
El problema de la Reincidencia: un vestigio etiológico del delito

*Miguel Zamora-Acevedo**

Resumen: A partir del análisis de la reincidencia en la jurisprudencia costarricense, se examina sus fundamentos y su visión ideológica, con lo que se demuestra que es un vestigio etiológico del delito en clara vulneración de un derecho penal de acto.

Palabras claves: POPULISMO PUNITIVO - PROCESO PENAL – REINCIDENCIA - DERECHO PENAL - DELITO.

Abstract: After analyzing the recidivism present in the Costa Rican jurisprudence, its foundations and its ideological approach are studied. As a result, it can be stated that it is an etiological vestige of the crime through a Criminal-Law-of-Act infringement.

Keywords: PUNITIVE POPULISM - JUDICIAL PROCESS – RECIDIVISM - CRIMINAL LAW - CRIME

Recibido el 5 de noviembre del 2012

Aprobado el 13 de abril del 2013

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica en la Cátedra de Sistema de Investigación y Razonamiento Jurídico, profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Centro América.

Introducción

El derecho penal ha llegado a ser uno de los temas de más actualidad en la sociedad costarricense, básicamente por la problemática de la seguridad ciudadana¹, misma que desde hace muchos años se incluye en las encuestas como uno de los puntos de mayor preocupación de la población.²

Dentro de este margen tan amplio de elementos, surge uno de vital importancia, el cual es el aspecto de la reincidencia. Este se analiza en el campo jurídico y en la institución que genera la política criminal como lo es la Asamblea Legislativa como uno punto más de agravante en la imposición de la pena.³ Sin embargo, a pesar de la importancia del objeto de estudio, no hay consenso sobre qué representa el concepto, su medición y cuál es su peso en el proceso penal y su incidencia como indicador en la de la política criminal costarricense, entendida como el discurso sobre las estrategias y procedimientos por medio de los cuales el Estado organiza su respuesta ante la problemática criminal.

Un punto sobresaliente para respaldar la afirmación precedente está en los pocos estudios sobre la temática por lo que no existe un estudio del fenómeno y su importancia en las políticas públicas, más allá de las arengas de los aires electorales⁴ y el bombardeo constante de los medios de comunicación.

De lo anterior se deducen algunas limitaciones teóricas que se deben acotar. La primera se refiere a un nivel polisémico⁵, el cual es tan amplio que se podría nombrar una serie de

- 1 Desde el año 94 se analiza la posibilidad de abordar la seguridad ciudadana desde una perspectiva coherente con los postulados del Desarrollo Humano, misma que se vuelve a retomar en el 2005. PNUD. *Informe Nacional sobre Desarrollo Humano. Venciendo el temor. (In) seguridad Ciudadana y Desarrollo Humano En Costa Rica.* 2005. pág.12 y ss.
- 2 Según la *Encuesta de Hogares de Costa Rica 2010*, el 20% de los hogares experimentó algún tipo de victimización. Ello, debe agregarse, es menor a la encuesta anterior del 2008, en la cual era de 28%. En: www.pnud.or.cr. Consultado 7 de setiembre de 2012.
- 3 Proyecto de ley número 17584. Ley de medidas penales tendientes a fortalecer el sistema penal costarricense, el cual busca aumentar la pena hasta un tercio al reincidente. En: www.asamblea.go.cr.
- 4 Albrecht, Peter Alexis. "El Derecho penal en la intervención de la política populista". En: *La Insostenible situación del Derecho Penal*. Editorial Comares, Granada, 2000, pág 478.
- 5 Para un análisis de la indeterminación del lenguaje en el Derecho, ver: Haba Muller, Pedro. *El Espejismo de la Interpretación Literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*. Tomo I. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, 2003. Pág. 195.

conceptos asociados a este que van desde la reiteración hasta el reencarcelamiento; sin que hasta el momento se haya fijado alguno de ellos como indicador claro en el sistema de justicia penal para su incidencia empírica.

La segunda limitación está en las inexistentes variables de los elementos sociales que confluyen en el fenómeno delictivo y en la reincidencia, si se considera la reincidencia más bien como un factor individual. Incluso, no sería necesario identificar la correlación existente entre la estancia en prisión del autor del delito con su conducta posterior para ello solo sería para la *reincidencia verdadera*; esto en aras de realizar los análisis de la reincidencia ya que para el instituto no distingue si se ejecutó la pena o se dio ejecución condicional de la pena.

I Conceptualización del problema

El fenómeno delictivo y la inseguridad ciudadana se ha vuelto un verdadero *bum* noticioso después de que mucho antes la iniciativa se centrada en el control espacio urbano de la actividad delictiva, lo que se llama la teoría situacional del delito. Este crecimiento noticioso va de la mano con el progresivo aumento de las formas y medios de acceso a la información, que ponen al instante cualquier incidencia de carácter penal en fracción de segundos, incluso en el mismo celular de cada sujeto y de forma gratuita.

