

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE DIGNIDAD HUMANA COMO BARRERAS INFRANQUEABLES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ¿SE NECESITA RETOMAR LAS SENDAS DEL VIEJO DERECHO PENAL LIBERAL?

MSc. Adán Carmona Pérez*

RESUMEN

En el presente texto, se aborda críticamente la función del principio de legalidad y el de dignidad humana en el contexto de un Estado de derecho y un proceso penal de corte garantista, en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, con especial enfoque en la legislación española y la costarricense. Con tal finalidad, se detallan someramente algunos aspectos sobre el principio de legalidad, dignidad humana, derechos fundamentales y Estado de derecho. Luego, se reflexiona sobre algunos modelos de derecho penal modernos, tomando partida respecto al que se considera que debe prevalecer. Por último, se señalan algunas regulaciones penales sobre el delito de terrorismo existentes en los países citados, las cuales se analizan desde el marco ideológico de un Estado de derecho y un proceso penal de corte liberal, y se concluye por qué motivo se considera que la lucha contra el terrorismo y, en general, contra el crimen organizado debe retomar las sendas del viejo derecho penal clásico.

Palabras claves: principio de legalidad, Estado de Derecho, dignidad humana, derechos fundamentales, terrorismo, crimen organizado, modelos de derecho penal.

ABSTRACT

This text is about the role of the principle of legality and the principal of human dignity in the context of both the Rule of Law and a criminal process respectful of the rights and guarantees (criminal guaranteeism), specifically in the fight against terrorism and organized crime, with special focus on Spanish and Costa Rican legislation. In addition, it analyzes some models of modern criminal law. Finally, some criminal regulations on terrorism offenses in the aforementioned legislations are pointed out, which are analyzed from the ideological framework of a Rule of Law and a liberal criminal process, concluding that the fight against terrorism and, in general, against organized crime, must return to the paths of the old classic criminal law.

Keywords: principle of legality, rule of law, principle of human dignity, fundamental rights, terrorism, organized crime, criminal law models.

Recibido: 2 de mayo de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

* Mediador de la Universidad de Costa Rica y de la Corte Suprema de Justicia - CEDEMAR; bachiller y licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica; egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica; máster en Criminología y Seguridad Humana de la Universidad de Cooperación Internacional; máster en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Cooperación Internacional y la Universidad de Barcelona; especialista en Justicia Constitucional y Tutela de Derechos Fundamentales de la Universidad de Pisa, Italia; especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, España; miembro de comisiones en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y en el Poder Judicial de Costa Rica; conferencista nacional e internacional; profesor universitario; autor de múltiples publicaciones. Ha sido defensor público, es el coordinador nacional y coordinador de proyectos de cooperación internacional de la Unidad de Defensa Penal en Delitos de Violencia contra las Mujeres del Poder Judicial. Correo electrónico: acarmonap@poder-judicial.go.cr

SUMARIO

Resumen de investigación
Introducción
Apuntes sobre modelos de Estados, principio de dignidad humana, principio de legalidad, derechos fundamentales y corrientes de derecho penal
Estado de derecho y Estados con tendencias autoritarias
Dignidad humana
Principio de legalidad
Derechos fundamentales
Modelos de derecho penal
¿Nuevos modelos de derecho penal moderno?
¿Cuál modelo de derecho penal debe existir en un Estado de derecho?
¿Existe un concepto jurídico/universal de terrorismo?
Terrorismo en la legislación penal española
Terrorismo en la legislación penal costarricense
Algunos apuntes críticos en torno a las políticas criminales represivas y regulación criminal del terrorismo en España y Costa Rica
Conclusiones
Referencias bibliográfica

INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad, desde las sociedades más antiguas, ha estado marcada por constantes (y cambiantes) luchas y desafíos que han requerido soluciones acordes a las diferentes cuestiones suscitadas. Las reflexiones en torno al bien y al mal no son para nada nuevas. De ello da suerte la grandiosa filosofía antigua (en reflexiones desarrolladas, por ejemplo, por Platón y Aristóteles), así como en los escritos religiosos (el Corán y la Biblia para mencionar algunos).

Quizás, no sería equivocado afirmar que las elucubraciones en relación con el bien y el mal son tan antiguas como la historia de la humanidad misma, no perdiendo vigencia en el pensamiento contemporáneo, ni mucho menos, en el moderno. Definitivamente es una pugna sin resolver.

Aquella vieja lucha entre el bien y el mal, ahora, en la modernidad, tiene otras caras, pero siempre la misma esencia: **la ansiada búsqueda de bienestar, seguridad y protección individual y colectiva.** Irónicamente, estas otras variables del bien y del mal son consecuencia de la inteligencia humana que ha desarrollado en los últimos siglos un encomiable y desbocado avance industrial y tecnológico, el cual hizo surgir casi inmediatamente el acuñamiento de lo que hoy conocemos como globalización.

Los avances industriales y tecnológicos han producido como efecto espiral —propio de un mundo globalizado— una capacidad de traslado (hoy un individuo puede estar en el continente americano y, horas más tarde, la misma persona puede estar en el continente africano) y comunicación (mediante plataformas tecnológicas, verbigracia, redes sociales) inimaginable apenas unos años atrás.

Esta rápida posibilidad de comunicación y traslado trae muchas ventajas y comodidades para la humanidad; empero, también, grandes riesgos y desafíos de seguridad. La pandemia provocada por el COVID-19 es un ejemplo de ello. Inició en Wuhan, en la provincia China de Hubei, y solo algunos días después, estaba presente en todo el planeta Tierra.

Seguramente, nadie en su sano juicio puede negar las ventajas de los avances tecnológicos, así como nadie puede rehusarse a aceptar los riesgos aparejados a ellos ni la sensación

de inseguridad implícita (reales o no) que sienten las personas en su esfera individual y colectiva, por una sencilla razón, aquellos riesgos van dirigidos normalmente a los más altos valores e intereses de una sociedad, tales como la vida, la libertad y el patrimonio.

Se pueden citar innumerables males/desafíos actuales, surgidos en el contexto de cita. Sin embargo, interesa para efectos de este texto desarrollar algunas reflexiones en torno a lo que hoy se le denomina, —con algún ápice de modernidad—, como: **terrorismo**. Este concepto, analizado de manera amplia, puede trastocar de manera transversal muchos otros males, muchos otros temas, muchas acciones, así como muchos lugares y, lamentablemente, también, muchas personas. Esto sugiere un concepto con alto contenido global y, por tanto, muy complejo y problemático.

El contenido global y complejo que, como se verá, tiene el terrorismo, amerita, también, que la respuesta para contrarrestarlo sea no solo novedosa, sino también compleja, dinámica y eficiente. Estas condiciones no siempre son conciliables con la lenta creación burocrática normativa (tipos penales), ni con los deficientes modelos procesales penales que, en la mayoría de los casos, son debido a su naturaleza, inflexibles y no acordes a las velocidades con que surgen nuevas realidades sociales.

Estos elementos que parecen requerir, necesariamente, cualquier respuesta para afrontar dichas problemáticas podrían tentar a quienes tienen el monopolio del poder para proponer, crear e implementar (investigar, acusar y juzgar) leyes, que pueden poner en riesgo y echar por la borda los pilares fundamentales en que se asienta un Estado de derecho (y que mucha sangre y vida le ha costado a gran parte de la humanidad),

entre ellos el principio de legalidad y la dignidad humana (también, por qué no, el principio de superioridad ética del Estado de derecho), todo con el afán de contrarrestar “el mal”, bajo el lema de que “el fin justifica los medios” (contrariando el principio kantiano que determina que ninguna persona puede ser utilizada como medio para lograr fines ajenos), como en efecto ha sucedido en algunos países latinoamericanos y europeos.

Bajo el contexto *supra* citado, la presente obra se dispone a realizar algunas reflexiones que tienen como objetivos generales: el primero, determinar si el principio de legalidad y el de dignidad humana deben ser el punto de partida y llegada en la lucha contra el terrorismo, especialmente, cuando se está en el contexto de un proceso penal derivado de un Estado de derecho; por su parte, el segundo, reflexionar y estudiar cuál es el modelo de derecho penal que debe prevalecer en la lucha contra el terrorismo.

Para alcanzar el objetivo principal citado, se considera indispensable ahondar en los siguientes aspectos: a) analizar el contenido de algunos modelos de derecho penal, el principio de legalidad, el de dignidad humana y el Estado de derecho; b) desarrollar el concepto de terrorismo y su fundamento jurídico; c) ejemplificar mediante un ejercicio de derecho comparado (España - Costa Rica) algunas decisiones políticas criminales y legislativas en torno al delito de terrorismo que pueden ser contrarias al principio de legalidad y de dignidad humana; d) identificar algunos argumentos que sustenten la indispensabilidad de que en el contexto de un proceso penal derivado de un Estado de derecho, el principio de legalidad y el de dignidad humana sean las barreras infranqueables para que la lucha contra el terrorismo sea legítima.

Finalmente, por honestidad intelectual y académica, se advierte a la persona lectora que el presente trabajo será sumamente descriptivo; además, que los temas propuestos se desarrollarán de manera muy concreta, debido a que la naturaleza del texto, su amplitud y tiempo para realizarlo no permiten mayor profundidad en el desarrollo de esta obra.

