

# El bien jurídico de la integridad del sistema electoral<sup>1</sup>

Sergio Trejos Robert\*  
Ricky González Farguharson\*\*



DOI 10.35242/RDE\_2019\_27\_10

## Nota del Consejo Editorial



**Recepción:** 23 de agosto de 2018.

**Revisión, corrección y aprobación:** 19 de octubre de 2018.

**Resumen:** El opúsculo que presentamos busca, desde una perspectiva crítica, explorar si en la definición del bien jurídico que contiene la legislación atinente, se dispuso por parte del constituyente derivado proteger diversos valores legales e institucionales o si, por el contrario, se está en la capacidad de hacer referencia sobre bienes de carácter individual. En un segundo tiempo nos cuestionaremos acerca de si el derecho penal es la vía idónea para garantizar la integridad del sistema electoral. Con lo anterior se invita al lector para que, reposado en la intimidad de sus juicios intelectuales, someta la temática al rigor del análisis de contexto y la formulación de sus propias preguntas.

**Palabras clave:** Delitos electorales / Infracciones electorales / Derecho penal electoral / Conservación del acto electoral / Principios del derecho electoral / Derecho electoral / Teoría del bien jurídico.

**Abstract:** The opuscle that we present seeks to explore, from a critical perspective, if the definition of the legal right that is in the corresponding legislation, establishes the protection of diverse legal and institutional values or if, on the contrary, it allows to make reference regarding rights of an individual nature. Secondly, we question whether penal law is the ideal way to guarantee the integrity of the electoral system. With this, the reader is invited to, within the intimacy of his/her intellectual judgment, submit the topic to a rigorous analysis of the context and formulation of his/her own questions.

**Key Words:** Electoral crimes / Electoral violations / Penal electoral law / Preservation of the electoral act / Principles of electoral law / Electoral law / Theory of electoral right.

<sup>1</sup> Ambos autores agradecemos a Dios por cada nuevo día. También a quienes, con el respeto de la técnica, promueven la criticidad y el estudio del Derecho. Un especial agradecimiento al Dr. Alfredo Chirino Sánchez por su orientación en de dirección de la tesis de licenciatura. Dedicamos el artículo a todos los funcionarios judiciales que ejercen valientemente, pero sin mancillar las garantías fundamentales, la acción penal en delitos electorales.

\* Costarricense, abogado, correo [sergiorobertrejos@hotmail.com](mailto:sergiorobertrejos@hotmail.com). Técnico jurídico en la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

\*\* Costarricense, abogado, correo [rickygof@hotmail.com](mailto:rickygof@hotmail.com). Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, se desempeñó como fiscal coordinador del área de delitos electorales de la Fiscalía General de la República, actualmente destacado en la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que se pueden hallar diferentes bienes jurídicos debajo de cada piedra (Cancio Meliá, 2000). Hemos levantado el Código Electoral (en adelante CE) y encontramos un “nuevo” bien jurídico: la integridad del sistema electoral<sup>2</sup>.

Efectivamente, entre los artículos 271 a 281 CE existe una serie de tipos penales mediante los cuales se castigan conductas que, de alguna forma, pueden lesionar o poner en peligro este bien jurídico.

El fraude electoral tiene su lugar en la historia costarricense (Molina y Lehoucq, 1999). Su castigo es tan viejo como el propio fraude. El Código de Carrillo contiene algunas disposiciones orientadas a reprimirlo<sup>3</sup>. También podemos recordar que los tribunales de sanciones inmediatas instaurados después de la guerra civil juzgaron a varias personas en nombre de la integridad del sistema electoral (Díaz, 2015, pp. 305-306).

El objetivo de este ensayo no consiste en analizar cada uno de los tipos penales que nuestra legislación electoral contempla, sino que nos limitaremos a realizar ciertas reflexiones sobre el bien jurídico tutelado penalmente que se ha identificado en los párrafos anteriores.