Dentro de este proceso comunicativo, la reincidencia es una de las nociones más utilizadas por el sistema social para referirse a la problemática de la seguridad ciudadana, aunque se sepa poco sobre sus reales dimensiones y su incidencia.

En una primera acepción, se puede decir que la reincidencia remite a una repetición de una acción delictiva de un sujeto, no obstante, solo será reincidencia en el momento en que el sistema penal tenga plena certeza de que dicha acción penalizada por la norma penal se ha realizado dos veces, y como segunda acepción, respecto al procedimiento judicial para la imposición de esa segunda sanción.

De esta manera, para configurar la reincidencia, debe haber dos momentos (acciones) comprobadas y separadas entre sí por un tiempo determinado y al haber recibido las persuasiones por el Estado para no volver a cometer ilícitos, primordialmente en la primera de esas acciones. Con ello, se puede distinguir reincidencia de reiteración: La reiteración es la suma de acciones delictivas, las que pueden o no estar separadas por espacios temporales, pero en al cual no existe una sanción estatal que limite algún derecho en aras de frenar dichas acciones delictivas.

También se debe distinguir entre reincidencia y re encarcelamiento, ya que este último puede ser entendido como la circunstancia en la cual un sujeto ha sido ingresado dos o más veces al sistema penal sin hacer distinción a la situación procesal, por ejemplo puede estar bajo prisión preventiva. Por lo que solo dos o más condenas ejecutoriadas se pueden suponer como reincidencia. De ahí que la importancia de la definición del instituto sirva para delimitar su aplicación y por ende su incidencia en una verdadera política criminal y evitar caer en tendencias populistas que únicamente arengan sobre los fines emotivos de las palabras, sin ahondar en la proyección de su contenido.

Ahora bien, ante dicha disyuntiva es importante establecer que actualmente la visión del derecho penal se puede reducir a dos posturas antagónicas: garantismo penal y populismo punitivo.

II Acerca de las garantías constitucionales

a- Populismo punitivo

Uno de los problemas de todo análisis jurídico lo constituye la definición. Saber de qué se habla, se dice o se argumenta, para no estar en plano totalmente diferentes o no quedarse en una simple discusión de palabras, más aún cuando se discursos se refiere.

Por ello se parte aquí, no de una definición, sino de comprender por *populismo punitivo*, como una la tendencia discursiva de las autoridades estatales que realizar acciones rápidas y eficientes -materializadas en reformas penales mediante la vía

rápida- tendientes a brindar una respuesta aparentemente a la percepción de inseguridad por parte de la sociedad⁶ y el supuesto crecimiento de los fenómenos delictivos, para ello se fundamenta principalmente en incrementar las penas privativas de libertad de quienes cometen un delito, lo cual pretenden hacer ver que es la solución y engrandecen los resultados de los operativos de las fuerzas policiales, -generalmente por medio de los medios de comunicación- para demostrar que sí se está atendiendo el problema de inseguridad.

Por otro lado, al estudiar la problemática no se puede decir que no existe aumento del fenómeno criminal, sin embargo, es importante analizar si es una aumento porcentual o simplemente numérico, ya que año a año las cifras oficiales lógicamente van a crecer, no solo por el crecimiento poblacional sino por la variable de la creación de nuevos tipos penales que entrar a regir año con año.

Por esta razón, la característica principal de populismo punitivo, es obviar los estudios serios sobre determinado problema social y en cambio brindar respuestas a la sociedad masificada. En palabras de Garland:

Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrienda y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público.

6 Un ejemplo de ello se encuentra en la justificación del proyecto de ley 17997 de Reforma al Código Penal, que busca penalizar el maltrato animal: *Como lo han demostrado los medios de comunicación y las redes sociales de Internet, en Costa Rica se está dando una gran movilización de agrupaciones, asociaciones e individuos, vinculados con el bienestar y la protección animal, con el fin de que la normativa que existe como consecuencia jurídica al maltrato de los animales sea modificada. La colectividad ha manifestado que las sanciones actuales son vanas, aparte de que la pena no es proporcional al valor que tienen los animales para la sociedad. Dicha reforma lo que viene es a agregar un nuevo artículo que indica: Artículo 398 bis.- Se impondrá de doscientos a trescientos sesenta días multa a quien maltratare, molestar o causare la muerte de animales sin necesidad o causa justificada; propiciare o ejecutare peleas entre animales de cualquier especie; sometiére animales a trabajos manifiestamente excesivos.*

Algunas manifestaciones concretas del punitivismo punitivo en Costa Rica

Incremento de las Penas Algunas se acercan a la reclusión de por vida

Desde el inicio de la vida en sociedad, se ha tratado de adecuar la conducta de los individuos aplicándoles castigos severos de muy diversa índole. Por lo que desde la época moderna se puede decir que aplicación del castigo penal por excelencia ha sido la prisión. Costa Rica no es la excepción, así el código penal establece que la pena principal es la prisión y en la mayoría de las reformas penales lo único que buscan es el incremento de las penas de prisión.