DESARROLLO

I. Algunos apuntes sobre modelos de Estados, principio de dignidad humana, principio de legalidad, derechos fundamentales y corrientes de derecho penal

Para entender la esencialidad del principio de legalidad y de dignidad humana en la lucha penal contra el terrorismo y, en general, contra el crimen organizado, es necesario recordar que el derecho penal está impregnado innegablemente por la ideología política del Estado que se deriva. Es decir, el derecho penal es un producto político.

Dicho de otra manera, no es posible comprender las dimensiones y contenido de un determinado ordenamiento jurídico/penal, sin conocer su marco ideológico político y constitucional, pues, según sea el modelo de Estado, así será la filosofía o tendencia del derecho penal, tanto sustantivo como procesal.

Tener presente lo anterior es muy importante, puesto que nos permite poner en contexto la significación del principio de legalidad y de dignidad humana en el marco de un proceso penal que se aplica a la delincuencia organizada.

I.1. Estado de derecho y Estados con tendencias autoritarias

En virtud de lo anterior, interesa referir someramente (ya que la naturaleza del presente texto no permite desarrollarlo a profundidad) dos modelos de Estado: el de derecho y otros tendientes al autoritarismo. El primero es aquel que somete a todos los y las habitantes a la ley; por el contrario, los otros modelos de Estado, es decir, los de corte autoritario, son aquellos que someten al pueblo al poder del que gobierna. Entre estos últimos, podríamos mencionar, sin que se agoten aquí, los Estados de policía, los totalitarios y los autoritarios.

Al respecto, Ferrajoli indica:

[...] estado de derecho [...] es un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Los últimos, en cambio, sirven para configurar sistemas de control penal propios de un estado absoluto o totalitario: entendiéndolo por tales expresiones cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son legibus o totales, es decir, no disciplinados por la ley, por tanto, carente de límites y condiciones [...]. (2000, p, 104).

Más detalladamente, podría señalarse que el Estado de derecho funda sus bases en principios, tales como imperio de ley, división de poderes, legalidad en actuación

administrativa, protección de garantía, derechos y libertades fundamentales, mientras que los de corte autoritario obran y cimientan sus pilares en el capricho de quien manda en un determinado tiempo y lugar. (Díaz citado por Muñoz C., 2001, p. 140).

Sobre este tema, es relevante hacer uso de la categoría de la memoria, con el fin de recordar que, históricamente, el Estado de derecho apareció en contraposición de las monarquías absolutas de la Edad Media, cuando, mediante diferentes movimientos acaecidos en la época de la Ilustración, se luchó por privilegiar la razón en diferentes campos, entre ellos, la lucha por una nueva organización política de los Estados.

En aquel momento, se cuestionaron duramente el poder del monarca y el papel de la Iglesia, todo con el fin de dar paso a una organización política y administrativa regida por formas jurídicas establecidas mediante un contrato social. A la Escuela Clásica del derecho y a los filósofos de su época, se les debe muchos de los derechos, principios y garantías que hasta el día de hoy tienen plena vigencia en el modelo de Estado de derecho y, consecuentemente, en su modelo de derecho penal.

Desde esta perspectiva, el Estado de derecho, a diferencia de los de corte autoritario, funda sus bases y legitimación en la Constitución y la ley, de tal manera que es la norma que determinará cuándo y cómo se ejercerá la función pública, determinando, además, reglas claras para limitar los derechos y garantías de las personas en una determinada sociedad.

Lo anterior significa que, en el Estado de derecho, se fundan sus bases en la ley, ergo, se privilegia el principio de legalidad.

Además, se tienen como punto de partida y de llegada la dignidad humana y los derechos fundamentales en cualquier decisión estatal.

Es decir, en el contexto de un Estado de derecho, existen mecanismos legales que protegen al ser humano de manera igualitaria, solo por el hecho de ser persona (dignidad humana). Es una organización política que privilegia la libertad (derecho penal liberal), así como los demás derechos fundamentales; empero, cuando es necesario limitar estos últimos, el Estado debe hacerlo de manera que justifique legalmente la necesidad y, siempre, respetando el principio de legalidad.

Por eso, debe estarse de acuerdo con Rojas López, cuando refiere que:

“[...] El Estado de Derecho es mirado por algunos en una doble dimensión: en un primer término para referirse a todos los ordenamientos con independencia de que sean autoritarios o totalitarios, en los que el poder tiene una fuente y una forma legal; o en otro sentido, para eludir a lo que corresponde evidentemente a un Estado de Derecho, que es el que se caracteriza, por la existencia de un principio de legalidad por la separación de funciones entre los distintos órganos del poder público, los controles recíprocos (que ningún órgano escape a control), por las garantías y primacía de los derechos fundamentales, por la independencia judicial y por la posibilidad de participación popular en la adopción de las decisiones que afectaran al colectivo (representación popular) [...]”. (2011, p. 93).

La supeditación de la actuación estatal al principio de legalidad y de dignidad humana se extiende, especialmente, a la protección de la persona ciudadana contra *ius puniendi* estatal, ya que sirve como un muro de contención para que el todo soberano no incurra en arbitrariedades a la hora de crear diferentes delitos y penas (y medidas de seguridad), y, en general, limitaciones a derechos fundamentales. Este muro de contención se funda también en el principio de división de poderes del Estado, donde cada poder, dentro del engranaje y organización estatal, tiene sus funciones determinadas.

I.2. Dignidad humana

El concepto de dignidad humana ha tenido una evolución histórica importante, ya que, a diferencia de lo que actualmente se entiende como dignidad, en el pasado, tal y como lo refiere Valls, no todos los seres humanos tenían dignidad. Antiguamente, agrega este autor, el concepto de dignidad venía a sustantivar un adjetivo previo (digno), es decir, era un predicado accidental, sobrevenido, cuya cualidad era asignada solo a algunas personas respecto a las demás. Bajo esta concepción, la persona digna o dotada de dignidad era excelente (*aristós*) o virtuosa y, por ello, merecía respeto. Era un atributo designado por nacimiento o posición económica privilegiada (2015, p. 285).

Desde la perspectiva citada, el término dignidad parte de una premisa general: no todas las personas son iguales, *ergo*, las jerarquiza y subordinada unas de otras, asociadas, definitivamente a lo virtuoso. Para cambiar aquella visión aristocrática de dignidad, fue necesaria la “intervención divina” (metafóricamente hablando), pues

fue mediante la visión cristiana que igualó ya a todas las personas en la dignidad de hijos e hijas de Dios, manteniendo la dependencia respecto de su ley.

Modernamente, tal concepción entendió que la dignidad común emanaba de la libertad moral como único derecho innato de todos. Es por eso por lo que ahora el término dignidad vale como enteramente sustantivo y no adjetivo. Esta dignidad o excelencia se convierte así en algo sustancial (Valls, 2015, p. 285).

Efectivamente, desde la perspectiva jurídica, se entiende en la actualidad como principio de dignidad humana un atributo intrínseco de todos los seres humanos por igual, sin distinción por raza, religión, sexo, color y otros tipos de aspectos. Desde esta perspectiva, la dignidad nunca se pierde.

El principio jurídico de dignidad humana se menciona, por primera vez, en la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), instrumentos internacionales que surgen como resultado de la II Guerra Mundial y sus lamentables consecuencias.

Posteriormente, otros instrumentos supranacionales han venido ratificando directa o indirectamente el principio de cita; entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) reafirman la existencia de la dignidad humana como base de los derechos fundamentales, cuando disponen, por ejemplo, que el reconocimiento de los derechos humanos proviene del principio de dignidad de la persona.

La concepción jurídico/moderna del principio de dignidad humana predica que, solo por el hecho de ser persona, se tiene una serie de derechos y, desde esta perspectiva, se prohíbe el trato discriminatorio. Es decir, se observa al ser humano conforme al imperativo kantiano, como un fin en sí mismo, al no podersele tratar como un mero objeto o instrumento (Kant citado por Llobet, 2007, p. 46).

No esta demás decir que el principio de dignidad humana ha sido recogido directa o indirectamente por diferentes constituciones en el mundo, las cuales le han dado la categoría de un principio constitucional, *verbigracia*: la costarricense que, en el artículo 33, determina que “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”; la española que, en su numeral 10.1, afirma que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherente son fundamento del orden político y de la paz social [...]*”; la alemana que otorga a la dignidad humana un lugar primordial en su engranaje jurídico, cuando sostiene en el numeral 1.1 que “*la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado*”.

Evidentemente, la regulación normativa tanto nacional como internacional del principio de dignidad humana ha provocado como efecto dominó que los altos tribunales penales y constitucionales internos y regionales del hemisferio occidental hayan desarrollado un grueso abordaje jurisprudencial al respecto.

La dignidad humana es, sin lugar a dudas, un concepto poroso y sumamente abstracto. Prueba de ello es que difícilmente pueda encontrarse en el conjunto de normativa nacional o internacional mencionada un concepto de dignidad de la persona humana.