Empezaremos con algunos apuntes sobre la teoría personal del bien jurídico. Después, intentaremos responder a la siguiente interrogante

---

<sup>2</sup> Tampoco es que seamos los primeros en estudiar este bien jurídico. Citaremos un párrafo de la doctrina española: “Los delitos tipificados en los arts. 149 y 150 de la LOREG, o al menos así se extrae de los debates parlamentarios, tendrían como objeto la protección nada menos que el libre concurso de los ciudadanos a determinar la política nacional” (Maroto, 2015, p. 227). Esther Hava García aporta la siguiente conceptualización: “[...] el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, la transparencia en la financiación y la igualdad de oportunidades para todas las formaciones políticas” (2017, p. 15). Según Rubén Hernández Valle “Con la tipificación de una serie de conductas se trata de garantizar el pacífico y libre ejercicio del derecho al voto, el secreto del mismo, la autenticidad y legalidad de los procedimientos y, en definitiva, la pureza de todo el proceso electoral” (Hernández 2004, p. 394). Para Dora Laplacette (2001) y Juan Marcos Rivero Sánchez (2001, pp. 44-46) se trata del “orden constitucional”. Algunos autores han considerado que se trata de la soberanía (Fernández Doblado, 1991, p.29). En sentido similar podemos ubicar a Elías Huertas Psihas: “[...] la legislación electoral tutela un bien jurídico supremo: la posibilidad de que la sociedad designe y elija a sus representantes, instaure la soberanía y por este camino pueda construir su futuro y diseñar su propio destino” (1994, p. 105). Otro sector estima que en cada delito electoral se ofende un bien jurídico diferente: “[...] en algunos casos ese bien jurídico lo es la libertad del sufragio [...]; en otros el adecuado desarrollo del proceso electoral, que se expresa también en la transparencia, limpieza y objetividad electoral (en la mayoría de los casos); en otros la neutralidad en el uso de los bienes, fondos y servicios públicos ante el proceso electoral; etcétera” (Moreno, 1994, p. 13).

<sup>3</sup> El numeral 124 de la Parte Segunda del Código General de 1841 disponía: “El que sin estar en el ejercicio de los derechos de ciudadanía, intentare votar ó votare en alguna de las elecciones será expelido inmediatamente de la Junta, y sufrirá el arresto de uno á seis meses, anulándose su sufragio”.

acerca de la transparencia del sistema electoral: ¿Un bien jurídico individual o colectivo? Una vez que tengamos alguna respuesta, veremos el fenómeno que denominamos “La invasión del derecho penal y el abandono de la última ratio”. Finalizaremos el ensayo con una pequeña conclusión.

## **2. APUNTES SOBRE LA TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO**

En este apartado resumiremos cuestiones puntuales acerca de la teoría personal del bien jurídico que permitan cuestionarnos si la integridad del sistema electoral es un bien jurídico individual o colectivo.

La doctrina -casi de manera unánime<sup>4</sup>- considera que, para poder castigar a una persona por medio del derecho penal su conducta debe haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Las divisiones empiezan cuando nos preguntamos la relación que debe tener este bien jurídico con un individuo de carne y hueso.

Zaffaroni advierte que por medio de los bienes jurídicos colectivos se puede penar prácticamente cualquier conducta humana (Alagia y Zaffaroni, 2000, pp. 119-123; Alagia y Zaffaroni, 2005, pp. 109-112; y Zaffaroni, 2015, p. 245). De alguna forma, esta línea de pensamiento es el eco en Latinoamérica del debate de la “Escuela de Frankfurt” dentro de la que podemos citar a Winfried Hassemer como uno de sus expositores más influyentes (Hassemer, 1995; Hassemer, 1999).

El desarrollo tecnológico de las sociedades “modernas” lleva implícita la creación de una multitud de nuevos riesgos de todo tipo (Beck, 1998; Beck, 2002; y Bauman, 2013). Frente a este fenómeno, se ha recurrido al derecho penal -más que todo de forma simbólica- para criminalizar la creación o incremento de estos riesgos principalmente por medio de figuras de delitos de peligro abstracto (Leandro, 2011, pp. 23-53; Sanz y García, 2017, pp. 121-131; Borja, 2011, pp. 247-271; y Sánchez, 2001, pp. 25-52).

