

**Presentación**  
**Número 11 de la**  
**Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la**  
**Universidad de Costa Rica**

En los programas de la carrera de Derecho, todas las universidades deberían dedicar algunas lecciones al estudio de un libro excepcional, escrito por el profesor alemán Bernd Rüthers. Publicado originariamente en idioma alemán, ya existe versión en español bajo el título *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*<sup>1</sup>. De ese texto, quiero destacar la que considero es su mayor utilidad en el presente. Su detallado estudio acerca de lo acontecido en el derecho y entre los juristas de la Alemania nazi, también sirve para analizar cuánto de aquello está sucediendo en la actualidad en el mundo y, en particular, en Costa Rica.

Nadie puede negar el actual contexto de eclosión de “nuevos fascismos” en el mundo. Sumados a quienes protagonizan y ocasionan las recurrentes crisis del capitalismo, en que se rechaza cualquier intento real para la *redistribución* de la riqueza como criterio de justicia social; ahora emergen, fortalecidos, nuevos (y algunos viejos) actores que claman por eliminar el *reconocimiento* de amplios sectores de la población como titulares de derechos fundamentales.

A las perennes crisis que impiden la *redistribución* justa de la riqueza, ahora se adiciona un retorno al ideario de los fascismos del siglo pasado en que se sostiene, tanto desde posiciones seculares, como también desde algunos fundamentalismos religiosos, que algunos sectores y grupos sociales no alcanzan el grado de seres humanos plenos, y no gozan de los mismos derechos fundamentales de quienes si ostentan ese status.

Estos fenómenos, por su notoriedad en la vida cotidiana, son fácilmente apreciables, y han sido incluso descritos, de manera lúcidamente premonitoria, desde las obras de la literatura. Así por ejemplo, en la novela *The Handmaid's Tale*<sup>2</sup>, la escritora Margaret Atwood visualiza una sociedad (¿futura?) en que la democracia liberal ha sido sustituida por una dictadura teocrática, la Constitución y la ley ya no existen, y el congreso ha sido abolido. En ese contexto, se alza una “nueva república”, la república de Gilead, que incluso se ha tomado la Universidad de Harvard, en Cambridge, Massachusetts (institución clave en la formación de juristas liberales) para extender las raíces del puritanismo teológico

---

<sup>1</sup> Para la versión alemana: *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, C.H. Beck Verlag, 1988. En español: *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

<sup>2</sup> Existe versión en idioma español: *El cuento de la criada*, Atwood Margaret. Barcelona, Ediciones Salamandra, 2017



del siglo XVII (sí, ese mismo que sustentó los juicios y quemas de “brujas” en Salem) como nueva fuente y sustento del ejercicio del Poder estatal.

En este punto es que se puede realizar un interesante empalme entre la literatura “fantástica” de Atwood (y de otra gran cantidad de autoras y autores), con lo escrito, por ejemplo, por grandes juristas liberales. Justamente, uno de las mayores virtudes de aquel texto de Rüthers –según considero- es mostrar los cambios fundamentales que se fueron suscitando en la Teoría del Estado nacionalsocialista (ruptura del principio de división de poderes) y, consecuentemente, en la metodología para la creación e interpretación de las normas jurídicas.

Lo que se quiere subrayar con esto es que, en las intervenciones de los nuevos líderes políticos de derecha, y de algunos políticos de los movimientos religiosos fundamentalistas, constantemente emergen rasgos comunes con los actores del totalitarismo fascista de la primera mitad del siglo pasado. Uno de ellos, es el rechazo o desprecio hacia una noción básica del Estado Liberal de Derecho, como lo es el principio de división de poderes. Diputadas y diputados que constante y abiertamente le indican al ejecutivo la decisiones a tomar, al Ministerio Público cómo investigar, o a los jueces y juezas la manera en que deben resolver; presidentes y jefes de gobierno que buscan legislar, o emitir sentencias, y que pretenden imponer su voluntad por encima incluso de lo resuelto por Tribunales Constitucionales. Ciertamente, esta tensión ha existido siempre en las democracias liberales, como la costarricense, pero las manifestaciones de ruptura en el juego de pesos y contrapesos de los poderes republicanos, se hacen ahora tan marcadas, como solamente lo fueron en los peores capítulos del nacionalsocialismo alemán.

Junto a esto, en el hinchado e hiperbólico lenguaje de algunos quizás debamos leer algo más. Hacia 1935, Karl Larenz, jurista de cámara de los nazis, afirmaba: *“La sangre tiene que volverse espíritu y el espíritu sangre [...] Porque el espíritu puede desfallecer, la sangre tiene que sostener al espíritu. Pero el espíritu solo se impondrá allí donde se renueva con la sangre.”*<sup>3</sup> Con esto, aunque no se visualice de entrada, se justificaban en el fondo, nuevas fuentes y nuevas funciones para el derecho.