Por ello, lleva razón Aguilar cuando afirma que:

[...] la dignidad humana [...] puede ser base de los valores, de los principios y de las reglas de conducta; norte, valor o medida con vista al cual o a partir del cual puede determinarse el grado concreto de satisfacción de determinados derechos fundamentales; desiderátum, si se parte de la idea del desarrollo de la personalidad humana; principio de un ordenamiento jurídico, como el onusiano; y, asimismo, categoría o ente ideal absoluto e impermeable [léase intangible] que obliga y sujeta en su señalada dimensión ética o moral y en sus alcances precisos (¿?) al orden y a los poderes que tienen encomendada su realización material.

(Consultado el 17/02/2022 en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19063a.pdf>).

Finalmente, se podría aceptar que, si bien se dificulta construir un concepto general que responda al principio de dignidad humana; no obstante, sí se podría estar de acuerdo en que es un concepto que sugiere que todas las actuaciones de un estado, colectividad, ente público o privado o de un individuo deben estar necesariamente sujetas al respeto absoluto de los derechos humanos y fundamentales del ser humano. De lo contrario, estamos ante actuaciones estatales ilegítimas e ilegales.

I.3. Principio de legalidad

El principio de legalidad en Costa Rica se regula, entre otros, en los numerales 1,

11, 28, 39, 121 y 154 de la Constitución Política; artículos 1 y 12 del Código Penal; y 1 y 2 del Código Procesal Penal. A nivel internacional, se encuentra presente en varios instrumentos internacionales, como, por ejemplo: la Convención Americana de Derechos Humanos: numerales 8 y 9; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9.1 y 15, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su numeral 11.

Con frecuencia el citado principio es conocido bajo el aforismo jurídico: *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege* y, entre sus elementos, se destacan la *lex scripta*, la *lex stricta*, la *lex praevia* y la *lex certa*.

Con base en ello, Hassemer subraya que los supuestos referidos son en realidad estrictas instrucciones para el legislador y la persona que realiza la función jurisdiccional. Al respecto agrega que:

“El legislador debe de formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: lex certa); el legislador y el juez penal no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: lex praevia); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar las penas (prohibición de derecho consuetudinario: lex scripta) y no puede aplicar el derecho penal de forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: lex stricta). (2002, p. 21).

Agrega el citado autor que el conjunto de todos estos elementos es lo que se conoce como el principio de legalidad, el cual, en

realidad, debe ser la misión y objetivo del sistema de justicia penal (2022, p. 21).

El respeto de todos los elementos que componen el principio de cita es sinónimo de seguridad jurídica y garantía de no arbitrariedad en contra de la persona ciudadana, debido a que facilita que esta conozca las parcelas de prohibición y las de libertad de antemano, así como el eventual procedimiento a seguir en caso de violentar normas penales y/o administrativas sancionatorias. Implica también seguridad para las personas que cumplen funciones jurisdiccionales, acusadoras y, por supuesto, defensivas, ya que, de previo, conocen las reglas a seguir tanto sustantivas como procesales.

Por lo anotado anteriormente, debe darse razón a Chinchilla, cuando afirma que el principio de legalidad, en materia penal, puede constituirse en un límite externo y un mecanismo legitimador del *ius puniendi* estatal (2010, p. 23).

El principio de legalidad también cumple una función técnica que exige al legislador construir tipos penales concretos, claros y expresos, preferiblemente sin uso excesivo de elementos normativos y bienes jurídicos claramente determinados, *ergo*, no se deben describir conductas abstractas, confusas, porosas e indeterminadas, ya que ello repercute negativamente en el entendimiento de una persona media.

Sobre este aspecto, apunta Hassemer:

Si el legislador –por el motivo que sea– no logra expresarse con la suficiente precisión como para que el marco semántico de los conceptos que emplea sea claro, coloca al Poder Judicial, y también

al Ejecutivo, en el lugar que, conforme a la división de poderes, le está reservado a él. La división de poderes deja de funcionar, porque se confunde la separación de las respectivas funciones legítimas. Uno de los poderes ocupa el campo del otro, o lo que es peor: no se sabe con exactitud dónde están los límites [...]. (2003, p. 16).

En definitiva, a través del principio en análisis, se controla el poder punitivo estatal, ya que se definen los límites de su aplicación con el objetivo de evitar arbitrariedades y excesos de parte de quienes ostentan, ejercen y controlan ese poder, de tal manera que se convierte en un correctivo de abusos a favor de las personas administradas.

Alguna parte de la doctrina considera que, del principio de legalidad penal, se derivan algunos subprincipios, entre ellos: prohibición de costumbres (salvo excepciones culturales que condicionen un hecho criminal); prohibición de analogías (especialmente *in malam partem*); principio de tipicidad criminal; principio de *non bis in idem* y de cosa juzgada; principio de culpabilidad; principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio de la persona; principio de reserva de ley; y principio de prohibición de penas degradantes y perpetuas (Sánchez y Rojas, 2009, pp. 104-107). En efecto, se comparte este criterio, debido a que el citado principio incide transversalmente en cada uno de ellos.

Este principio, bien entendido, debería servir también como límite (punto de partida y de llegada) de la política criminal de un Estado de derecho, en el tanto, sus postulados deberían dar contenido a las políticas públicas preventivas y represivas (la represión debe

ser la última opción, cuando causen mayor dañosidad social) que se construyan como parte de un proyecto político criminal, las cuales, además, deben estar basadas en los derechos humanos.

Desde un enfoque procesal, el principio de legalidad en sentido amplio se traduce como la obligación de todos los órganos de la Administración pública (derecho público) que incluyen, especialmente la Administración de Justicia, procurar o contribuir con la vigencia de la ley y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en un Estado de derecho (Gatgens, 2011, p. 389).

Por su parte, el principio de legalidad no ha sido ajeno para la Sala Constitucional costarricense. Por el contrario, en diferentes ocasiones, se ha pronunciado a su importancia en el desarrollo y contenido del debido proceso. Una de las resoluciones más significativas es la 1739-1992 donde determinó que:

[...] En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado [...].

Además, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión Americana de Derechos Humanos ha abordado en diferentes ocasiones el principio de legalidad. Así, por ejemplo, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs., Perú indicó:

[...] el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía [...]. (párr. 113).

Resumiendo, se podría señalar que el principio de legalidad es uno de los más significativos aportes de la Ilustración, específicamente de la Escuela Clásica, el cual podría definirse así: *“No hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto en la ley, y la ejecución de la pena debe también ajustarse a lo previsto en la ley y sus reglamentos”*. (Sánchez y Rojas, 2009, p. 100).

I.4. Derechos fundamentales

En la doctrina penal y constitucional clásica, se suele entender como derechos fundamentales aquellas garantías que son inherentes a todas las personas y que están plasmadas (positivizadas) en el ordenamiento jurídico de un país.

Se indica con algún consenso que los derechos fundamentales derivan directamente de los derechos humanos. Sin embargo, son dos conceptos diferentes, ya que los derechos humanos son universales, mientras que los derechos fundamentales solo aplican dentro del territorio al cual pertenecen las leyes que los contemplan.

Desde la visión más actual de Ferrajoli, los derechos fundamentales son:

[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotado de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto, por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas. (2009, p. 19).

De la noción del autor italiano, se derivan cuatro clases de derechos fundamentales: los derechos humanos (concernientes a todos los seres humanos, por ejemplo: derecho a la vida, a la libertad personal, garantías penales y procesales); los derechos públicos (reconocido solo a las personas ciudadanas como: el derecho de residencia, los de reunión y asociación); los derechos civiles (derechos secundarios adscritos a toda persona humana con capacidad de obrar, tales como potestad negocial, derecho de accionar en juicio); y los derechos políticos (derechos secundarios

reservados a las personas ciudadanas con capacidad de actuar, verbigracia: derecho a votar).

Por su parte, el tribunal constitucional costarricense entiende como derechos fundamentales la principal garantía con que cuenta la ciudadanía en un Estado de derecho de que los sistemas jurídicos y políticos, en conjunto, se orienten hacia el respeto y la promoción de la persona humana, hacia el desarrollo humano y hacia la constante ampliación de las libertades públicas. De esta manera, los derechos fundamentales tienen un cometido legitimador de las formas constitucionales, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre los que se edifica una sociedad democrática.

Este mismo tribunal admite que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto, permiten injerencias estatales, siempre y cuando, se respete el núcleo duro del derecho (contenido esencial), el cual debe tener necesariamente una base legal y el principio de proporcionalidad (S. Const., res., 2883-96).

En sentido semejante, se ha referido la doctrina del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ha afirmado que todo acto limitativo de derechos fundamentales debe estar previsto en una norma con rango de ley (principio de legalidad). Debe además motivarse y existir una necesidad de limitación del derecho fundamental. Adicionalmente, debe haber una adecuación o congruencia entre la medida aplicada y la procuración del derecho constitucional, de tal manera que siempre debe buscarse la alternativa menos gravosa (Gimeno, 2018, p. 53).

Desde esta perspectiva, la Constitución se convierte en un referente no solo del

legislador procesal penal, sino también de toda actuación de las personas encargadas de la persecución penal y de las personas que, de una u otra manera, se ven vinculadas a un proceso penal. Esto requiere un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos.

