacy. En Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 15-16 – 1994, versión digital, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15\\_23.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15_23.pdf), consultada el veintiocho de abril de dos mil nueve.

Siempre en el mismo orden de ideas, el operador jurídico debe proceder con sumo cuidado, en el momento cuando pretenda calificar como crimen organizado, una determinada conducta criminal, en la que haya mediado una relación asociativa. Dentro del título segundo, capítulo primero, del presente trabajo, analizamos que tanto la doctrina, como la legislación, establecen diferencias en relación con las asociaciones y organizaciones criminales. Vimos que las primeras representan el género, en tanto que las segundas representan la especie.

Para efectos de establecer la diferencia entre ambas formas de asociación criminal, se aportaron algunos criterios diferenciadores, los cuales, por lo demás, suelen ser recogidos en los textos legales. Así, por ejemplo, se dijo que el crimen organizado posee como notas definitorias, entre otras, la tendencia a cometer delitos graves, el poder de intimidación que acompaña el planeamiento y ejecución de los delitos, la permanencia en el tiempo de la organización (que permite la supervivencia de la empresa criminal con prescindencia de la vida de sus miembros), su estructura compleja, así como la búsqueda de beneficios económicos o políticos.

Estas diferencias, deben tenerse presentes a la hora de realizar la respectiva calificación judicial (con base en el numeral segundo, de la ley número 8754), pues no puede perderse de vista, que la aplicación del procedimiento especial sobre crimen organizado, importa la entrada en vigencia de un régimen caracterizado por su particular agresividad, en la investigación y el juzgamiento de aquellos sujetos, respecto de los cuales, se estima, pertenecen a una organización criminal. Asimismo, los rasgos característicos de



este procedimiento especial, lo hacen especialmente proclive a lesionar, con mayor intensidad, los derechos fundamentales y sus respectivas garantías.

Ha sido posible observar, que la delincuencia organizada, vista desde la óptica de su abordaje doctrinario y legal, simboliza un paradigma de enfrentamiento entre garantías y eficacia. Concretamente, es factible vislumbrar esta disputa, en la disyuntiva existente entre la protección de los derechos fundamentales (naturales e inherentes a la persona), y la pretensión de seguridad de la ciudadanía, la cual clama por un Derecho penal, y Procesal penal, más “eficaz”. En el primer caso, se trata de garantizar los derechos fundamentales, mediante la positivización de normas jurídicas que operen como garantías de aquellos derechos. En el segundo caso, se propugna por la tutela de intereses colectivos<sup>163</sup>.

En esta aparente antinomia<sup>164</sup>, la ideología dominante ha tendido hacia la protección de los intereses colectivos, en detrimento de los derechos fundamentales del ciudadano<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> La orientación hacia la protección de los intereses colectivos, puede ser vislumbrada, también, en el auge que la moderna dogmática penal, ha concedido a los bienes jurídicos de este tipo. Afirma Hassemmer: “Esta Política criminal no se orienta ya en los clásicos bienes jurídicos de algún modo perceptibles por los sentidos (vida, salud, libertad, etc.), sino en los bienes jurídicos universales que además se describen de manera tan vaga y a tan grandes rasgos que pueden justificar cualquier tipo de conminación penal. Entre estos bienes jurídicos se cuentan la protección del “bienestar” humano, la salud pública, la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales, la política estatal de subvenciones o el empleo de la informática en la economía o la Administración.” HASSEMER WINFRIED. El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “eficaz”. En Revista de Ciencias Penales, año 5, número 8, marzo de 1994.

<sup>164</sup> El tema es tratado por Chirino Sánchez. Véase CHIRINO SÁNCHEZ y LLOBET RODRÍGUEZ op cit. P. 156.

<sup>165</sup> La constatación de esta pugna, entre derechos del individuo, e intereses de la colectividad, suele ser lugar común en los trabajos sobre criminalidad organizada. En el medio nacional, el autor Fernando Solano Rojas, se ha inclinado por la protección de los segundos, al afirmar - ¡con evidente simplismo!- que: “La cuestión se torna compleja cuando hay una lucha entre los que creen en el Derecho y la Justicia y los que se adhieren firmemente a los conceptos de libertad del hombre. Esta es la contraposición de los derechos de la colectividad contra los derechos individuales, los cuales a mi parecer, deben ceder frente a aquellos.” SOLANO ROJAS FERNANDO. Alcances criminológicos y político criminales de la delincuencia organizada. El problema de definición de un fenómeno sin contornos definidos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002. P. 179.

Lo anterior, implica el desconocimiento de la función, que históricamente, han cumplido los derechos y garantías.

Según analizamos en el inicio del presente trabajo, el discurso de las garantías, desde su estado embrionario (a partir de la promulgación de la obra “Cautio Criminalis”, por parte de Spee Von Langenfeld, en 1631), hasta su identificación con el discurso ilustrado de Beccaria, y el liberalismo penal de Feuerbach, se erigió como un discurso crítico del poder punitivo estatal. Recuérdese que el “ius puniendi” había logrado un grado de consolidación, a partir del momento en el cual, finalmente, se confisca el conflicto a la víctima, y se instaura la Inquisición en el siglo XIII.