Un ejemplo en este apartado resulta ilustrativo, y que actualmente se discute en la Asamblea Legislativa mediante proyecto de ley número 18169 Reforma al código penal para endurecer las penas, el cual en su justificación indica:

Este proyecto tiene como fin principal endurecer las penas establecidas en el Código Penal actual, para que estos agresores no aprovechen su condición de familiares, tutores, etc., o peor aún la condiciones de indefensión que manifiestan estas personas, es evidente que la imprudencia y la falta al debido respeto por condiciones culposas nos deben también preocupar, existe un claro irrespeto por la vida de nuestros semejantes y más por aquellos que al encontrarse en estado de indefensión ven como aquellos sus agresores, sus verdugos los castigas sin ningún sentimiento de culpabilidad, de ahí la idea que modificar el tipo penal cuando existan condiciones de culpa dentro de la acción del infractor.

Como se puede apreciar a simple lectura, el Estado en la utilización del monopolio de la represión de los delitos parte casi de forma exclusiva con políticas represivas mediante el artificio de la elevación de penas, ya que toma como punto de partida una clara política de prevención general negativa y respecto al imputado simplemente la inocuización.

b. Endurecimiento del sistema penitenciario: limitaciones a los beneficios carcelarios

Congruente con lo anterior, también esta manifestación del punitivismo en el sistema penitenciario entra con mucha fuerza y agrega que en el caso costarricense no solo en la elevación de la sanción por cumplir, la disminución de los beneficios, sino que también en la búsqueda de obligar a los reclusos a trabajar para contribuir con su alimentación e incluso en la reparación civil de las víctimas.

Ello, evidentemente busca reformar los beneficios carcelarios, que en Costa Rica se regulan en el artículo 55 de código penal.

En esta misma línea, en la Asamblea Legislativa también se discute otro proyecto de ley, aunque más avanzado por cuanto ya se le dio una votación a favor de las dos necesarias para que se convierta en ley de la República, que pretende reducir la posibilidad del beneficio de ejecución condicional de la pena por una lista taxativa de delitos, con lo cual prácticamente a ciertas infracciones se les aplicaría una clara prevención especial negativa. Este proyecto tiene como fin excluir la siguiente lista de delitos, que vulneran los bienes jurídicos más fundamentales, en los cuales no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena.

Como resulta patente con la lectura del proyecto, los redactores del dejaron muy pocos tipos penales por fuera aunque podrían entrar en la premisa de la criminalidad organizada, por lo que pareciera que solo quedarían los delitos culposos por fuera. Por lo que en la práctica, la propuesta busca en realidad la abolición de la libertad condicional de la pena.

c. Contracara: visión del renacimiento de las víctimas y limitaciones a las soluciones alternas del proceso.

El surgimiento de la víctima como una manifestación del populismo punitivo tiene su fundamento en la idea de que el sistema de justicia penal tiene como objetivo castigar los actos

contrarios a derecho que constituyan delitos, con lo cual el Derecho Penal está orientado hacia el imputado, por lo que se dice que la víctima queda en una situación marginal o limitada a la participación como testigo en el investigación penal, lo que obvia todo el proceso de victimización.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General). Aprobada por el Consejo Económico y Social en su sesión 15ª del 24 de mayo de 1989. Solo para citar dos ejemplos de vieja data. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Código Procesal Penal comentado*. Editorial Jurídica Continental. San José. 2009. Pág.199.

Es decir, la problemática de comprender los hechos y porqué además del realizar sus derechos de acceso a la justicia de restitución, reparación y de restauración con la debida asistencia y de representación en todo el proceso penal. Este surgimiento, incluso ha sido incluido en muchas declaraciones de derechos a nivel internacional, lo cual no es lo criticable, sino la inclinación de la balanza y la mayor preponderancia hacia la víctima, lo cual conlleva en algunos casos incluso volver a la venganza privada.

d. Garantismo penal

En una confrontación arbitraria, se puede indicar que como némesis del populismo punitivo, está el garantismo penal, y en la actualidad hablar de garantismo, necesariamente se debe remitir a la obra *Derecho y razón* de Luigi Ferrajoli. La teoría del Garantismo, tiene por fundamento la tutela de las libertades individuales frente al ejercicio arbitrario del poder, especialmente en el Derecho Penal; en otras palabras, es un modelo orientado a garantizar derechos subjetivos, y que normalmente designamos como garantías judiciales. Esta teoría, está vinculado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y la exigencia de disminuir el poder punitivo del Estado, mediante el estricto sometimiento de las autoridades a la ley, más exactamente a las normas constitucionales que regulan el sistema penal.

Los límites del actuar del Estado que Ferrajoli propone son de dos tipos: las garantías penales sustanciales y las garantías procesales, las primeras se orientan a minimizar los delitos, esto es tiende a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede punir; las segundas, -las garantías procesales- aplican a minimizar el poder judicial, en busca de a reducir al máximo el margen del arbitrio y la discrecionalidad en la aplicación de la norma penal.