Finalmente, debe indicarse que hay cierto acuerdo en la doctrina, respecto a que, del principio de dignidad humana, emanan los diversos derechos fundamentales.

I.5. Reflexiones sobre modelos de derecho penal

I.5.1. Dos grandes modelos

Ferrajoli refiere las existencias de estos dos modelos de derecho penal: derecho penal mínimo (racionalismo jurídico) y derecho penal máximo (irracionalismo jurídico). Cada uno de ellos se va a definir según sea el grado de garantías existente en los sistemas de derecho y de responsabilidad penal. (Ferrajoli, 2000, p.103)

Parece sencillo determinar que el sistema de derecho penal mínimo se asocia con el modelo de derecho penal que debería derivarse de un Estado de derecho (derecho penal garantista, liberal o clásico). Por el contrario, al segundo que identifica como modelo de derecho penal máximo suele asociarse, por las razones que se dirán, a los Estados absolutos o totalitarios. Esta última tendencia del derecho penal suele encuadrarse por gran parte de la doctrina en los modelos de derecho penal moderno, entre ellos, el derecho penal del enemigo (Aponte, 2009).

En este sentido, debe coincidir con Ferrajoli cuando refiere que, entre los modelos de derecho penal citados, pueden existir puntos intermedios que se asocien a unos u otros, por lo que es adecuado hablar de tendencias del derecho penal mínimo o máximo, dependiendo del mayor o menor grado de garantía que contengan (2000, p. 104).

Cuando el derecho penal mínimo es condicionado y limitado al máximo, corresponde no solo al máximo grado de tutela de libertades de la ciudadanía frente al arbitrio punitivo estatal, sino también a un ideal de racionalismo y certeza, existiendo así, un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. La certeza perseguida por este modelo está en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que algún culpable pueda resultar absuelto (Ferrajoli, 2000, p. 104). Desde esta visión del derecho penal, el fin no puede justificar los medios, es decir, no se puede castigar a cualquier coste. Esta determinación viene garantizada por el principio *in dubio pro reo* y la dignidad humana, principios epistemológicos esenciales del derecho penal liberal.

Por las razones indicadas, es necesario coincidir con lo dicho por Sotomayor Acosta cuando afirma que:

[...] derecho penal cuya legitimidad depende no de la mera consecución de determinados fines sino de la consecución de dichos fines de conformidad con ciertas reglas, cuya observancia depende de la admisibilidad del recurso de la herramienta penal [...] la perspectiva queda más clara si se explica que lo de “liberal” sólo pretende caracterizar un Derecho

penal centralizado en el ser humano y por lo tanto entendido como garantía de su libertad. Por ello, a lo mejor sea más exacto hablar de un modelo garantista de Derecho penal, para evitar los equívocos. (2003, p. 273).

Con lo dicho hasta aquí, se podría afirmar que el derecho penal que debe prevalecer, a modo de condición, *sine qua non*, en el contexto de un Estado de derecho, es, por regla lógica sistemática, el de corte garantista/liberal. Sostener lo contrario deslegitimaría interna y externamente este modelo de Estado; pero, además, supondría una evidente asistematicidad e incongruencia entre el modelo de Estado de derecho y el del derecho penal. Al respecto, Rojas López afirma que:

[...] la razón misma de ser del Estado está relacionada con la garantía los de derechos; nótese cómo desde las propias doctrinas contractualistas, su justificación está dada por la garantía de algunos de ellos, por ejemplo, la seguridad (Hobbes), la propiedad privada y la libertad (Locke), derechos sociales (Rousseau) y, en general, para amparar alguna categoría de derechos. Desde una perspectiva liberal, el Estado de derecho garantiza la no intervención del Estado en la afectación de los derechos de libertad [...]. (2011, pp. 93-94).

1.5.2. ¿Nuevos modelos de derecho penal moderno?

La doctrina no es pacífica en considerar que existan nuevos “modelos” del derecho

penal, incluso, no hay acuerdo absoluto en catalogarlos de “modernos”, debido a que, para algunas personas autoras, estas “nuevas” corrientes son la vieja ideología del derecho penal autoritario, pero con diferentes nombres.

Gran parte de la doctrina prefiere denominarlas nuevas tendencias de derecho penal que se distinguen del derecho penal liberal por su fascinación en relajar, coartar y limitar derechos, principios y garantías de la ciudadanía.

Sobre este tema, Sánchez García de Paz señala que el derecho penal del enemigo es una de las manifestaciones del derecho penal moderno junto con el derecho penal del riesgo y el derecho penal simbólico. Afirma que el derecho penal moderno se caracterizó primero en la doctrina alemana y después en la española mediante la etiqueta del derecho penal “del riesgo” (*Risikostrafrecht*), derecho penal “simbólico” (*Symbolischesstrafrecht*) y del derecho penal “del enemigo” (*Feindstrafrecht*). Todos a su juicio expresan realidades diferentes, pero en la ley penal coinciden rasgos propios de más de uno de ellos (2006, p. 850).

Ciertamente, tal y como lo sostiene la autora Sánchez García de Paz, estas nuevas tendencias del derecho penal no necesariamente son idénticas, pero, en efecto, todas generalmente tienen un punto de confluencias, entre ellos, son tendenciosamente antigarantistas y, con mucha frecuencia, son enemigas del minimalismo penal, pues su preferencia se aboca a recetar derecho penal para todo, cuya aplicación preferente se inclina hacia las mínimas (o ninguna) garantía para la persona imputada. Sobre ello, se refiere Schleyer cuando señala que:

“La expansión del Derecho Penal es una realidad en todas las sociedades de nuestra órbita cultural. Ese fenómeno manifiesta la respuesta del Estado a las crecientes demandas de seguridad ciudadana frente a la percepción de un incremento de la criminalidad clásica, así como frente a la aparición de nuevos riesgos inherentes a la modernidad. Esta expansión conlleva una tensión con las garantías propias del Derecho Penal post-ilustración. La Ciencia del Derecho Penal ha adoptado diversas posturas, según cuál sea el aspecto de la expansión de que se trate. A grandes rasgos se puede mencionar al menos cuatro tendencias frente al fenómeno de la expansión: i) el minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt; ii) El “Derecho Penal eficiente”; iii) Posturas eclécticas; y, iv) la posición “resignación limitada” de Jesús María Silva Sánchez [...]. (2005, pp. 41-42).

Se pueden asociar las posturas señaladas por Feller Schleyer con el siguiente contenido ideológico y sistemas de derecho penales:

- i) El minimalismo representado por la Escuela de Frankfurt se asocia con el modelo del derecho penal mínimo, liberal, garantista.
- ii) El derecho penal máximo generalmente se asocia con posturas de derecho penal del enemigo, derecho penal eficiente, derecho penal expansivo, derecho penal de riesgo y derecho penal de emergencia, entre otros.

- iii) Las posturas eclécticas aceptan, por un lado, la expansión del derecho penal y, por otro lado, lo desestiman. Rechazan el debilitamiento de garantías para hacer frente a cualquier tipo de delincuencia.
- iv) La posición “resignación limitada” de Silva Sánchez se relaciona con el modelo de derecho penal de diferentes velocidades, el cual predica una especie de relativización de las garantías penales según la naturaleza del delito.

Lo cierto del caso es que estas tendencias del derecho penal, de corte antigarantista y más asociado al autoritarismo, en no pocas ocasiones observan los derechos humanos, los derechos fundamentales y alguna garantías y principios, como obstáculos innecesarios en la construcción y puesta en marcha de las políticas represivas del Estado que tienen como fin hacerle frente a la delincuencia, especialmente, a la que tiene ver con la lucha contra el terrorismo y, en general, el crimen organizado. Sobre esto, da razón Zaffaroni, al señalar que:

La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad. Este nuevo avance del derecho penal antiliberal no se presenta como derecho penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerra, sino que invoca la eficacia preventiva, como una cuestión casi pragmática. (2005, p.154).

Aquellos señalamientos de Zaffaroni en las realidades jurídicas penales occidentales encuentran plena vigencia, basta con mencionar la construcción típica de delitos relacionados con terrorismo, narcotráfico y, en general, con crimen organizado para

palpar estos escenarios. También aplica dicha crítica en la realidad procesal penal de la mayoría de los contextos geográficos citados, cuando bajo el abanderado de la seguridad ciudadana o de Estado, relajan garantías básicas de juzgamientos, limitan derechos fundamentales y extienden la prisión preventiva al “infinito”. Sobre esto, por su relevancia en el presente texto, se volverá posteriormente.

De acuerdo con lo afirmado en el párrafo precedente, Lascano, citando a Ragués, ilustra:

“En la actualidad el derecho penal sustantivo está en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penal o ampliando los ya existentes, segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantean la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del derecho penal distinta de los Estados. Asimismo, en el ámbito del proceso penal se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución penal. (2006, p. 215).