A través de los bienes jurídicos colectivos se ha desmaterializado la teoría del bien jurídico, ya que, en nombre de la colectividad -representada por el

---

<sup>4</sup> A manera de referencia, y sin aspirar a una lista taxativa; podemos consignar los siguientes autores: (Ferrajoli, 2000, pp. 464-467); (Alagia y Zaffaroni, 2000, pp. 78-83); (Alagia y Zaffaroni, 2005, pp. 463-470); (Roxin, 1997, p. 97); (Quintero Olivares, 2000, pp. 468-471); (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 63); (Pérez y Zúñiga, 2016, pp. 367-370); (Castillo 2008, p. 21); (Castillo, 2015, p. 49); (Chinchilla y García, 2005, pp. 12-15); y (Chirino 2004, p. 57).

Estado-, se los abstrae de sus verdaderos titulares que son los individuos (Leandro, 2011). Sobre esta temática consignaremos una frase de Francisco Castillo González: “[...] el bien jurídico no puede transformarse en una abstracción. No puede concebirse con independencia de su titular, pues si esto ocurre ello equivaldría a un completo vaciamiento del bien jurídico” (2015, pp. 41-42).

En sentido similar, podemos ubicar al profesor Alfredo Chirino Sánchez, que señala:

Estas características del derecho moderno pueden ser aplicadas a los últimos desarrollos del derecho penal, el cual, de la mano de “inusitadas” formulaciones legislativas, como los denominados delitos de peligro de “nuevo cuño”, ha pretendido ponerse al día de nuevos fenómenos de criminalidad, y hasta ha pretendido reivindicar una “eficacia” normativa que la realidad desafía a cada momento. (Chirino, 2004, p. 104).

Reconocemos la validez de estos cuestionamientos. Los bienes jurídicos colectivos son al final de cuentas abstracciones jurídicas: la salud pública no puede enfermarse ni tampoco la seguridad común puede lesionarse en un accidente de tránsito. En cambio, todos los días un ser humano muere en la cama de un hospital producto de una sobredosis o de una conducción temeraria.

Por otro lado, millones de personas tuvieron que entrar en una cámara de gas en nombre del “sano sentimiento del pueblo alemán” (Llobet, 2015 y Bourke, 2002) sin que realmente el judaísmo o la homosexualidad ofendieran (ya sea por lesión o puesta en peligro) directamente los bienes jurídicos de alguna persona con nombres y apellidos.

Para tratar de mantener a flote la teoría del bien jurídico como fundamento del derecho penal y en la búsqueda de límites al poder punitivo, se ha desarrollado la teoría personal del bien jurídico. Formularemos esta idea con las palabras de Castillo González: “Para limitar el alcance de los delitos que protegen bienes colectivos o supraindividuales o los delitos de peligro abstracto, es necesario asumir la teoría personal del bien jurídico” (2015, p. 41).

Esta teoría, a su vez, se divide en dos vertientes doctrinales: la que rechaza los bienes jurídicos colectivos y aquella que los acepta (Castillo 2008, pp. 56-65 y Castillo, 2015, pp. 53-62).

Frente a la primera vertiente surge una serie de cuestionamientos que nos llevan a descartarla: 1) Se propone enfrentar, por medio de una especie de derecho administrativo sancionador, conductas como la criminalidad organizada lo que a nuestro parecer es bastante ingenuo; 2) la sanción que se imponga dentro de este procedimiento administrativo constituye una pena latente que debería ser abarcada por el derecho penal; y 3) quien hurta un teléfono celular sería castigado por el derecho penal mientras que la persona que desvía millones de dólares del erario público sería sancionada por el derecho administrativo sancionador (Trejos y Fallas, 2018, pp. 221-224).

Por las razones que hemos sintetizado en el párrafo anterior -al igual que Chirino Sánchez (2004), Castillo (2015 y 2008,) y la Sala Constitucional<sup>5</sup>- nos inclinamos por la vertiente que reconoce al ser humano como titular de los bienes jurídicos, pero que también admite la existencia y constitucionalidad de los bienes jurídicos colectivos.

Ahora tenemos que preguntarnos sobre la relación existente entre los individuos y los bienes jurídicos colectivos. Castillo González considera que cualquier relación con un bien jurídico individual (ya sea directa o indirecta) es suficiente para admitir los bienes jurídicos colectivos:

Creemos entonces que la teoría personal del bien jurídico, entendida en el sentido en que lo hace esta corriente, tiene un importante efecto limitador de la punición de hechos que lesionen bienes jurídicos universales o supraindividuales, sin excluir como inconstitucionales los tipos penales que protegen estos bienes jurídicos, siempre y cuando tenga relación, directa o indirecta, con un bien jurídico individual. (2015, p. 47)<sup>6</sup>.