Quizá el ejemplo más claro, que evidencia la tendencia antes anotada, lo encontramos en la regulación, que en materia de criminalidad organizada, se otorga a la medida cautelar de prisión preventiva. Como denunciemos oportunamente, el legislador ha abandonado la función precautoria, que otrora caracterizó a esta medida, y ha pasado a concebirla como un instrumento dispuesto para tranquilizar a la comunidad. De este modo, novedosas previsiones legales, le han asignado fines de prevención especial negativa. Esto puede colegirse, con relativa facilidad, a partir de la inclusión de causales automáticas<sup>166</sup>,

---

<sup>166</sup> En relación con este punto, es imperativo aclarar que algunos han sostenido que las novedosas causales del artículo 239 bis, del Código Procesal Penal (dentro de ellas, la contemplada en el inciso d, relativo a la delincuencia organizada), no son automáticas. Dicha deducción deriva de una interpretación literal del texto de la norma, pues ésta señala que el juez “podrá...”. Es decir, el dictado de la medida cautelar no representa un mandato para el juzgador, sino tan sólo una facultad. Así, por ejemplo, la Defensa Pública, en circular emitida por su Jefatura en mayo del presente año, número 20-2009, indicó: “Es importante hacer notar que en la redacción del artículo 239 bis no se establece el dictado de la prisión preventiva de forma automática por parte del juez, cuando se presente los presupuestos ahí contemplados, ya que, desde el mismo inicio del enunciado, se establece que el/la juez/a podrá dictar la prisión preventiva en esos supuestos. Este argumento deberá ser utilizado frente a aquellos casos en que se pretenda interpretar que la prisión preventiva procede, de forma automática, ante las causales del artículo 239 bis.”

como la prevista en el numeral 239 bis del Código Procesal Penal, y en los artículos 7 y 9 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Estas normas, regulan un plazo ordinario de veinticuatro meses para la detención provisional, e incluso facultan el decreto de prórrogas, con base en las cuales, la prisión preventiva puede extenderse hasta por sesenta meses.

Así las cosas, en este caso, el sacrificio de principios fundamentales como el “pro libertatis”, y la lesión a derechos fundamentales debidamente consagrados en nuestra Carta Magna (como lo es la libertad personal) deviene inminente, y ello constituye un elemento adicional que nos demuestra la verificación de la hipótesis inicialmente planteada.

Ahora bien, en los capítulos precedentes, tuvimos la oportunidad de examinar regulaciones legales, que como la descrita en el párrafo anterior, importan una afrenta al discurso de las garantías. En el caso de la legislación patria, vimos que el derecho fundamental a la intimidad, se ve seriamente amenazado a partir de la regulación que la ley número 8754, confiere a la Plataforma de Información Policial.

Indudablemente, un adecuado manejo y control de los datos recopilados por parte de los órganos de persecución penal (especialmente de las agencias policiales), es fundamental de cara a la persecución de la criminalidad. Asimismo, la posibilidad de contar con un órgano que centralice dicha información, se erige como una necesidad, en la cual reside un claro interés público, pues huelga indicar que la investigación de los hechos delictivos, representa una tarea ineludible del Estado, y contar con información de forma oportuna, facilita enormemente dicha labor. En este sentido se ha orientado la creación de la Plataforma de Información Policial; sin embargo, en el caso de este nuevo organismo

judicial, el legislador consagró normas laxas, caracterizadas por su falta de determinación, lo cual – ya de por sí – representa una trasgresión al principio de legalidad penal. Por ejemplo, el numeral 11, de la ley de comentario, no precisa con detalle cuáles cuerpos policiales pueden tener acceso a la PIP, sino que opta por una fórmula genérica al indicar que “todos los cuerpos policiales estarán vinculados a la Plataforma”. Asimismo, el derecho a la autodeterminación informativa se ve cercenado, toda vez que se concede a la PIP, autorización para acceder a los registros (bancos de datos) que posean las instituciones públicas sobre los ciudadanos. Lo anterior, sin que se exija, por parte del legislador, la existencia de una investigación concreta sobre la persona en cuestión.

Siempre en el mismo orden de ideas, los niveles de acceso a la PIP no son determinados en la norma legal, sino que se atribuye al director del Organismo de Investigación Judicial, la competencia para determinar estos niveles. Es decir; se le encomienda la preparación de un “protocolo de acceso”, el cual ostentaría rango de normativa infra legal. Dicha regulación, en vía administrativa, contradice la doctrina emanada del precedente número 1999-05802, de Sala Constitucional, analizado en el capítulo anterior, en donde se indica que esta regulación debe ser precisada a nivel legal.

Críticas semejantes a la dirigida en contra de la regulación de la PIP, pueden ser esgrimidas, en relación con otros institutos reglamentados en la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada. En el capítulo anterior, también se adoptó una posición crítica en lo atinente al plazo excesivo de prescripción de la acción penal. El numeral cuarto de la ley, estatuye procedimientos prácticamente imprescriptibles, lo cual atenta contra el derecho fundamental a la seguridad jurídica, así como contra las garantías que tutelan este

derecho, y la más importante es aquella que se manifiesta en el instituto de la prescripción de la acción penal. Además, la técnica legislativa empleada es impropia, pues artículos como el 5 y 6, se limitan a repetir lo ya dispuesto en otras disposiciones jurídicas, como las contenidas en los ordinales 33 y 34, del Código Procesal Penal.