De igual manera, debe coincidir con Sotomayor Acosta cuando sostiene que, en los últimos años, han existido cambios en la estrategia de control social y la política criminal que se han empezado a reflejar en las ciencias penales contemporáneas y que han implicado el nacimiento de discursos paralelos a los sostenidos en el tradicional

modelo de derecho penal liberal, clásico o garantista. Agrega que, entre estos discursos antiliberales, se encuentran el derecho penal del enemigo y el derecho penal moderno (derecho penal del riesgo).

Señala este mismo autor que, mientras el primero está relacionado con una justificación de la pena como instrumento de incapacitación o inocuización social que, en definitiva, equivale al redescubrimiento del derecho penal de autor por parte del derecho actual, con la diferencia de que esta doctrina se elabora a partir de una divergencia con el derecho penal del ciudadano. El derecho penal moderno, por su parte, sustenta sus fundamentos en la necesidad que genera la modernización acorde con las demandas derivadas de la sociedad del riesgo. (2003, pp. 283-286).

En sentido semejante, Lazcano indica que el eje en que giran la modernización y expansión del derecho penal es en la relación seguridad-garantías, nuevas corrientes que se encuentran vinculadas a los fenómenos políticos-criminales del derecho penal “*simbólico*” y del “*neopunitivismo*,” que se ha instalado en los últimos quince años en el viejo continente, especialmente en Alemania y España, teniendo repercusión en la región iberoamericana.

Para Lezcano, este fenómeno no es novedoso y ha traído consigo una tendencia de “*inflación normativa*” de la legislación penal, la cual, a su juicio, se viene manifestando en países como Alemania desde los años setenta y, en España, entre finales de los ochenta y comienzo de los noventa. Este discurso de “*emergencia*,” según este autor, se dirige a ampliar la órbita del derecho penal y, no pocas veces, pone en evidencia cierta improvisación del legislador que demuestra

en ello una herramienta seductora, en cuanto a los bajos costos que tiene aunado a su aparente eficacia. (2006, pp. 201-232).

Sin lugar a dudas, merece una especial mención en esta somera revisión de las nuevas tendencias del derecho penal moderno, lo que conocemos como derecho penal del enemigo que fue mencionado, por primera vez, en mayo de 1985 en Frankfurt por el alemán Günter Jakobs. Y merece especial referencia porque su contenido ideológico ha sido criticado de forma muy amplia, principalmente, por la doctrina de corte liberal, por promulgar abiertas consignas antiliberales.

Sobre esta propuesta, Grosso García, citando a Silva Sánchez y Cancio Meliá, afirma que:

[...] desde una perspectiva político-criminal, se llega a la conclusión de que el Derecho penal del enemigo es el fruto de un proceso de orientación política de las sociedades occidentales, que pretenden afrontar los desafíos de la sociedad del riesgo, con medidas de contención de carácter punitivo, en los cuales, ante la imposibilidad de una contención efectiva de los nuevos fenómenos de la criminalidad, con los instrumentos del “viejo y buen Derecho penal liberal” se tiene que recurrir a nuevas formas de control más agresivas, que implican un necesario recorte de garantías, acompañado del incremento de la violencia, es decir, a un aumento tanto de las prohibiciones como de las penas. (2006, p. 36).

Respecto a este mismo extremo, Lorenz Schulz indica que Jakobs defiende los

siguientes rasgos en el derecho penal del enemigo:

1. Amplia anticipación de la punibilidad.
2. La ausencia de reducción de la pena en proporción a la anticipación.
3. Paso a la legislación de lucha.
4. La supresión de garantías procesales, siendo que los individuos que se encuentran en estas condiciones ya no son ciudadanos, sino enemigos (2006, p. 948).

En semejante sentido, Aponte Cardona pregonar tres manifestaciones principales del derecho penal del enemigo: la dramatización de la violencia, la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos y, por último, la militarización de la función de policía (2009, p. 423).

Finalmente, sobre este tema, es necesario recordar las enseñanzas de Ferrajoli, cuando nos explica que la mayoría de los “nuevos modelos” de derecho penal, entre ellos, el del enemigo, pueden ubicar en los sistemas de derecho penal máximo o antigarantistas, pues, sin duda alguna, son sistemas tendientes por su contenido ideológico a minimizar o extinguir las garantías penales y derechos fundamentales del ciudadano, debido a que suelen ser incondicionados e ilimitados, se caracterizan por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de lo prohibido, de las formas de juzgamiento así como de las penas. Es decir, son sistemas de poder no controlables racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Aquí, el substancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la

máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima e incertidumbre irracional (2000, pp. 104-106).

1.5.3. ¿Cuál modelo de derecho penal debe existir en el contexto de un Estado de derecho?

Sin lugar a dudas, el modelo que debe seguir permeando los ordenamientos jurídico-penales en un Estado de derecho es el “añejo” y acertado derecho penal liberal/garantista, no solo porque es el acorde, coherente y sistemático con los postulados de aquel modelo de Estado, sino porque es el único que puede afrontar, humanamente (dignidad humana) y de forma justa, con algún éxito, los embates, retos y riesgos que traen consigo los avances industriales, económicos y tecnológicos de la modernidad.

El derecho penal clásico es el que históricamente ha demostrado que puede poner límites insoslayables a un desmesurado poder punitivo Estado, aún en los contextos modernos (sociedad del riesgo), donde los detentadores del *ius puniendi* (y ahora, algunos poderes subyacentes y/o paralelos como lo son las grandes corporaciones) se ven tentados a debilitar constantemente las libertades, los derechos y garantías ciudadanas.

Tanto el Estado de derecho como el derecho penal liberal tienen como base epistemológica del primer orden, al ser humano y su dignidad, lo cual es otra justificación del porqué debe prevalecer este modelo penal en una sociedad. Es inconciliable que tendencias penales que pregonan desigualdad y diferencias entre seres humanos que, a partir de una incidencia criminal, los puedan llegar a categorizar como enemigos o no personas que no tienen cabida en un Estado de derecho.

En este sentido, con absoluta razón reseña Urquiza Olaechea citando a Wolter:

[...] el Estado no puede reprimir hechos punibles, formular normas de derecho jurídico penales, otorgar causas de justificación o provocar un comportamiento jurídicos – penalmente relevante, a costa de una infracción de la dignidad humana.” Y, esto es así, porque “[...] El estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino quien debe crear las condiciones de la realización [...], los derechos fundamentales son derecho que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo [...], el ejercicio del derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tienen que ser justificada [...]. (2006, p. 144).

En esta línea de análisis, es imposible no coincidir con los autores Feller Schleyer y Zaffaroni cuando afirma el primero que: “*la flexibilización*”, “*relajación*” o, prescindencia de las garantías del “*viejo y buen derecho penal liberal*” son inaceptables en cualquier ámbito, más bien, si se tratan de garantías intangibles que deberían ser algunas de ellas, elevadas a rango constitucional” (2005, pp. 41-51), mientras que el segundo señala que “[...] *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 [...]. (2005, p. 159).*

En la misma línea anterior, Scheerer, Bohm y Víquez se manifiestan al indicar que, dentro de un Estado de derecho, no puede pretenderse de ninguna manera que el derecho penal del ciudadano contenga elementos del derecho penal del enemigo. Afirman que la verdadera necesidad está en eliminar las reglas o vestigios que existen del derecho penal del enemigo que se encuentra dentro de algunos sistemas penales sustantivos y procesales. La distinción entre los seres humanos o, peor aún, entre personas y no personas no protege ningún bien jurídico (2006, pp. 917-925), cuestión que es finalmente lo que da alguna racionalidad y legitimidad al derecho penal.

II. Concepto y fundamento jurídico del terrorismo en España y Costa Rica

II.1 ¿Existe un concepto jurídico/universal de terrorismo?

Lo primero que es importante recalcar es que, en el derecho internacional, no existe una definición de terrorismo. La mayoría de los instrumentos internacionales en esta materia se decantan por describir supuestos que podrían configurar una acción terrorista así como algunos elementos objetivos y subjetivos, de modo, normativos y otros que podrían configurar el tipo penal, dejando a los Estados partes la posibilidad de tipificar y sancionar algunas de esas conductas como terrorismo conforme a la legislación interna.

La citada técnica que utilizan los instrumentos internacionales para referirse al terrorismo se visualiza por ejemplo en el *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*, artículo 4 (adoptada por la Organización de las Naciones (ONU), mediante resolución A/RES/52/164 del 15 de diciembre de 1997); el

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999), artículos 2, 4 y 6, entre otros, y el *Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear* (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de abril de 2005) numerales 2 y 5. La misma historia se repite en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, como, por ejemplo: la resolución 49/60 de 1994 y la resolución 59/46 de 1996.

La ausencia normativa conceptual de terrorismo también está presente en los pronunciamientos del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, como muestra se tienen la Decisión Marco sobre la Lucha contra el Terrorismo (2002/475/JAI) y la Decisión que la modifica (2008/919/JAI), incluyendo su reformada por la Directiva (UE) (2017/541), la cual, entre otros aspectos, determina en su artículo 3:

Delitos de terrorismo: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2.

De la Directiva citada en el párrafo anterior, parece derivarse la siguiente definición de terrorismo: es un delito de carácter pluriofensivo que requiere para su configuración un acto de violencia de tal

intensidad que, por su naturaleza o contexto, pueda lesionar gravemente a un país o a una organización internacional.