Se puede resumir el garantismo en la exposición de diez principios, a saber:

- 1- *nulla poena sine crimine*
- 2- *nullum crimen sine lege*
- 3- *nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- 4- *nulla necessitas sine iniuria*
- 5- *nulla iniuria sine actione*
- 6- *nulla actio sine culpa*
- 7- *nulla culpa sine iudicio*
- 8- *nullum iudicium sine accusatione*
- 9- *nulla accusatio sine probatione*
- 10- *nulla probatio sine defensione.*

Los seis primeros principios los atribuye a las garantías penales, y los cuatro restantes a las procesales, que además hace coincidir en el mismo orden con otros diez principios consustanciales al Derecho Penal.

Los primeros tres principios responden a la pregunta cuándo y cómo punir, expresan garantías relativas a la pena; los principios del cuatro al seis responden a las interrogantes de cuándo y cómo prohibir. Por lo que expresan las garantías respecto al delito. Por su parte, los principios del siete al diez responden a las preguntas cuándo y cómo juzgar. Esto es, reflejan las garantías respecto al proceso.

Como se puede apreciar y en forma muy resumida, el garantismo refleja una clara tendencia de un derecho penal de acto y con un respeto a las garantías procesales del ordenamiento jurídico costarricense.

Al señalar los puntos anteriores se procede examinar la reincidencia, para analizar su perspectiva jurídica y el sustrato ideológico en su aplicación en la aplicación de la pena.

III- El instituto de la Reincidencia

a. Definición

Tal y como se sostiene en la introducción, la reincidencia es polisémica, incluso analizada en el contexto, por ello algunas definiciones pueden servir de orientación.

Además, de sostener desde ya una posición jurídica del concepto.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, indica que reincidencia es, Reiteración, en la segunda acepción del DRAE, es la: *...circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa del que se juzga.*

La revisión etimológica del término se explica en la utilización de dos palabras: *re-* prefijo en latín que significa repetición, movimiento hacia atrás, e intensificación; y el verbo *incidir* del latín *incidere* que se utiliza para significar el caer o incurrir en una falta o error extremo, hacer hincapié en algo y acompañado con adjetivos permite reforzar el valor o intensificación. Según esto, la significación de la incidencia.

Para Guillermo Cabanellas, reincidente es *Quien repite un mal o delito: El delincuente o infractor que, luego de condenado, incurre en el mismo delito o en otro muy similar.*

Por su parte el Código Penal costarricense establece que:

Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o

cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición.

Por lo que se denota en nuestro ordenamiento jurídico una clara inclinación al instituto de índole jurídica.

La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales

En este orden de ideas, algunos doctrinarios han definido la reincidencia como *comisión de una infracción penal por parte de quien con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción...*, mientras que otros optan por no definir reincidencia sino estudiar su objeto, y señalan que la reincidencia se ocupa de los problemas de aquellas disposiciones legales que hacen derivar consecuencias más graves del hecho (que habilitan mayor poder punitivo), en razón de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito.

Otros establecen que la reincidencia es insistir en el delito o volver a delinquir bajo ciertos requisitos establecidos en un cuerpo legal (...) y agregan que en definitiva, el problema de la reincidencia es mucho más profundo que la mera repetición de delitos. En realidad, se trata de un problema social de abusos de injusticias sobre los más débiles que difícilmente pueden ser erradicados por y desde el derecho penal.

Como se puede apreciar, se utilizan nociones similares, mas estos conceptos se distinguen entre sí por aspectos específicos. Por ello, la doctrina y los cuerpos legales definen reiteración -como género- abarcativo de varios institutos diferentes entre sí, caracterizados por la pluralidad de condenas.

Autores como Bergalli y Mir Puig la caracterizan por requerir que la condena haya sido ejecutada. Mientras que Donna, por citar uno contrario, consideran que hay reiteración cuando se cometen varios delitos sin que medie sentencia condenatoria firme. Por lo que en criterio de los primeros, para que haya reincidencia

únicamente se requiere condena precedente como elemento constitutivo; es indiferente que la condenatoria esté seguida o no del cumplimiento efectivo de la misma.

Por otra parte, se distingue respecto de la habitualidad, en donde coinciden los autores, en que esta exige que la repetición de delitos incorpore una costumbre al modo de actuar del sujeto y en ello se diferencia de la simple reincidencia.

b. Fundamentos de la reincidencia

La reincidencia hace referencia a delitos, por lo que se debe excluir las contravenciones.

c. Tipos de reincidencia

Ante un objeto de difícil definición, es claro que admita muchas clasificaciones, en este caso, la doctrina parte de cuatro elementos para poder distinguirla.