Otro aspecto en el cual se manifiesta el discurso de corte eficientista, reside en el régimen sobre la intervención de las comunicaciones privadas. Tal y como lo anotamos líneas atrás, el numeral 16, de la ley 8754, violenta el Derecho de la Constitución, por cuanto se aparta del principio de razonabilidad y proporcionalidad, que debe presidir toda política que pretenda limitar derechos fundamentales. Lo anterior, tanto desde el punto de vista de la amplitud de los supuestos que justifican la medida (prácticamente cualquier delito), como en lo relativo a la prolongada duración de ésta (doce meses como plazo ordinario).

Igualmente, fue posible advertir la existencia de un quebranto al estado de inocencia, en lo relativo al denominado régimen de los capitales emergentes, puesto que el procedimiento establecido para el efecto, en sede judicial, propone una inversión de la carga probatoria, de forma tal, que sobre el administrado pesa la obligación de acreditar el origen lícito de los incrementos que consten en su patrimonio.

Por otro lado, como se manifestó, nuestra Ley Contra la Delincuencia Organizada, asume un enfoque primordialmente procesal, y con fundamento en esa ideología, plantea que los asuntos en los cuales se constate la operación de una organización criminal (según

la definición brindada por la Convención de Palermo y por el artículo primero de la misma ley), deben tramitarse dentro del marco de un procedimiento especial.

Indicamos que tal declaratoria, por parte del juez, representa un filtro de vital importancia, para determinar que el régimen especial de la ley número 8754 (oneroso, desde el punto de vista de los derechos fundamentales y garantías) se aplique solamente a aquellos asuntos en los cuales, sea posible constatar, más allá de toda duda, la presencia de una verdadera empresa criminal. Ahora bien, en este procedimiento se adoptan algunos rasgos en común con el procedimiento de tramitación compleja, que contempla el Código Procesal Penal. Ciertamente, existen algunos paralelismos, que responden a la idea de brindar al operador jurídico, un instrumento que visibilice las diferencias existentes entre la tramitación de las causas comunes, y aquellas que – como en materia de criminalidad organizada – presentan grados de complejidad elevados.

No obstante ello, la norma contenida en el numeral segundo, de la ley de comentario, presenta algunas lagunas. Así, por ejemplo, omite mencionar si la declaratoria puede emitirse en etapa de juicio, o bien, si el auto dictado puede ser impugnado mediante el recurso de apelación. En todo caso, lo verdaderamente sorprendente es que – a diferencia de lo ocurrido con el procedimiento de tramitación compleja – se haya dispuesto que la duplicación de plazos (a la cual hace referencia el párrafo último de la norma) sea aplicable únicamente en relación con la etapa preparatoria, y no así respecto de la fase intermedia y de juicio<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> El profesor Javier Llobet, en la nueva edición de su “Proceso Penal Comentado”, así lo hace ver, pues indica: “Es sorprendente que en los asuntos de delincuencia organizada no se establezca una duplicación de

En el título segundo, capítulo dos, del presente trabajo, tuvimos la oportunidad de analizar los instrumentos procesales empleados en la persecución del crimen organizado. Con base en dicho análisis, pudimos identificar la presencia de caracteres propios del eficientismo penal, los cuales nos permitieron comprender la contradicción existente entre éste, y el discurso de las garantías. Así, por ejemplo, la penalización de meras infracciones a normas administrativas (“administrativización” del Derecho penal) visible en la legislación venezolana (figura de la legitimación culposa de capitales), el sacrificio a la garantía de imparcialidad del juzgador, verificado con los Tribunales especiales estatuidos por el legislador salvadoreño, la punición de actos preparatorios prevista en esta misma ley (la cual implica una violación del principio de lesividad, el cual representa una derivación del principio de autonomía de la voluntad). Asimismo, se observó la existencia de un fenómeno de inflación del Derecho penal, con la creación de múltiples tipos penales en la Ley Contra la Delincuencia Organizada guatemalteca, caracterizada, además, por la fijación de penas draconianas.

De la misma manera, analizamos que algunas figuras, como el arrepentido, o testigo de la corona, han planteado dudas en relación con su legitimidad, desde el paradigma de las garantías procesales. Tales cuestionamientos, datan desde sus primeras menciones en el Derecho Romano y subsisten en la actualidad.

---

los plazos del procedimiento intermedio y de la etapa de juicio, sino solamente de los correspondientes a la duración de la investigación preparatoria (...) Debe tenerse en cuenta que de acuerdo al Art. 2 de la ley contra la delincuencia organizada el procedimiento de delitos que califican como delincuencia organizada excluye la aplicación del procedimiento de tramitación compleja.” LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). San José, Costa Rica. Cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, 2009. P. 569.

Además, el estudio de otras figuras, como el agente encubierto, o la entrega vigilada, nos permitió colegir su estrecha vinculación con las técnicas investigativas dispuestas para la persecución del crimen organizado. Si bien es cierto, nuestra ley número 8754, no prevé estos institutos, lo cual “prima facie”, podría generar sorpresa, debemos recordar que su regulación se encuentra disciplinada en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (número 8204). En este cuerpo legal, específicamente en su título segundo, capítulos dos y tres, se regula la entrega vigilada y las operaciones encubiertas. Sin embargo, es menester recordar, que en el caso costarricense, el empleo de dichos instrumentos de investigación, se circunscribe a la persecución de actividades relacionadas con el narcotráfico.