Sobre este tema referente al concepto de terrorismo, Kai Ambos afirma que, en la doctrina dominante, no se reconoce una definición universalmente aceptada de terrorismo. Sin embargo, menciona que existen esfuerzos de diferentes Estados, organismos y tribunales internacionales y nacionales que han tratado de plasmar algunos elementos que deberían ser tomados en consideración para su definición.

Menciona, por ejemplo, el caso del ex primer ministro libanés Rafik Hariri conocido por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano, la cual se apartó del criterio de la doctrina dominante y determinó con fundamento en el derecho consuetudinario internacional que existen algunas reglas o supuestos que deben tomarse en cuenta para el concepto de terrorismo: “[...]a. la comisión o amenaza de un acto criminal; b. la intención de infundir miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla, y c. un elemento transnacional como parte del acto [...]”. (2015, p. 32).

Si bien, ha quedado claro que no existe a la fecha un acuerdo sobre un concepto jurídico/universal del delito de terrorismo; no obstante, para efectos de contar con una aproximación conceptual de dicho término, se echará mano a una mención que se realizó en la Declaración de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, específicamente, en la declaración solemne I.2, donde este Organismo parece que ensaya un concepto de terrorismo, cuando afirma que:

El conjunto de actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas que son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos.

En este escenario donde se echa de menos tal concepto, a partir de las directrices, resoluciones y recomendaciones emanadas por organizaciones internacionales como la ONU, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, países europeos como el español han ensayado dentro de sus legislaciones conceptos y tipificaciones penales de terrorismo, los cuales constantemente han sufrido reformas, pues claramente obedecen al vaivén de aquellas directrices, tal y como se verá de seguido.

II.2. Terrorismo en la legislación penal española y costarricense

II.2.1 Terrorismo en la legislación penal española

Luego de varias modificaciones realizadas a la Ley Orgánica de 10/1995 del 23 de noviembre, del Código Penal (L/O), a raíz principalmente de la necesidad de empatar la legislación nacional con las directrices emanadas por organizaciones internacionales, entre ellas, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, actualmente el delito de terrorismo se tipifica de la siguiente manera en el artículo 573.1 de dicho cuerpo normativo:

“Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.

De seguido, se presentan algunas observaciones sobre la anterior tipificación del delito de terrorismo:

- 1.- Se regula un delito de peligro abstracto.
- 2.- Su construcción típica roza con el principio de lesividad penal (el cual tiene rango constitucional en diferentes países del orbe, entre ellos, en España y Costa Rica), debido a que se limita a indicar que, ante la realización de cualquiera de las conductas graves que se describen en el tipo, cuando se realicen con una de las finalidades descritas en la ley de cita, se presume la lesión a la seguridad o, lo que es lo mismo, el sentimiento de seguridad de la ciudadanía, sin que se describa en el contenido típico en qué consiste el requisito de gravedad respecto a los delitos comunes.
- 3.- Se trata de un tipo penal complejo, construido con una técnica legislativa bastante deficiente, debido a que apunta y recoge varios verbos típicos y diferentes acciones delictivas que provocan que su tipicidad sea de difícil comprensión para una persona ciudadana media.
- 4.- Existen roces con el principio de fragmentariedad y el principio de necesaria protección de un bien jurídico, al incorporar los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 *quater* como terrorismo.

- 5.- Parece que se falla desde el punto de vista de una política criminal estratégica, al involucrar casi cualquier hecho delictivo convencional (aunque no atente directa y gravemente contra bienes jurídicos de alta valía como la vida o la integridad física), como terrorismo, recayendo en una especie de falacia del todo, lo cual provoca el peligro de “*ocultar las diferencias reales que se dan entre los fenómenos*”. (Salas, 2005, p. 41). Es decir, todo es terrorismo.

Lo anterior podría conllevar a que, a mediano plazo, esto tenga incidencia en el imaginario colectivo, pues, finalmente, el terrorismo no será visto en su justa dimensión, es decir: como una delincuencia de contenido particularmente grave y especialmente compleja, sino que esta condición significativa que se le debe dotar a este tipo de delitos se ve diluida a partir de la técnica legislativa descrita, de manera tal que corre el riesgo de que sea visualizada como algo etéreo, cotidiano y/o convencional. De esta forma, surge una especie de relativización de la gravedad de la violencia.

Se podría decir, sin embargo, a pesar de las observaciones anteriores que el tipo penal base de terrorismo regulado en el artículo 573.1 de la L/O es el menos problemático con todo y las observaciones realizadas supra, pues, este mismo cuerpo normativo regula otros tipos penales que se consideran también terrorismo, los cuales son todavía más problemáticos por alejarse de principios clásicos de un derecho penal liberal y, en general, de un Estado de derecho, como lo son el principio de legalidad, tipicidad (bien jurídico), lesividad, fragmentariedad, proporcionalidad y dignidad humana. Entre estos tipos penales, se pueden mencionar los

regulados en los artículos 574 al 579 de la L/O, los cuales, por su importancia, serán analizados en líneas *infra* de este texto.

II.2.2. Terrorismo en la legislación penal costarricense

Contrario a la legislación penal española, en Costa Rica, no existe en la legislación penal un concepto jurídico de terrorismo.

El Código Penal costarricense (Ley N.º 4573 y sus reformas) (en adelante C.P.), como las leyes especiales que existen al efecto, se limitan a describir únicamente algunos supuestos (acciones) concretas que pueden encuadrar en actos de terrorismo. Además, en estos cuerpos normativos, se les da la categoría de delito internacional, lo cual implica que, independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y la nacionalidad del autor, se penará conforme a la ley costarricense (art. 7 del C.P.).

Entre los actos que son considerados como terroristas en Costa Rica, están los siguientes:

- > Ley 8204 del 2009 denominada *Ley de reforma integral sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*, se regula el delito de financiamiento al terrorismo en el artículo 61 bis.
- > En el Código Penal costarricense, se dispone en los artículos 253, 281 y 381 del C.P. que se consideran actos de terrorismo los siguientes:
 - a) 1.- Homicidio de una persona internacionalmente protegida por los

instrumentos internacionales, artículo, 112, inc., del C.P.

2.- Secuestro extorsivo de un funcionario público, diplomático o cualquier otra persona internacionalmente protegida por los instrumentos internacionales y que, para liberarla, exijan condiciones políticas o sociales; también, cuando se realice para exigir a los poderes públicos nacionales o internacionales una medida o concesión (arts., 215 inc., 7) y 8 del C.P.).

3.- Delito de atentado con material químico o radiactivo (art. 253 bis del C.P.).

4.- Delito de fabricación o tenencia de material explosivo (art. 257 del C.P.).

5.- Delito de peligro de naufragio y de desastre aéreo (art. 258 del C.P.).

6.- Delito de piratería y actos ilícitos contra la seguridad de la nación (art. 265 del C.P.).

7.- Delito de apoderamiento ilegítimo o destrucción de aeronave (art. 267 del C.P.).

8.- Delito de asociación ilícita (art. 281 del C.P.).

9.- Delito de apoyo y servicios para el terrorismo (art. 281 bis del C.P.).

10.- Delito de atentados contra locales internacionalmente protegidos (art. 291 bis del C.P.).

- b) Los atentados contra la vida o la integridad corporal de funcionarios públicos o de diplomáticos o cónsules acreditados en Costa Rica o de paso por el territorio nacional.
- c) Los atentados contra naves, aeronaves en tierra, instalaciones de un puerto marítimo o fluvial o de un aeropuerto, vehículos de transporte colectivo, edificios públicos o de acceso al público,

cometidos mediante la utilización de armas de fuego o explosivos, o mediante la provocación de incendio o explosión.

Además, en el artículo 381, el C.P. regula el delito de carácter internacional que, en resumen, se castiga el hecho de dirigir una organización de carácter internacional que, entre otros aspectos, se dedique al terrorismo.

Como es fácilmente notable, la técnica legislativa deficiente para regular el delitos de terrorismo no es más que el espejo de una política criminal que comparte el mismo calificativo, pero, además, es una política criminal que se evidencia como desordenada, poco planificada y nada reflexiva, pues muchas de las regulaciones citadas están lejos de contener en su tipificación elementos objetivos y subjetivos recomendados por los organismos e instrumentos internacionales, como los mencionados líneas *supra*. Este tema, por su importancia, se retomará más adelante.

III. 3 Algunos apuntes críticos en torno a las políticas criminales represivas y regulación criminal del terrorismo en España y Costa Rica

A continuación, se señalarán algunas decisiones político-criminales y regulaciones penales en el contexto del ordenamiento penal de España y Costa Rica que podrían ser problemáticas a la hora de analizar desde la óptica ideológica de un Estado de derecho y un proceso penal de corte liberal, más concretamente, desde el principio de dignidad humana y el principio de legalidad.