1. Según el delito

Genérica: se refiere aquella que se produce cuando los delitos cometidos en cuya reiteración se supone, pueden ser de distinta naturaleza o especie. Esto es, que lo que se tutela la llamada reincidencia genérica es cualquier bien jurídico lesionado y su forma comisiva. Verbigracia, la concurrencia entre delitos dolosos y culposos, o entre delitos contra la integridad física de las personas y contra el patrimonio, cuyos bienes jurídicos les da características distintas.

Específica: en sentido contrario a la genérica, será reincidente -en sentido específico- cuando debe tratarse de delitos de la misma especie, requiriendo identidad o similitud entre delitos. En esta distinción, se discute cual es la apreciación de quede darse al atender a criterios de reprochabilidad y/o peligrosidad; para unos es más reprochable quien comete delitos de diversa índole que aquellos que los comenten de la misma especie.

En lo que respecta a la legislación costarricense, no se extrae de nuestra normativa expresamente cual tesis sigue respecto a esta clasificación, aunque se aplica la tesis genérica.

2. Según el cumplimiento de la pena

En esta clasificación se divide de dos formas: *Propia* e *Impropia*.

Propia: esta se presenta cuando se exige que el sujeto haya cumplido efectivamente la pena anterior. Se deduce de ello que haya cumplido al menos una parte de la condena privado de su libertad. También se le ha llamado verdadera por parte de la doctrina.

Impropia: esta es la que mayormente acoge los sistemas jurídicos. Bajo esta la reincidencia se presenta cuando el sujeto tenga una sentencia en firme, es decir, basta la mera imposición de la pena sin ser necesario el cumplimiento de la pena anterior. Algunos autores le llaman a este tipo ficta.

Sobre esta clasificación la normativa costarricense no hace referencia a la misma, no obstante la aplicación que se le viene dando es de carácter impropio.

3. Según el Tiempo

Esta clasificación distingue entre permanente y temporal.

Reincidencia Permanente: bajo esta premisa, existe reincidencia cuando se establece cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre la comisión del nuevo delito respecto a la sentencia que condena al sujeto por el hecho precedente, o de la fecha en que se cumplió la pena del mencionado hecho.

Reincidencia temporal: establece que existe la reincidencia en el tanto el sujeto cometa un nuevo hecho delictivo dentro de cierto período contado a partir del cumplimiento de la sentencia del

hecho anterior, en consecuencia que no haya reincidencia si el nuevo hecho delictivo se realiza después de vencido el término de ley acordado.

En el caso costarricense es claro que se sigue la tesis de la *reincidencia temporal* ya que existe una norma que expresamente señala que los antecedentes solo se pueden establecer por un período de 10 años, contados a partir desde el cumplimiento de la condena.

4. Según la obligatoriedad o facultad del juzgador para reconocerla

Reincidencia obligatoria o forzosa: este tipo indica que el juez reconoce la reincidencia por el solo hecho de que una persona que cometió un delito con sentencia firme, cometa otro nuevamente. Por lo que, por mandato de ley, el juez declarará la reincidencia con base en datos objetivos: sea la condena anterior y la realización del nuevo delito.

Reincidencia facultativa: esta como su nombre lo indica, se presenta cuando el juez tiene la potestad de reconocerla o no, por lo que no depende de una condena precedente y un nuevo hecho delictivo, sino que se desprende además de ello otros factores predicables del sujeto infractor y las características de su delito.

En Costa Rica se parte de la reincidencia obligatoria, aunque hasta antes del año 2007 se establecía una forma *sui generis* de reincidencia potestativa aplicable únicamente al delito de retención y apropiación indebida en contra de la Caja Costarricense del Seguro Social, misma que fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Establecía dicha norma:

Las sentencias condenatorias dictadas en los juicios a que se refiere este capítulo no se inscribirán en el Registro Judicial de Delincuentes, salvo el caso de que la Caja,

dada la gravedad de la falta, así lo solicite expresamente al tribunal respectivo. Las multas impuestas con ocasión de la aplicación de esta ley ingresarán a los fondos de la Caja Costarricense de Seguro Social debiendo ser giradas de inmediato a dicha Institución una vez practicado el depósito respectivo.

La acción penal y la pena en cuanto a las faltas contempladas en esta ley, prescribirán en el término de dos años contados a partir del momento en que la Institución tenga conocimientos de la falta. El derecho a reclamar el monto de los daños y perjuicios irrogados a la Caja, sea que se ejercite la vía de ejecución de sentencia penal o directamente la vía civil, prescribirá en el término de diez años. (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 2765 de 4 de julio de 1961). (El resaltado no es del original)

Dicha norma fue declarada inconstitucional mediante resolución 3905 del año 2007, emitida por la Sala Constitucional.⁷

5. Según el Derecho aplicable: interno o externo

Reincidencia de Derecho Interno: este se presenta cuando el sustento de la condenatoria precedente se realiza mediante normas del derecho interno esto es, una condenatoria por algún tribunal penal de la república.