Así las cosas, tanto la legislación comparada, como la normativa costarricense, presentan características, que permiten reputarlas como propias de un discurso “eficientista de emergencia”. Arribamos a tal conclusión, porque, entre otros aspectos, en su construcción se refuerza el temor hacia un fenómeno socialmente lesivo, como lo es (en general) la criminalidad. Del mismo modo, se invoca la creación de un poder de “excepción” (la normativa especial, que integra el enfoque de persecución contra la criminalidad organizada), considerado imprescindible para hacer frente a la amenaza. En conexión con ello, se aloja la creencia de que el poder punitivo, es el único mecanismo capaz de neutralizar el peligro que entraña la delincuencia organizada. Como corolario de



lo anterior, es común la descalificación de aquel que asume una postura crítica en relación con estas nuevas tendencias de la política criminal<sup>168</sup>.

Ahora bien, en el presente trabajo, no pretendemos, en modo alguno, negar el enorme potencial lesivo que posee la criminalidad organizada. Ciertamente, esta clase de delincuencia, opera mediante niveles de violencia sumamente elevados. Asimismo, el carácter transnacional que suele acompañar sus operaciones, se instituye como un elemento que alimenta su peligrosidad. Sin embargo, nuestro punto de vista, se afianza en la creencia, de que es igualmente peligroso enfrentar a la criminalidad organizada, a partir de normas legales con eficacia meramente simbólica y manifiestamente incapaces para satisfacer las demandas que le son pre-fijadas en abstracto.

Debemos tener presente, que la actividad del crimen organizado, no lesiona solamente, unos bienes jurídicos personales o colectivos, sino que ataca y desestabiliza al Estado de Derecho mismo. Esto, por cuanto su actividad organizada presupone, insalvablemente, la corrupción del poder público. Hemos mencionado que la corrupción (en todos los niveles) es consustancial a la delincuencia organizada. Como lo afirma el italiano Mario G. Losano:

---

<sup>168</sup> Afirma el profesor Chirino Sánchez: “Por supuesto que argumentos en contra de dichas tendencias, principalmente procedentes de la discusión constitucional, eran rápidamente invalidados, calificando cualquier reflexión, por ejemplo, sobre la protección de datos de los ciudadanos, como argumentos que estaban dados para impedir la “justa y necesaria” lucha contra los tentáculos del crimen organizado, es decir, que quienes se manifestaban en contra de estos cambios se podían convertir, fácilmente, en la práctica, en sospechosos defensores de este tipo de delincuentes.” CHIRINO SÁNCHEZ y LLOBET RODRÍGUEZ op cit. P. 163.

*“Así pues, cuando la corrupción de un país supera un cierto nivel, el crimen organizado constituye un peligro para las mismas estructuras democráticas, concebidas siempre como un control y una barrera para el desarrollo de las actividades criminales. Hoy el crimen organizado dispone de una potencia económica que puede competir con el balance de un estado: todos recuerdan la oferta de los narcotraficantes colombianos de extinguir la deuda pública del país a cambio de la impunidad.”<sup>169</sup>*

De este modo, consideramos que los esfuerzos estatales, deben centrarse en una estrategia, que ponga el acento en la prevención. Sólo de esta manera, se impedirá el surgimiento de estructuras criminales organizadas. Dicho de otro modo, el combate de la criminalidad organizada debe privilegiar, lo que en la nomenclatura de Hassemer, denominamos líneas atrás, “prevención técnica”. Actuar de modo diverso, adoptando una política eminentemente represiva, significa trasladar los esfuerzos, al ámbito de la inoperatividad. Lo anterior, por cuanto las organizaciones criminales, siempre aventajarán al Estado, en lo atinente a su capacidad para concretar planes. Si se quiere, piénsese en aquella analogía, referente a la enfermedad, que cuando no es tratada a tiempo, se convierte en la causa de destrucción definitiva del organismo.<sup>170</sup>

Desde la perspectiva del Derecho penal y Procesal penal, es claro que los instrumentos jurídicos que integran esta área del saber, han sido tradicionalmente, desarrollados sobre la base del paradigma de la delincuencia “tradicional”. Sus

---

<sup>169</sup> LOSANO G. MARIO op cit. P. 453.

<sup>170</sup> Semejante comparación puede apreciarse en BARAHONA KRÜGER PABLO. “Una causa contra el crimen organizado.” En Diario Extra, Página Abierta, abril 14 de 2009.

fundamentos teóricos, han sido concebidos y estructurados para regular modalidades delictivas que difieren de aquellas que se suscitan en la actualidad. A partir de esta constatación, sostenemos, que en alguna medida es razonable dotar a las agencias de persecución penal, de instrumentos novedosos de cara a la investigación del crimen organizado. Lo que no compartimos, es que la estrategia deba centrarse, exclusivamente, en esta dimensión.