Lo primero que debe apuntarse es que la búsqueda de la seguridad ciudadana por

parte del Estado hace surgir, innegablemente, escenarios abiertamente dicotómicos que son verdaderamente complejos y problemáticos, debido a que la pócima de la solución a la inseguridad lleva intrínseca e irremediablemente una alta dosis de limitaciones de derechos fundamentales de la ciudadanía. De esta manera, surge una gran paradoja estatal que, por un lado, exige dar respuesta a la inseguridad social surgida de las más diversas delincuencias y, por otro lado, requiere proteger la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

La solución al escenario apuntado no es simple, sin embargo, lo que sí es claro es que un Estado de derecho no debe bajo ningún tipo de justificación limitar derechos fundamentales a la libre, sino que esta limitación debe supeditarse y responder, como se indicó líneas arriba, a ciertos parámetros de legalidad y proporcionalidad —*independientemente del tipo de delincuencia que se trate*—. De lo contrario, la gestión estatal es abiertamente arbitraria, ilegal e ilegítima, pues aquí el fin no justifica los medios (Ferrajoli, 2018).

Lo anterior implica que, con fundamento en la necesidad de seguridad ciudadana y de Estado, provocado por interminables e insospechables riesgos (aparentes algunos) de una sociedad del riesgo propia de nuestra modernidad (apogeo industrial y tecnológico), han suscitado en gran parte del mundo, especialmente el occidental, la necesidad de actuar bajo una permanente emergencia (justificadamente o no).

De tal escenario no se ha escapado la realidad jurídica penal tanto costarricense como la española, cuya labor de creación política criminal represiva y legislativa penal ha puesto entredicho los principales postulados epistemológicos de un derecho penal

garantista/liberal (Ferrajoli, 2018), cuando han legislado en materia de terrorismo y, en general, se podría decir, respecto a la delincuencia organizada.

Aquello es así, ya que en aquella búsqueda constante de seguridad (justificada o no), principios como el de dignidad humana y el de legalidad (así como algunos derivados de este último, como lo es el principio de tipicidad criminal, principio de culpabilidad, principio de reserva de ley, lesividad, fragmentariedad, principio de prohibición de penas degradantes y perpetuas), proporcionalidad y el de superioridad ética del Estado se han visto significativamente diluidos y limitados. En este contexto, también está cobijado el derecho procesal penal, principalmente, lo atinente al núcleo duro de las garantías procesales básicas de juzgamiento.

Lo anterior ha traído como efecto dominó una consecuencia lógica que radica en una permanente limitación de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades de la ciudadanía. Es decir, en la actualidad, parece ser que estamos ante una lógica inversa a los buenos postulados de buen derecho penal liberal, donde la libertad del ser humano era la regla.

Ahora, antes de privilegiar las parcelas de libertad de la ciudadanía, la regla es acentuar limitaciones a ella. Antes, se abogaba como principio esencial centralizar la fuerza de la ley privilegiando la igualdad y dignidad a la persona humana. Hoy se privilegian otros intereses difusos y bienes jurídicos cuestionables por abstractos e inexistentes.

El anterior escenario nos acerca más a un derecho penal máximo (en todas las vertientes y apariencias arriba señaladas) con la lamentable y lógica consecuencia que

esto implica, cada vez más nos acercamos al autoritarismo.

Lo anterior es así, debido a que, cuando se analiza la legislación penal en temas de terrorismo y en general de crimen organizado reseñados en los acápite anteriores, tanto en Costa Rica como en España, se visualizan algunos factores y características propias que predicen los modelos penales antiliberales, entre ellos:

- A.- Un adelantamiento desmesurado de las barreras de intervención penal del acto a la fase previa a su exteriorización. Desde esta perspectiva, poco o nada interesa la ofensa al bien jurídico.
- B.- El principio de fragmentariedad que da vida al principio del derecho penal como última *ratio* fue olvidado, al igual que los postulados de la criminología crítica que sugiere utilizar el derecho penal solo en los casos que causan mayor dañosidad social (Baratta, 2004), debido a que se penalizan el adoctrinamiento y adiestramiento para el terrorismo, sea este realizado por terceras personas o por el mismo sujeto activo. Así, por ejemplo, lo dispone el artículo del 575 de la *L/O*, el cual fue producto de la aplicación de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo.
- C.- Se legisla basados en una moderna visión “lombrosiana”, bajo criterios peligrosistas, es decir, bajo aquellos viejos postulados positivos, gobernados por un derecho penal de autor y no de acto (Ferrajoli, 2018). Esto queda palpable en los fundamentos visibles en los considerados de la Directiva citada supra, donde se propone castigar

penalmente a quien pretende viajar a zonas de conflicto o, incluso, a quienes ingresen a sitios *web* u otros para estudiar ideologías asociadas al terrorismo o a quienes realicen actos o manifestaciones por cualquier medio que enaltezcan actos o agrupaciones terroristas, sugerencias que, sin mayores resistencias, fueron aplicadas a sus anchas en el ordenamiento penal español en los artículos 575 – 579 de la L/O.

- D.- Se construyen con frecuencia legislaciones de excepciones y emergencia, propias de escenarios de guerra, pues claro, aquellas parten de la premisa de un derecho penal del enemigo, por lo que, tratándose de este tipo de delincuencia, no estamos ante otro ser humano, a lo sumo, un enemigo, en términos de la guerra o una “no persona” y, con base en ello, el derecho penal debe actuar sin misericordia.
- E.- En estas regulaciones, se perdió la línea de lo privado y lo punible. Es decir, se pone entre dicho aquel núcleo duro de la teoría del delito, donde una acción solo es importante para el derecho penal, cuando cause una afectación en el mundo exterior, empero, en estas legislaciones de corte peligrista contra el terrorismo, se reprimen hasta los pensamientos.
- F.- Los tipos penales contrarrestados para el terrorismo se han creado de manera sumamente descuidada; en algunos de ellos, se utilizan términos vagos, porosos y ambiguos que, lejos de dar seguridad jurídica, más bien le provocan inseguridad jurídica a la

ciudadanía, al transgredir groseramente el principio de legalidad y tipicidad penal. Incluso, muchos de ellos se construyen con base en tipos culposos, donde hay que realizar un gran esfuerzo para identificar los elementos subjetivo y objetivo del tipo.

Esta manera de legislar es contraria incluso a la más acentuada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) y pronunciamiento de la Comisión Americana de Derechos Humanos, donde han puntualizado la importancia de que los Estados respeten el principio de legalidad y tipicidad.

Así, por ejemplo, al referirse a la diferencia entre el tipo penal de terrorismo y el de traición a la patria o terrorismo agravado establecidos en la legislación peruana (Carmona, 2020, pp. 44-45), la Comisión sostuvo en el caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú que: “[...] se trata de tipos penales abiertos “que usan términos muy difusos”, en contra de lo que preceptúan los sistemas penales modernos, esto es, términos rígidos que no permitan mayor interpretación. Tal situación viola el principio básico de derecho penal de tipicidad o determinación legal precisa del tipo penal [...]” (párr. 113).

En el mismo caso, este organismo expresó que:

[...] el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal,

3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía [...] (párr. 113).

Por su parte, en esta misma sentencia, la C.I.D.H. determinó:

[...] la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad [...]. (párr. 121).

En el caso *García Astos y Ramírez Rojas vs. Perú*, también la C.I.D.H. agregó respecto al principio de legalidad que: *“[...] corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico [...]”.* (párr. 190).

G.- El principio de proporcionalidad tanto en la aplicación del proceso penal, como de la pena es invisibilizado en muchos de los tipos penales relacionados con el terrorismo.

Por un lado, se penaliza todo, a pesar de que, en algunos supuestos de hecho, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (cuando este existe) es ínfima o inexistente y, por otro lado, las penas son desproporcionales, ya que, con frecuencia, rebasan el principio de culpabilidad.

Lo anterior implica que los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y prohibición de excesos, sean invisibilizados a la hora de legislar.

H. Además, como se advirtió *supra*, el ámbito procesal penal también se ve afectado cuando se legisla en materia de terrorismo. Las garantías básicas de juzgamiento así como los derechos fundamentales de las personas imputadas se ven notablemente disminuidas por una razón muy sencilla, la naturaleza de la delincuencia motiva al legislador que vea estas garantías como un obstáculo para el castigo, *ergo*, deben relativizarse, pues el enemigo no merece ninguna compasión.

Un ejemplo de lo anterior se observa en la relajación de los requisitos para realizar investigaciones y obtención de prueba (aquí las excepciones a la regla de exclusión, sino existen, se crean, pues un terrorista no puede quedar impune por semejantes formalidades), intervenciones en las comunicaciones, allanamientos, requisas, normas de interrogatorio, entre otras.

Las disposiciones que tienen que ver con la limitación de derechos fundamentales de primer orden, como la posibilidad de ampliar plazos de incomunicación policial y/o jurisdiccional, así como las extensiones al *infinito* de la prisión preventiva son la regla y no la excepción.

Sobre este extremo, conviene recordar lo dicho por Rusconi, cuando refiere que:

Un sistema de enjuiciamiento como organización de límites constitucionales, como instancia de legitimación de la pena estatal, implica reconocer en ese proceso un programa de mínima intervención. Este criterio de mínima intervención campea o debiera hacerlo por todo el ancho margen del sistema de enjuiciamiento: mínima intervención implica reducción del uso de la prisión preventiva, respeto al in dubio pro reo en etapas intermedias, reducción de todo efecto estigmatizante, y toda reducción de los niveles de violencia institucional que despliega el sistema de enjuiciamiento a menudo. (2005, p. 440).