7 En lo que interesa estableció la Sala: ...estima esta Sala que es contrario a la ideología constitucional (normas, principios y valores del Derecho de la Constitución) que exista una ley que permita un trato diferente a personas que jurídicamente se encuentran en igualdad de condiciones, como sucede con las y los condenados a pena privativa de libertad como consecuencia de la comisión de un delito. En el caso que se somete a conocimiento de este Tribunal Constitucional, con el agravante que la ley deja al arbitrio de la Caja Costarricense de Seguro Social la aplicación de esa excepción que consiste en la no inscripción en el Registro Judicial de Delinquentes de las sentencias condenatorias dictadas en los juicios a los que se refiere su Ley Constitutiva, mientras que a todas las demás personas, igualmente condenadas por conductas tipificadas como delito, se les debe anotar el antecedente penal en el Registro Judicial de Delinquentes según establece la Ley N° 6723 del tres de marzo de mil novecientos ochenta y dos "Ley del Registro y Archivo Judiciales". Se crea, con esa posibilidad legal, un privilegio odioso a favor de algunas personas al eximir las, con fundamento en el arbitrio de un ente público ajeno al Poder Judicial y sin justificación objetiva alguna, de una de las consecuencias del fallo condenatorio que apareja la comisión de todos los demás delitos que contempla nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, en detrimento de los fines que cumple en nuestro Ordenamiento Jurídico el Registro Judicial de Delinquentes.

Reincidencia de Derecho Externo: en contra posición a la anterior, esta refiere a la condenatoria penal por un tribunal extranjero. Sentencia debidamente reconocida y admitida en Costa Rica bajo los presupuestos del derecho interno, como lo es que el delito admita el proceso de extradición.

IV- ¿La Reincidencia acorde a un derecho penal de acto?

La tesis de la responsabilidad penal es subjetiva, presume penar al sujeto por un comportamiento, que puede ser una acción u una omisión, que ocasionó un daño o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley. En consecuencia será punible el comportamiento del sujeto por lo que hizo o por lo que no hizo y debería haber hecho; se le sanciona por la opción que aceptó de hacer la conducta incorrecta pudiendo no hacerlo.

Por su parte, la tesis contraria (El derecho penal de autor), supone sancionar al sujeto por su forma de ser, por sus antecedentes, por el tipo de vida que lleva. No se castiga al acto en sí sino que el acto es la manifestación, el síntoma de una forma de ser de una personalidad, la cual es en última instancia lo que se le reprocha. En síntesis, lo prohibido o reprochable sería la personalidad del agente y no el acto en sí mismo.

Por lo antes expuesto, el Derecho Penal de autor se cimienta en principio, en un Derecho Penal de la peligrosidad del sujeto que parte de la base de que el ser humano está determinado y si lo está, por ello, de la idea de que la personalidad inclinada al delito se genera en la repetición de conductas que en un momento fueron libremente elegidas y por ende, lo que se reprocha al actor no es un acto sino la forma en la que condujo su comportamiento.⁸

Se trata pues, según Jakobs, de una respuesta legal ante sujetos que, a través de su comportamiento, ponen en peligro las bases mismas del sistema social. A esos sujetos los llama Jakobs “enemigos”, aunque podría haber utilizado otros términos más usuales como “personas criminalmente peligrosas”.

8 Este derecho penal de autor, sospechosamente, se asimila a las ideas del “Derecho Penal del enemigo”, para el cual se sancionan conductas previsibles, aun antes de cometerse el ilícito, para evitar que al consumarse el mismo, aparezca el daño irreparable.

Pareciera que un Estado de Derecho, como se pregona es Costa Rica, la respuesta ante la disyuntiva entre derecho penal de acto o derecho penal de autor⁹, la respuesta debería ser clara hacia lo primero, no obstante, una cosa es la proyección doctrinaria o los discursos jurídicos y otra muy diferente la aplicación práctica del instituto. En este sentido, la Sala Constitucional, ha venido sosteniendo:

El derecho penal de culpabilidad pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad.

No obstante, sobre este punto, ha indicado la jurisprudencia penal:

Finalmente, tampoco se podía dejar de bastantear las condiciones personales del sujeto, lo cual impone ese mismo artículo de la ley, entre las cuales, como es conocido, se encuentran los antecedentes penales del individuo. Está fuera de discusión que los rasgos personales del encausado, como pueden ser en general su forma de relacionarse con los demás, su conducta como ciudadano o contribuyente, su actuación como parte de una familia, o bien como individuo respetuoso o conflictivo, son condiciones personales relevantes para imponer una pena...

9 Cf. Para el impugnante, la condición económica de su defendido, así como la circunstancia de ser de limpios antecedentes penales, son razones suficientes para concluir que éste no incurrió en los hechos delictivos. Esta Sala considera que dichas afirmaciones resultan ser a todas luces meras apreciaciones subjetivas, pues de acuerdo con la lógica del recurrente, únicamente las personas de escasos recursos y con previos antecedentes penales podrían incurrir en conductas delictivas, lo cual implicaría asumir una concepción de un derecho penal de autor (sanción se impone de acuerdo a la personalidad o forma de vida del imputado), lo cual resulta inadmisibles en un Estado de Derecho como el costarricense, basado en un derecho penal de acto (en razón de la demostración del hecho delictivo en cada caso en particular). Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera. Voto 1312.-10.