Por lo demás, la experiencia demuestra, que una vez que los creadores de la política criminal, han comprobado la insuficiencia de la legislación emitida, su respuesta no se orienta hacia una aceptación del error y un nuevo planteamiento de la problemática; sino que se responde de la misma forma: a través de un “endurecimiento” de la normativa previamente dictada.<sup>171</sup>

A nuestro modo de entender las cosas, el gran problema reside en que no se ha efectuado un análisis exhaustivo que determine la viabilidad del sistema penal, para hacer frente a estas novedosas formas de organización delictiva. Dicho de otro modo: se le han encomendado tareas sin saber, con exactitud, si está en capacidad de satisfacerlas. Preguntas tales como: ¿resulta útil establecer la categoría del “crimen organizado”? han sido omitidas, pues se estima que su sola mención resulta superflua e innecesaria, cuando

---

<sup>171</sup> Lo anterior, puede verificarse en el caso del sistema legal guatemalteco. En el presente trabajo, analizamos la Ley Contra la Delincuencia Organizada de Guatemala, la cual data del año 2006. En dicho cuerpo normativo, fue posible advertir la presencia de un discurso “eficientista”, caracterizado por sacrificar numerosas garantías. Pues bien, a tres años de haberse aprobado la normativa, el Diario La Nación, informa que “Consideradas vitales para combatir el crimen y fortalecer la justicia, el Parlamento aprobó reformas a la Ley contra la Delincuencia Organizada y aprobó la Ley de Competencia Penal en procesos de mayor riesgo (...) Ambas leyes siguieron el trámite “de urgencia nacional” (una sola lectura)”. Es decir, tras verificar la incapacidad de la ley, para cumplir con los fines originalmente formulados, se ha acudido al dictado de dos nuevas leyes. LARA JUAN FERNANDO. “Guatemala se arma con leyes para encarar crimen organizado.” En La Nación, El Mundo, agosto 6 de 2009.

en realidad su planteamiento es en sumo grado plausible. Como bien lo ha afirmado el profesor Zaffaroni:

*“Fenómenos tan heterogéneos deben ser combatidos con medidas particularizadas, adecuadas a las características de cada uno; de lo contrario, todos los intentos nacen destinados al fracaso. Siendo ello así, no veo la utilidad de una categoría que los abarque a todos, que además es tan borrosa que a veces deja fuera a algunos e incluye a otros. Nada se gana con pretender tratar del mismo modo el secuestro y la sobrefacturación. Si la categorización no sirve para combatir el fenómeno, cabe preguntarse para qué se la usa (...)*

*En estas condiciones, la ley penal es usada como un medio simbólico de tranquilizar a la opinión pública, porque nadie puede creer seriamente que este esquema de poder pueda ser cambiado por el poder punitivo, el cual no hace más que seleccionar unos pocos casos muy puntuales, y si pretende insertarse con mayor profundidad dentro de los mecanismos de corrupción (prestación u oferta de cosas o servicios ilícitos), es inevitable que resulte comprometido con algunos de los sectores que se disputan los mercados ilícitos de mayor envergadura, debido a la labilidad que sus agencias tienen frente a estos poderes formidables...”<sup>172</sup>*

En este orden de ideas, el autor llama la atención sobre dos puntos fundamentales. El primero de ellos, refiere a la poca utilidad que se deriva de la enunciación de una

<sup>172</sup> ZAFFARONI EUGENIO RAÚL En torno al concepto de “crimen organizado”. P. 10 y 12.

categoría unitaria, como la de “crimen organizado”. El segundo aspecto, atañe a algo que ya hemos mencionado en los párrafos precedentes; es decir, a la incapacidad del Estado para – desde un enfoque represivo – controlar a las organizaciones criminales. Incluso, Zaffaroni va más allá, y predice que todo intento destinado a desarticular las redes criminales, traerá como consecuencia una mayor corrupción del poder punitivo, y del Estado de Derecho.

En resumen, se pone de manifiesto un (verdadero) riesgo existente en la persecución de la delincuencia organizada: la debilidad de las agencias del sistema penal, para contrarrestar dicha forma de criminalidad y la consecuente “tentación” de insertarse dentro de sus estructuras de poder. Tal advertencia, debe ser tomada en cuenta, pues un breve repaso histórico no nos permite arribar a distinta conclusión. Basta observar la penetración que algunos grupos criminales organizados, han tenido en el sistema político estadounidense. Así, por ejemplo, el control de la mafia italo-americana sobre los sindicatos del sector transporte. Lo mismo es posible afirmar de los cárteles de droga colombianos, los cuales dominaron la vida política de dicha nación sudamericana durante los años ochenta.

Entonces, se concluye que la problemática de la criminalidad organizada, por entrañar riesgos reales, requiere de soluciones igualmente realistas, y no meramente simbólicas. La criminalidad organizada, inscrita dentro de un contexto global, posee una capacidad económica y logística, por mucho, superior a la que puedan llegar a obtener las agencias del sistema penal. Como consecuencia de lo anterior, toda política criminal destinada a la persecución de esta clase de delincuencia, debe apoyarse en mecanismos que

estén “más allá” del sistema penal. Como se ha reiterado, la prevención técnica<sup>173</sup>, se erige como una alternativa realista, aunque onerosa desde la perspectiva económica. Como bien lo indica Hassemer, este tipo de prevención, supone costos operativos mucho más elevados, en comparación con la simple creación de una norma jurídica, que venga a conceder poderes desmedidos a los órganos policiales. Dicho de otro modo, la prevención técnica es, desde el punto de vista económico, más onerosa, en tanto que la prevención normativa es menos costosa, pero onerosa en tanto implica la afectación de los derechos fundamentales y garantías que están en la base del Estado de Derecho.<sup>174</sup>

Así las cosas, a través de las páginas que componen la presente investigación, hemos visto que el legislador, y la doctrina misma, se han orientado hacia la construcción de un discurso de corte eficientista, el cual ignora los datos aportados por la evidencia empírica, toda vez que éstos ponen de manifiesto su inoperatividad, en el plano fáctico.