CONCLUSIONES

Parece del todo acertado iniciar el cierre de este texto con las palabras de Rusconi, debido a que refleja y resume, en mucho, lo que en esta obra se quiso reflexionar:

[...] cualquier argumentación que parte de la idea básica de garantía constitucional y que pretenda llegar a la conclusión de una limitación

al determinado ejercicio de las libertades individuales. Ello debe de ser tachado de la más energética ilegitimidad. Debe ser entendido de una vez y para siempre que el sistema de garantías no debe comprometerse de ningún modo con la necesidad de eficiencia en la persecución criminal. El problema de la eficiencia es, para un buen garantista harina de otro costal. Ni siquiera está claro que la manifestación eficiente del poder del Estado deba ser entendido como un verdadero problema jurídico [...]. (2005, p. 441).

Y es que, efectivamente, la forma de construir política criminal represiva y legislación criminal para hacer frente al flagelo del terrorismo en el occidente, especialmente en España y Costa Rica, bajo la lógica de que el fin justifica los medios, es decir, a cualquier coste, fundamentada en la protección ciudadana y la seguridad del Estado, lejos de solucionar el problema lo agudiza, ya que pone entre dicho los pilares fundamentales de un Estado de derecho y refuerza aquella crítica de que el derecho penal por sí mismo es irracional, a tal punto que se corre el riesgo de que se deslegitima su uso.

Lo más grave es que, al poner entredicho el Estado de derecho y al mismo derecho penal, esta forma de legislar agrava irónicamente, lo que justifica de alguna manera, en última instancia, la aplicación penal en la lucha contra el terrorismo: la protección de los derechos humanos, debido a que surge una especie de autosabotaje, donde el mismo sistema político/jurídico infringe graves estocadas a la base fundamental que le da la razón de ser: *el ser humano*.

El punto de llegada y de partida en la lucha contra el terrorismo debe ser los derechos humanos, los derechos fundamentales y los sagrados valores y principios que consagran las bases del Estado de derecho. De lo contrario, la lucha contra este flagelo se torna ilegítima y, lo que es peor, el Estado, con sus acciones, transgrede el principio que nunca debe sobrepasar, el de superioridad ética en relación con las personas administradas, debido a que se posesiona en el lugar del terrorista y, una vez ahí, se pierde de vista quién es el delincuente, de tal forma que luego, la otra parte (el terrorista original) se sentirá en el mismo plano ético que el propio Estado y, desde ahí, la diferencia entre quien tiene o no la razón será discutible.

No se puede, ni debe olvidarse que el *ius puniendi*, la teoría del delito, la ley procesal y sustantiva penal, los derechos humanos y fundamentales, así como todo el conjunto de principios, derechos y garantías que componen el ordenamiento jurídico, entre otros institutos, entendidos metodológicamente, no son otra cosa que mecanismos que sirven de pesos y contrapesos para disminuir y/o evitar arbitrariedades en varias direcciones del Estado frente a la ciudadanía y de la ciudadanía contra el individuo y viceversa.

Esto sugiere que, bajo ninguna circunstancia, ni siquiera a la organización política del Estado, conviene debilitar sus bases, pues aquello daría pie a escenarios a la asistematicidad e incongruencia, y estos, a su vez, crean el terreno fértil para la anarquía y el autoritarismo.

Desde esta perspectiva, en un Estado de derecho, no debe tener cabida ninguno de los nuevos modelos de derecho penal de corte antiliberal que pregonan más seguridad a cambio de socavar y disminuir derechos y garantías fundamentales.

La historia reciente de la humanidad da la razón (recuérdense las barbaries del nacionalsocialismo: HOLOCAUSTO), no hay un mejor camino para hacerle frente a cualquier tipo de violencia que la aplicación racional del derecho penal de corte liberal. Esto quiere decir que la construcción de política criminal represiva para hacer frente al terrorismo debe tener como barrera insoslayable e infranqueable el principio de dignidad humana y de legalidad, *ergo*, se necesita de forma urgente retomar las sendas del viejo derecho penal liberal.

Por último, finalizo con una cita contenida en una obra magnífica que hasta su título es muy sugerente, *El perdedor radical* de Hans Magnus Enzensberger que, en definitiva, describe las consecuencias no declaradas de esta lucha contra el terrorismo:

Pero ésta es la menor de las pérdidas de civilización que el terror trae consigo. Puede generar un clima de ansiedad generalizada y desencadenar reacciones de pánico. Incrementa el poder y la influencia de la policía política, de los servicios secretos, de la industria de armamento y de las empresas de seguridad privada; propicia la puesta en marcha de leyes cada vez más represivas; intoxica el clima político y lleva a la pérdida de derechos de libertad conquistados a lo largo de la historia. No se necesitan teorías de conspiración para entender que haya personas que ven con buenos ojos esas secuelas del terrorismo. Nada mejor que un enemigo exterior cuya existencia puedan invocar los aparatos de vigilancia y de represión. La más peligrosa de las consecuencias del terror es la infección del adversario. También la democracia norteamericana se ha dejado contagiar, según se ha demostrado, por sus enemigos islamistas, tomando del repertorio de éstos herramientas tales como el encarcelamiento arbitrario, el secuestro y la tortura. (2006, p. 36).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Ambos, K.; Malarino, E.; Steiner, C. (2015). *Derecho penal y terrorismo*. Bogotá-Colombia.

Aponte Cardona, Alejandro. (2009). *Guerra y derecho penal del enemigo*. Bogotá, Colombia: Edit. Ibañez.

Baratta A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Carmona Pérez, A. (2020). *Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en delitos de violencia contra las mujeres*. Heredia, Costa Rica: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas.

Cecilia Sánchez, R., y Rojas Chacón J. (2009). *Derecho penal. Aspectos teóricos y prácticos*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Chinchilla Calderón, R. (2010). *Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para interpretación de la teoría del delito en C. R?* San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Feller Schleyer, C. (2005). *El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales*.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta, S. A.

Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

Gatgens Gómez, E., y otros. (Obra colectiva). (2011). *Derecho procesal penal costarricense*. Tomo I. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Gimeno Sendra, V. (2018). *Manual de derecho*. España: Editorial. Castillo de Luna. 2^{da}. edición.

Grosso García, S. (2006). *¿Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo”?* Una aproximación crítica al concepto. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. Madrid-España: Editorial Edisofer S. L., vol. 2.

Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina.

Lascano, C. (2006). La “demonización” del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. Madrid-España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Llobet Rodríguez, J. (2007). *Derechos humanos y justicia penal*. Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica, Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas.

Magnus Enzensberger, H., (2006). *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*. Barcelona, España. Editorial Anagrama.

Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires, Argentina. II Ed., Edi., B y F.

Rojas López, J. (2011). El neogarantismo: una propuesta en el contexto del Estado social de derecho. Garantismo y crisis de la justicia. Medellín, Colombia.

Rusconi, M. (2005). ¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal? Estudios sobre justicia penal. Homenaje a Julio B. J. MALLER. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto. I Ed.

Sánchez García de la Paz, I. (2006). Alternativas al proceso penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. Madrid, España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Scheerer, Sebastián y otros. (2006). *Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* Madrid, España: Editorial Edisofer S. L., vol. 2.

Schulz L. (2006). *Fricciones de una ficción. El derecho penal de Jakobs para enemigos. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* Madrid, España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Sotomayor Acosta, O. (2003). *¿Derecho penal garantista en retirada? El estado actual de las ciencias penales.* Málaga, España.

Urquiza Olaechea J. (2006). *Derecho penal del enemigo. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* Madrid, España: Editorial Edisofer, S. L., vol. 2.

Zaffaroni, E. (2005). *En torno de la cuestión penal.* Buenos Aires, Argentina: Editorial D d F.

Revistas

Aguiar Aranguren, Asdrúbal. La dignidad humana: ¿Una noción de contenido variable para el derecho? Artículo consultado el 17/02/2022 en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19063a.pdf>

Salas, M. (2005). La falacia del todo: claves para la crítica del holismo métodosológico en las ciencias sociales y jurídicas. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N.º 10, 2006/2007, ISSN 1575-7382, pp. 33-52.

Valls, Ramón. (2015). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*. Universidad de Barcelona, España.

RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTRAS

Sala Constitucional

Res., 1739-1992.

Res., 2883-1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999.

Caso García Astos y Ramírez Rojas vs. Perú, 2005.

Parlamento europeo

Decisión marco 2008/919/JAI.

Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo, 2002/475/JAI.

Directiva (UE) (2017/541).

Asamblea General de la ONU

Res., de la 49/60 de 1994.

Res., de la 59/46 de 1996.

Leyes y convenios

Carta de las Naciones Unidas, 1945.

Código Penal y sus reformas, Ley 7594.

Código Procesal Penal, Ley 8837.

Constitución Política de Alemania.

Constitución Política de España.

Constitución Política de Costa Rica.

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999.

Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005.

Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997.

Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Ley 8204, reforma integral de la *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.*

Ley Orgánica de España de 10/1995 del Código Penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.