En el “nuevo derecho” que emergió en el nazismo, las funciones de protección y garantía de las personas, se hacían depender de la “sangre alemana” y la “común pertenencia a la raza”. Sus fuentes, además, ya no eran esencialmente la Constitución y la Ley, sino el liderazgo providencial del Führer, la comunidad racial del pueblo, el programa del partido nacionalsocialista, la ideología nacional socialista y el sano sentimiento popular, como fuente de derecho<sup>4</sup>; conceptos todos, fácilmente sustituibles por otros de cuño teológico

<sup>3</sup> Larenz, Karl; según cita de Rüthers, Bernd. Op.cit., p. 61

<sup>4</sup> Rüthers, Bernd. Op.Cit, pp. 59-60

fundamentalista, que atentan directamente contra principios básicos del Estado de Derecho.

Hay razones para temer la pérdida del Estado Democrático de Derecho en el amplio significado que le conocemos, tanto por efecto de quienes se niegan a la redistribución de la riqueza, como también ahora por influjo de quienes rechazan todo reconocimiento de las minorías, y confluyen en un desprecio común -ya sea hipócrita en aquellos, ya sea cínico en estos- por las instituciones democráticas. Frente a eso, la esperanza: en todas partes surgen nuevos análisis para enfrentar aquellos discursos totalitarios, desde experiencias y ámbitos de reflexión concretos.

En esta edición, del número 11 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias penales, se ofrecen precisamente 7 aportes jurídicos en los que se materializa, de una u otra manera, aquella frase pronunciada el 12 de octubre de 1936 por Miguel de Unamuno, en el paraninfo de la Universidad de Salamanca, sitiado por las fuerzas facistas: [quizás] “venceréis, pero no convenceréis, porque convencer significa persuadir. Y para persuadir necesitáis algo que os falta en esta lucha, razón y derecho”. Se trata entonces, de estudios técnico-jurídicos específicos, cuyo rasgo común -vale destacarlo-, es que parten de una premisa común: son posibles en el contexto político y jurídico de un Estado Liberal de Derecho, en el que se asigna preponderancia a la Constitución, a la Ley y a ciertos principios fundamentales del Derecho de la Constitución, con el objeto de limitar la actividad del Estado, y asegurar el mayor ámbito de autonomía, libertad y dignidad posible para las personas.

En el primer artículo de este número 11 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, la jefa del Departamento de Legislación, Procesos Constitucionales y Justicia Internacional en la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, y egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica; en un interesante estudio dogmático penal, somete a análisis crítico, desde el principio constitucional de lesividad, la tipificación en la ley penal de aquel país, de los actos preparatorios relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, su promoción y fomento, y la facilitación de medios para ello. Luego de realizar un estudio detallado de diversos tipos penal, la autora concluye sobre su compatibilidad o incompatibilidad con el axioma en mención, para lo cual propone, de *lege ferenda*, algunas derogaciones y modificaciones, con el fin de adecuarlos al Derecho de la Constitución.

El joven y destacado defensor público, Gabriel Rojas Barrientos, en un aporte extremadamente importante, presenta los criterios desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos acerca de la responsabilidad del Estado en supuestos de aplicación de la prisión preventiva a una persona, y posterior sobreseimiento o absolutoria en su favor. La relevancia de dicho estudio radica en que muestra claramente que la regulación normativa imperante

en Costa Rica se opone a los criterios imperantes en los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos y, con ello, vulnera el principio de presunción de inocencia. Como lo explica el autor, esto es así en el tanto que se distingue entre la declaratoria de inocencia por certeza y aquella emitida por duda, al momento de determinar el derecho a recibir una indemnización luego de sufrir una medida cautelar que no culmina en una sentencia penal condenatoria. De todo esto, se concluye que, mediante el adecuado control de convencionalidad, Costa Rica debe ajustar su derecho interno a las regulaciones internacionales sobre esta materia.

En el tercer estudio que compone esta entrega de la revista, dos egresadas de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, Karen Zamora y Kimberly Porras -la primera, abogada en la Contraloría General de la República, y la segunda defensora pública en el Poder Judicial de este país-; disertan sobre los delitos bursátiles, en un destacado estudio de derecho comparado entre las legislaciones española y costarricense. En esta línea, se analizan los delitos bursátiles incorporados al Código Penal costarricense mediante la Ley Reguladora del Mercado de Valores, con el fin de determinar si con ello, se lesionan los principios de legalidad, lesividad, intervención mínima y de seguridad jurídica. Para ello, se realiza primero un estudio de las generalidades sobre los mercados de valores y la Bolsa Nacional de Valores de Costa Rica, en relación con la doctrina sobre delincuencia económica. De seguido, se analizan a fondo los tipos penales costarricenses, en comparación con la legislación española, con el objeto de caracterizarlos como delitos de peligro concreto. Finalmente, tomando aquel ejemplo de legislación comparada, se sugieren algunas modificaciones de *lege ferenda*, con el fin de que los tipos penales aludidos puedan ser tenidos como delitos de resultado, lo cual se entiende sería una mejora en la legislación costarricense, ya que con ello se alcanzaría una mayor congruencia con principios constitucionales.