En este sentido, es nuestro deseo, que el presente trabajo haya incitado al lector, a plantearse el cuestionamiento, relativo a la idoneidad y razonabilidad de construir un sistema penal, que además de caracterizarse por una manifiesta incapacidad para solventar los problemas que justifican su intervención (función simbólica), se aparta peligrosamente, del esquema liberal y garantista sobre el cual se erigió, a partir del siglo XVII, cuando empezó a mostrarse crítico, frente a la aplicación del poder punitivo.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Con meridiana claridad, lo expone Mario G. Losano, al indicar: “La lucha antimafia se vence solamente con un control preciso de los movimientos del dinero”. LOSANO G. MARIO op cit. P. 454.

<sup>174</sup> Véase, HASSEMER WINFRIED. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada.

<sup>175</sup> En el medio nacional, recientemente, se ha comenzado a expresar una tendencia crítica, según la cual: “...la lucha contra el crimen organizado no puede enmascarar, ni en la norma ni en la práctica, una vulneración de derechos fundamentales o un estado de emergencia no declarado. La efectividad pedida por la sociedad

Se ha legislado de forma tal, que concomitantemente a las crecientes habilitaciones de poder punitivo, y a las cada vez más generosas concesiones a los órganos de la investigación y promoción de la acción penal, se han limitado numerosos derechos fundamentales y garantías. Se parte de la lógica de que “a mayor poder punitivo, menor garantismo”, cuando en realidad, la analogía “a mayor intervención penal, menos garantías”, implica una negación del origen histórico y de la naturaleza misma del Derecho penal. Éste ha emergido – nutrido por el discurso de las garantías – como un mecanismo para contener la aplicación del poder punitivo. Como consecuencia de lo anterior, a mayor intensidad del poder punitivo, el Derecho penal – en el entendido de que es un discurso de garantías – deberá amplificar aquellas, para evitar así el deterioro del Estado de Derecho. Esta idea es ilustrada con brillantez, por la autora española Julia Roper Carrasco, cuando afirma:

*“...una mayor intervención penal exige un mayor “garantismo”. Esta ecuación no puede ser sustituida por la de a mayor pena menor garantismo, porque entonces no sólo se estará produciendo una expansión del Derecho Penal, sino una, ésta sí insostenible, reducción del Estado de Derecho”<sup>176</sup>*

En suma, lo antes dicho, no quiere decir que abogemos por una actitud pasiva del Estado frente al desarrollo de las empresas criminales transnacionales. Lo que sí deseamos

---

costarricense a sus autoridades no significa en forma alguna la reducción de las fronteras de nuestro Estado de derecho por cuanto estaríamos instalando una guerra sucia cuya principal víctima sería la institucionalidad democrática.” OBANDO JORGE. “Lo que es crimen organizado.” En *La Nación, Opinión*, abril 19 de 2009.

<sup>176</sup> ROPERO CARRASCO JULIA op cit. P. 324.

dejar en claro, es que dudamos seriamente de la capacidad de la legislación jurídico penal – vista como el único medio a través del cual se dirige la persecución del crimen organizado – para cumplir con las tareas que se le asignan de forma abstracta. Asimismo, sostenemos vehementemente, que en la persecución de la criminalidad organizada, no conviene transitar por un camino que parece erigirse sobre el irrespeto de las garantías, que integran nuestro Estado de Derecho.





## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

APONTE CARDONA ALEJANDRO (2006). Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá, Colombia. Primera edición, Grupo Editorial Ibañez.

BECCARIA CESARE (2006). De los delitos y las penas. Bogotá, Colombia. Cuarta reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis.

BECK ULRICH (1998). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, España. Ediciones Paidós Ibérica.

CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO (2001). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina. Decimoquinta edición, Editorial Heliasta.

CAMPOS CALDERÓN, F y CORTÉS COTO, R. (2007). El Valor Probatorio de las Declaraciones Incriminatorias de Coimputados en el Proceso Penal. San José, Costa Rica. Primera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

CANCIO MELIÁ, M y JAKOBS, G. (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid, España. Primera edición, Ediciones Civitas.

CHINCHILLA CALDERÓN ROSAURA (2006). Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. San José, Costa Rica. Tercera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

CHINCHILLA CALDERÓN, R y GARCÍA AGUILAR, R. (2003). Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva. San José, Costa Rica. Primera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.,.

CHIRINO SÁNCHEZ, A y LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2000) Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada (problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal “eficiente”). San José, Costa Rica. Primera edición, Ediciones Jurídicas Areté.

CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO (2000). La organización criminal. Tratamiento penal y procesal. Madrid, España. Primera edición, Editorial Dykinson.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS (2007). La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires, Argentina. Primera edición, Editorial B de F.

FERRAJOLI LUIGI (2006). Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España. Octava edición, Editorial Trotta.

FERRAJOLI LUIGI (2006). Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. Madrid, España. Editorial Trotta.

GALLARDO MARTÍNEZ HELIO (2008). Elementos de investigación académica. San José, Costa Rica. Primera edición, EUNED.

GARNER A. BRYAN (2006). A Dictionary of Criminal Law Terms. Dallas, Estados Unidos de América. Primera edición, Editorial West Group.