V- Reincidencia vs. Principio de culpabilidad.

Los Puntos anteriormente analizados, conllevan necesariamente analizar cuál es la aplicación práctica de la reincidencia en la imposición de la pena. Parae parte de una distinción que la doctrina mayoritaria indica, sea bajo dos condiciones, para agravar la pena o atenuarla.

a. Agravante de la pena.

Se puede decir en forma contundente que la jurisprudencia costarricense toma la reiteración delictiva como un factor agravante en la imposición de la pena, tanto de la Sala Tercera como de la Sala Constitucional aceptan dicho elemento en la imposición de la sanción.

La construcción de dicho paradigma, se puede extraer de vieja data, en concreto de la resolución 88-92, que determinó la inconstitucionalidad de ciertas medidas de seguridad, pero sostuvo el tribunal constitucional que:

...la Sala señaló la marcada importancia que la

culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar. En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. (Destacado no es del original)

Estos criterios son los que a su vez también permiten la aplicación de pena de prisión al reincidente de ciertas contravenciones, mismo que también paso por el filtro de constitucionalidad de la Sala Constitucional.

Igualmente es aceptado, la reincidencia como un parámetro para la imposición de medidas cautelares incluida la prisión preventiva violentando la presunción de inocencia.

b. Atenuante de la pena

Como atenuante no se encuentran criterios jurisprudenciales, no obstante si existen algunos votos del antiguo tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en los cuales se establece que la reincidencia no puede ser utilizada para aumentar la pena, ello al analizar los Principios de Culpabilidad y *ne bis in ídem*. En el voto 547-05, el tribunal de Casación analiza el siguiente argumento del tribunal de juicio:

En relación al encartado G. B. C, el Tribunal considera que si bien es la primera sentencia por delitos de esta naturaleza, no es la primera vez que es pasado a los Tribunales, sino que carga una serie de hechos similares, que han sido acusados, pero no se ha llegado a la condena (...)

Como se puede apreciar, no es en realidad la reincidencia en sí, sino la reiteración delictiva-lo cual es más preocupante- lo que conllevó aplicar la pena, y ante ello el tribunal de Casación resolvió que:

Un razonamiento como éste no es admisible, ya que supone un quebranto al principio de presunción de inocencia, establecido implícitamente en el artículo 39 de la Constitución Política, puesto que se utilizan hechos por los que no ha recaído una sentencia condenatoria. Se agrega a ello que no solamente se violenta el principio indicado, sino también el de culpabilidad, previsto en el mismo artículo constitucional arriba citado, puesto que la consideración peligrosista de la

que se parte es propia de un derecho penal de autor y no de un derecho penal de acto, no pudiendo utilizarse la conducta anterior o posterior al hecho delictivo para agravar la pena a imponer, puesto que la culpabilidad es en relación con la conducta concreta realizada, que es la que es penada.

Los anteriores argumentos, se reiteran por el mismo Tribunal de Casación Penal en los votos 603-04 y en el 818 de la Sala Tercera pero en el voto Salvado. Esto es por cuanto los magistrados ponentes hicieron mayoría en la integración del antiguo Tribunal de Casación Penal -integrado tres jueces- pero en la Sala Tercera fueron minorías, al integrar cinco magistrados.

VI- Conclusiones

La reincidencia como agravamiento de la condena produce una violación a los principios de *ne bis in ídem* -artículo. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de Culpabilidad -39 Constitución Política de Costa Rica-, lo cual demuestra una tesis contraria a un garantismo penal y tiende peligrosamente hacia una visión populista punitiva.

Si se parte del principio de culpabilidad¹⁰, este se constituye como la medida de la pena, y si la misma se ha definido como el reproche que se le debe efectuar a quien realiza el injusto penal, en consecuencia es claro que en un objeto de connotación orientado exclusivamente al delito que se cometió, cualquier estimación relacionada con la personalidad del infractor tiene que ajustarse de manera directa a las circunstancias que rodearon la conducta punible, y no a consideraciones “peligrosistas” que son más cercanas al derecho penal de autor, propio de la filosofía

10 *La importancia de la culpabilidad está no sólo en que es un elemento más de la teoría del delito, sino que funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada. Dicho estadio de la teoría del delito, analizado desde la teoría normativa, requiere que el operador del derecho valore las circunstancias que rodearon al imputado al momento del hecho, para establecer el grado de exigibilidad que tenía, de actuar conforme lo dicta el ordenamiento y así cuanto más exigible más reprochable, consecuentemente, mayor pena... Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, Voto. 68-11.*

lombrosiana que busca como sustentar una mayor afectación al bien jurídico por el hecho de que el autor ostenta una *personalidad propensa al delito*, o dicho de otra forma, porque se trata de un delincuente.