El cuarto artículo del número 11 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, corresponde a la segunda parte del extenso artículo presentado inicialmente en la anterior entrega de esta publicación periódica. El profesor de la Universidad de Cádiz, Manuel Rodríguez Monserrat, y el abogado Juan Jesús Iglesias Castro, con su artículo titulado *Guerra de Audiencias: del sofismo al yihadismo. Enfoque Criminológico a la Política Criminal en Materia de comunicación*, aportan una perspectiva multidisciplinaria (histórica, geopolítica, sociológica, filosófica, jurídico-penal y criminológica) para explicar los factores que inciden en el ascenso del terrorismo islámico y sus características esenciales. Se expone así la manera en que el DÁESH ha logrado hacerse con un territorio y establecer un Estado fáctico, con el cual impone su ley en parte de Siria, Libia e Irak. Aparte de ello, se esclarece la manera en que dicho grupo logra una influencia global: Internet lleva el mensaje de la Yihad a potenciales adeptos en todo el mundo sean musulmanes o no. Un mensaje que promete esperanza, honor y una vida mejor en un mundo convulso y una sociedad occidental hastiada de sí misma y propensa al sensacionalismo y el paroxismo

propios de la ausencia de equilibrios.

La estudiante de Filosofía y de Derecho, Claudia Rodríguez Sequeira, es la autora del quinto aporte de este número de la revista, titulado *La religión del aborto terapéutico en Costa Rica*. En este, reflexiona sobre los factores (religiosos, económicos, político partidistas) que inciden en la ineficacia material (falta de aplicación) de la norma jurídica del aborto terapéutico en Costa Rica, regulado en el artículo 121 del Código Penal, formalmente vigente en este país desde el año 1971. Al rescatar aquellos factores extrajurídicos que han incidido en la desaplicación de la norma, la autora enfatiza que estos (de índole religioso, por ejemplo) se han impuesto sobre otros de mayor relevancia, de naturaleza técnico-jurídica y de bioética.

En el artículo seis de esta nueva entrega de la revista, Gustavo González Solano, profesor catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ofrece su propuesta de metodología jurídica para la aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres. El autor parte de que dicha ley costarricense, tiene varios errores que provocan incongruencias e injusticias, en relación con otras normas del sistema jurídico costarricense. Como respuesta a lo anterior, desarrolla los criterios del método ENUCIP para la redacción de leyes. De este modo, en un contexto legislativo cada vez más distópico y lleno de ocurrencias, el profesor González apuesta por una herramienta conceptual racional, para la promulgación de nuevas normas jurídicas con rango de ley, así como para la evaluación de las ya existentes.

En el séptimo estudio que compone la revista, el abogado hondureño Rafael Salgado Mejía, analiza el tipo penal de la desaparición forzada de personas, con el fin de precisar si puede ser tenido o no como un crimen de lesa humanidad. Como cierre, luego de confrontar el tipo penal estudiado con instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se proponen algunas modificaciones legales con el objetivo de que la desaparición forzada de personas encuadre de mejor manera como conducta de crimen de lesa humanidad.

Para finalizar el número 11 de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, en la sección *para la memoria histórica*, se publica el pronunciamiento del doce de junio de 2019, emitido por los y las docentes de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. En el mismo se destaca la necesidad –insatisfecha por décadas– de formalizar un instrumento jurídico, una Ley de Ejecución de la Pena, que resguarde las garantías mínimas de la población adulta privada de libertad. Mediante el análisis sistemático de todo el Aparato Legal, tomando en consideración los Tratados Internacionales, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y el Derecho de la Constitución, e incluso con base la resolución específica en que dicha Sala ordenó promulgar aquella ley, se concluye que la Asamblea Legislativa de Costa Rica se encuentra en deuda con la población privada de libertad adulta. Por ello, se instó a las jefaturas

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 11. Año 11. ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. 2019.

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

de fracción de todos los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa en la presente legislatura a que, en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, respectivamente, presenten a corriente legislativa y retomen el texto, debidamente revisado técnicamente por este Plan de Estudios y se use como base de discusión; así como también, que se le dispense de trámite y se negocien vías de tramitación expeditas para cumplir una obligación internacional y una deuda histórica de décadas hacia la población privada de libertad.

**Prof. Dr. Gustavo Chan Mora**  
**Director de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la**  
**Universidad de Costa Rica**

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