HABA MÜLLER ENRIQUE PEDRO (2004). Axiología Jurídica Fundamental: Bases de valoración en el discurso jurídico. San José, Costa Rica. Primera edición, Editorial de la Universidad de Costa Rica.

JINESTA LOBO ERNESTO (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I (Parte General). Medellín, Colombia. Primera edición, Biblioteca Jurídica Diké.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO (2001). Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. Madrid, España. Editorial Consejo General del Poder Judicial.

LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER (2006). Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). San José, Costa Rica. Tercera edición, Editorial Jurídica Continental.

LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER (2009). Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). San José, Costa Rica. Cuarta edición, Editorial Jurídica Continental.

MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN M (2002). Derecho Penal. Parte General. Valencia, España. Quinta edición, Editorial Tirant Lo Blanch.

RHODES ROBERT P (1984). Organized crime. Crime Control vs. Civil Liberties. New York, Estados Unidos de América. Primera edición, Editorial Random House.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ ISABEL (2005). La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Madrid, España. Editorial Dykinson.

SELLÉS FERREIRO JUAN (2006). Tratamiento procesal de la delincuencia organizada. San Salvador, El Salvador. Primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura.

SIERRA HUGO, M y CANTARO ALEJANDRO, S (2005). Lecciones de derecho penal: parte general. Bahía Blanca, Argentina. Primera edición, Editorial de la Universidad Nacional del Sur – Ediuns.

SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA (2006). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, Editorial B de F.

SPRENGER, J y KRAMER, H (2005). Malleus Maleficarum. El martillo de los brujos. Barcelona, España. Primera edición, Editorial Círculo Latino.

VELÁSQUEZ FERNANDO (2004). Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Colombia. Segunda edición, Editorial Temis.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL y otros (2006). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina. Segunda edición, Editorial Ediar – Temis.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL (2000). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina. Primera edición, Editorial Ediar.

### **Artículos especializados**

BAILONE MATÍAS (2006). El liberalismo Penal (Primera parte: Cómo procurarse buenos precursores). En [www.matiabailone.com.ar/articulos.htm](http://www.matiabailone.com.ar/articulos.htm), consultada el diez de julio de dos mil ocho a las once horas, treinta y tres minutos.

BAILONE MATÍAS (2005). Abolicionismo o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo. En [www.matiabailone.com.ar/articulos.htm](http://www.matiabailone.com.ar/articulos.htm), consultada el dieciséis de agosto de dos mil ocho a las trece horas, veinticinco minutos.

FERRAJOLI LUIGI (2001). Derechos Fundamentales. En Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España. Editorial Trotta.

FLÁVIO GOMES LUIS (2005). Globalización y Derecho Penal (en homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba). En El Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba. Mendoza, Argentina. Primera edición, Ediciones Jurídicas Cuyo.

HABA MÜLLER ENRIQUE PEDRO (1972). Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito. En Cuadernos de Filosofía del Derecho. Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela.

HASSEMER WINFRIED (1997). Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones. En Revista de Ciencias Penales, año 12, número 14, diciembre de 1997.

HASSEMER WINFRIED (1994). El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal "eficaz". En Revista de Ciencias Penales, año 5, número 8, marzo de 1994.

JOACHIM SCHNEIDER HANS (1993). Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. En Revista de derecho penal y criminología. Madrid, España. Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho.

JORI MARIO (2001). Ferrajoli sobre los derechos. En Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, España. Editorial Trotta.

LARRAURI ELENA (2000). Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. En Revista de Ciencias Penales, año 12, número 17, marzo de 2000.

LOSANO G. MARIO (1994). La democracia, el crimen organizado y las leyes sobre la privacy. En Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 15-16 – 1994, versión digital, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15\\_23.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15_23.pdf), consultada el veintiocho de abril de 2009 a las dieciocho horas.

PASCUA FRANCISCO JAVIER (2005). Intromisión a la Privacidad. Lineamientos generales acerca de las grabaciones subrepticias de audio. En El Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba. Mendoza, Argentina. Primera edición, Ediciones Jurídicas Cuyo.

ROPERO CARRASCO JULIA (2008). ¿Protección social versus garantismo?: Excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada. En Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado. Madrid, España. Editorial Dykinson.

VIRGOLINI E.S. JULIO (2001). Crimen organizado: Criminología, Derecho y Política En Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL (2005). El Derecho Penal Liberal y sus enemigos. Lectio doctoralis con ocasión del otorgamiento del doctorado honoris causa por la Universidad de Castilla, La Mancha, 2004. En En torno de la cuestión penal. Montevideo, Uruguay. Editorial B de F.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL (1989). La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, España. Centro de Publicaciones Gran Vía.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL (2001) En torno al concepto de “crimen organizado”. En Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.

### **Tesis de grado y otras investigaciones**

SOLANO ROJAS FERNANDO (2002). Alcances criminológicos y político criminales de la delincuencia organizada. El problema de definición de un fenómeno sin contornos definidos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

### **Leyes y proyectos de Ley**



Proyecto de Ley. Ley Contra la Delincuencia Organizada. Expediente legislativo N° 16 830. Tramitado en la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, a partir del mes de octubre de 2007.

Proyecto de Ley. Ley Contra la Delincuencia Organizada. Expediente legislativo N° 16 830. Dictamen afirmativo de mayoría, del 29 de octubre del 2008.