Igualmente, existe una clara tendencia de la visión de un derecho penal de autor, al tomar elementos de la personalidad del sujeto que no necesariamente incide en el hecho realizado y también es una visión desde la prevención general negativa porque busca penar para que la amenaza de sanción sea disuasiva a la sociedad, todo ello no es más que una clara ideología etiológica que ve en el delincuente alguna causa exógena o endógena, que en este caso se considera en la personalidad del sujeto.

Conviene indicar un ejemplo claro de dicha premisa que demuestra la tesis etiológica en la valoración de la reincidencia:

Sobre las condiciones personales del sujeto activo, el Tribunal motivó su decisión en el hecho de que el acusado es una persona sana y joven que perfectamente puede trabajar y ganarse honestamente su vida, así como también diversas sentencias condenatorias por delitos contra la propiedad (ver folios 91 a 94), con lo cual debe estimarse que la sanción privativa de libertad, no ha tenido un efecto rehabilitador, conforme lo establece el artículo 51 del Código Penal. De ahí que, el monto de la pena fijado es adecuado para lograr esa finalidad de prevención especial positiva.

Bibliografía

- Albrecht, P. (2000). El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho Penal*. (pp. 471-487). España: Editorial Comares.
- Arenas, V.A. (1981). *Comentarios al código penal. Tomo I Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bergalli, R. (1980). *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona: Editorial Serte.
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario jurídico*. Buenos Aires: Heliasta editorial.
- Córdoba Roda, J. (1977). *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2009). *Proyecto de ley N° 17584. Ley de medidas penales tendientes a fortalecer el sistema penal costarricense*. Recuperado el 12 de febrero de 2013 de <http://documentos.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/USI/normativa/2009/Proyecto/PROYECTO-17584.doc>
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. (2011). *Proyecto de ley. Reformas al Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970. Expediente N° 17997*. Recuperado el 12 de febrero de 2013 de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/305/Expediente%2017997.pdf
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. Proyecto de Ley N°18169. Reforma del código penal para endurecer las penas por lesiones y homicidio culposo de niñas, niños y personas con discapacidad. Recuperado el 14 de febrero de 2013 de <http://documentos.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/USI/normativa/2011/PROYECTO/PROYECTO-18169.pdf>

Costa Rica. *Código Penal*. Recuperado el 10 de febrero de 2013 de http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=68813&strTipM=TC

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992) *Votos 88-92*.

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2008) *Voto 53-08*.

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992) *Voto 1438-1992*.

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992) *Voto 88-92*.

Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (1993) *Voto 405-93*.

Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2010) *Voto 1385-10*.

Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2010) *Voto.1284-10*

Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2011) *Voto. 68-11*.

Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2012) *Voto 26-2012*.

Costa Rica. Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (2004) *Votos 603-04*

Costa Rica. Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (2005) *Votos 547-05*.

Donna, E & Iuvaro, M. J. (1984). *Reincidencia y culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Epistemología jurídica y garantismo*. (2a. ed.) México: Editorial Fontanamara.
- Foucault, M. (2012). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- Haba, P. (2003). *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico. Tomo I*. San José, C.R.: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, 2003.
- Llobet Rodríguez, J. (2009). *Código procesal penal comentado*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Llobet Rodríguez, J. (2012). *Estudio de derecho penal ilustrado y clásico*. San José, C.R.: Editorial Isolma,
- Malinowski, B. (1985). *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini.
- Marín de Espinoza C., E. (1999). *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. España: Editorial Comares.
- Mir Puig, S. (1974). *La reincidencia en el código penal español. Análisis de los artículos 10, 14, 15, 61 y 516*. 3. Barcelona: Casa editorial Bosch.
- Mir Puig, S. (1974). *La reincidencia en el código penal*. Barcelona: Bosch.
- Molina Arrubla, C. M. (2010). *La víctima en el proceso penal*. Bogotá: Editorial Diké.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2006). *Venciendo el temor. (In) seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica Informe Nacional sobre Desarrollo Humano, 2005.* San José, C.R.: PNUD
- Puig P., F. [S.f.] *Derecho penal, parte general, tomo II.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Reyes E., A. (1989). *Derecho penal, parte general.* Bogotá: Editorial Temis.
- Rivera B., I. (2011). *Política criminal y sistema penal.* (2a. ed.) Barcelona: Editorial Anthropos.
- Salas, R. (2010). *En busca del paraíso perdido (apuntes sobre el populismo punitivo). Política criminal en el Estado de Derecho.* Libro homenaje a Enrique Castillo Barrantes. -- San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Soler, S. (1989). *Derecho penal argentino, tomo II.* Buenos Aires: Tipografía Editorial Argentina.
- Torres, G. (2008). *Derecho penal de emergencia.* Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Zaffaroni, R. E. (2000). *Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires: Ediar Editorial.