Proyecto de Ley. Ley Contra la Delincuencia Organizada. Expediente legislativo N° 16 830. Texto sustitutivo 31 de marzo del 2009.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Ley N° 8754, publicada en el Alcance 29 de La Gaceta, del viernes 24 de julio de 2009.

Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, Reformas y Adición al Código Penal y al Código Procesal Penal. Ley N° 8720.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Código Penal de la República de Costa Rica. Ley N° 457.

Código Procesal Penal de la República de Costa Rica. Ley N° 7 594.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Ley N° 7428.

Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. Ley N° 7425.

Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Ley N° 8204.

Ley Orgánica 19/1994, de España, del 23 de diciembre de 1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales

Ley de Enjuiciamiento Criminal Española

([http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lecr.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html))

Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (“Ley Rico”)

<http://www.ricoact.com/ricoact/theact.asp>

Ley Orgánica contra la delincuencia organizada de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial número 5 789 del miércoles 26 de octubre de 2005.

Ley Contra el Crimen Organizado y delitos de realización compleja de la República de El Salvador Decreto Legislativo N° 242 de fecha 15 de febrero de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 31, Tomo 374 de fecha 15 de febrero de 2007.

Ley Contra la Delincuencia Organizada de la República de Guatemala. Decreto número 21-2006.

Código Penal de Colombia. Ley N° 599 del año 2000. Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 2006.

Constitución de la República de El Salvador

(<http://www.constitution.org/cons/elsalvad.htm>)

Acta de sesión ordinaria de Corte Plena, número 16-2008, celebrada a las trece horas, treinta minutos del diecinueve de mayo de dos mil ocho.

Acta de sesión ordinaria de Corte Plena, número 38-2008, celebrada a las trece horas, treinta minutos del diez de noviembre del dos mil ocho.

Circular número 20-2209, de la Jefatura de la Defensa Pública, Poder Judicial, República de Costa Rica, del cuatro de mayo de dos mil nueve.

### **Instrumentos normativos del Derecho Internacional**

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante resolución A/RES/55/25.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)

## Declaración Universal de Derechos Humanos

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo no 11 completado por los Protocolos no 1 y 6

Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo de Europa sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano

(<http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>)

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776.

<http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

## Jurisprudencia

Sentencia número 2000-1759, de las quince horas, nueve minutos, del veintitrés de febrero del dos mil de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia número 4392-02, de las dieciséis horas, veintidós minutos, del catorce de mayo de dos mil dos, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 2000-05888, de las diez horas, tres minutos, del trece de julio de dos mil, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 2008-2119, de las catorce horas, cincuenta y un minutos, del trece de febrero de dos mil ocho, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia número 01797-97, de las quince horas, veintiún minutos, del dos de abril de mil novecientos noventa y siete, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia número 1999-05802, de las quince horas, treinta y seis minutos, del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 1995-3195, de las quince horas, doce minutos, del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 1999-7420, de las quince horas, cuarenta y dos minutos, del veintiocho de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 2001-10091, de las catorce horas, treinta minutos, del nueve de octubre del dos mil uno, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia número 1739-92, de las once horas, cuarenta y cinco minutos, del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 1213-06, de las nueve horas, cincuenta minutos, del veintinueve de noviembre de dos mil seis, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 878-05, de las once horas, treinta minutos, del doce de agosto de dos mil cinco, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 136-03, de las nueve horas, veinte minutos, del veintiocho de febrero de dos mil tres, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 2001-00737, de las nueve horas diez minutos, del veintisiete de julio de dos mil uno, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia número 2005-168, de las nueve horas, cuarenta y cinco minutos, del once de marzo de dos mil cinco, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia del 21 de noviembre de 2007 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.

### **Información procedente de diarios de circulación nacional**

BARAHONA KRÜGER PABLO. "Una causa contra el crimen organizado." En Diario Extra, Página Abierta, abril 14 de 2009.

CARVAJAL ERICK. "17 fiscales se enfrentarán a sicarios y mafiosos." En Al Día, Nacionales, mayo 24 de 2008.

DALL' ANESE RUIZ FRANCISCO. Entrevista: "La mafia es un peligro para el Estado de Derecho." En La Nación, Sucesos, octubre 12 de 2008.

LARA JUAN FERNANDO. "Guatemala se arma con leyes para encarar crimen organizado." En La Nación, El Mundo, agosto 6 de 2009.

LEANDRO MARCO. "Crean Fiscalía Contra el Crimen Organizado." En Diario Extra, mayo 24 de 2008.

MATA ESTEBAN. "Diputados cambian plan contra crimen organizado." En La Nación, El País, marzo 4 de 2009.

OBANDO JORGE. “Lo que es crimen organizado.” En La Nación, Opinión, abril 19 de 2009.

VIZCAÍNO IRENE. “Corte advierte fallas en texto sustituto de ley antimafia”. En La Nación, El País, mayo 11 de 2009.

### **Referencias Electrónicas**

AGULLÓ MATEU RAFAEL (2001). <http://www.crimenorganizado.galeon.com/>. Consultada el veintiuno de julio de dos mil nueve.

### **Entrevistas**

HENDERSON GARCÍA OSVALDO. (2009) La persecución del crimen organizado en el proceso penal costarricense. Entrevista: Sede de la Fiscalía Adjunta Contra el Crimen Organizado, San José. 21 de mayo.