Por nuestro lado, preferimos excluir las relaciones indirectas, ya que por esta vía prácticamente cualquier conducta puede relacionarse de forma indirecta con algún bien jurídico individual, por lo que el efecto limitador de la teoría del bien jurídico se desvanece por completo.

<sup>5</sup> Votos n.º 525-1993; n.º 5798-1994; n.º 6410-1996; n.º 1588-1998; n.º 9748-2001; n.º 10415-2003; n.º 218-2006; y n.º 2872-2006, todos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>6</sup> Encontramos este mismo razonamiento en su tratado: "De acuerdo con la teoría personal del bien jurídico, un delito abstracto solamente es constitucional si hace referencia, directa o indirecta, a un bien jurídico individual" (Castillo, 2008, p. 62).

Hemos encontrado una enorme similitud en este punto con el régimen de la responsabilidad civil, donde únicamente se indemnizan los daños directos e inmediatos<sup>7</sup>, en lo que la doctrina ha llamado “la vaca de Pothier”:

Un mercader vende dolosamente una vaca enferma a un agricultor. La vaca contagia el resto del ganado y por esa razón se tiene que sacrificar las otras tres vacas y el caballo. Como su caballo se murió el agricultor no puede labrar el campo. Como el agricultor no puede labrar el campo no puede cosechar trigo ese año. Como no puede cosechar nada ese año no puede pagar la hipoteca de su campo. El banco remata el campo y al agricultor solamente le queda trabajar como jornalero para llevar leche y pan a su familia. El mercader solamente debe indemnizar los daños directos e inmediatos que su incumplimiento produjo. (Trejos y Fallas, 2018, p. 229).

Al respecto no parece haber cuestionamiento alguno en la doctrina (Montero, 1996, pp. 276-277 y Brenes, 2017, p. 105).

Estas cadenas perfectamente se pueden presentar en el derecho penal para conectar un bien jurídico colectivo con uno individual. Por ejemplo:

Juan retiene las cuotas obrero-patronales de Pedro, este último se enferma y termina muriéndose en una de las listas de espera de la CCSS porque, entre otras razones, nuestra seguridad social se encuentra en crisis por la evasión fiscal de los patronos. En este caso el derecho personal a la salud y la vida constituyen indirectamente el bien jurídico protegido por el delito de retención de cuotas obrero-patronales del artículo 35 de la Ley Constitutiva de la Caja del Seguro Social. (Trejos y Fallas, 2018, pp. 230-231).

Por esta vía podemos vincular de forma indirecta todos los delitos de peligro abstracto con algún bien jurídico individual lo que conllevaría vaciar de contenido la teoría del bien jurídico.

Nuestra propuesta radica entonces en exigir en los delitos, cuya punición descansa en un bien jurídico colectivo, una relación directa con un bien jurídico individual cuyo titular sea una persona con nombre, apellido y hasta

---

<sup>7</sup> El artículo 704 del Código Civil dispone lo siguiente: “En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse”.

número de cédula. Este es un examen que debe realizarse en cada caso en concreto al momento de determinar la antijuricidad material de la conducta.

Una vez introducida la teoría personal del bien jurídico entraremos en materia: ¿Qué entendemos por la integridad del sistema electoral?

### 3. LA INTEGRIDAD DEL SISTEMA ELECTORAL: ¿UN BIEN JURÍDICO INDIVIDUAL O COLECTIVO?

Consideramos que la principal amenaza a la integridad del sistema electoral lo constituye la práctica de efectuar *lobbies*. Dejaremos a Marie-Anne Cohendet realizar una definición:

Estos *lobbies* son muy diversos y podemos apreciarlos diferentemente en función de nuestras convicciones. Entre los más importantes figuran grandes grupos industriales y/o comerciales como los mercaderes de tabaco, armas o grupos petroleros que juegan, por ejemplo, un papel determinante cuando consiguen convencer a la mitad de la población que el calentamiento global es una teoría discutida y que por ello no es necesario implementar medidas enérgicas ni ratificar el tratado de Kioto. Entre ellos también están asociaciones de todo tipo, que defienden toda clase de ideas, como asociaciones ecologistas o religiosas. A veces, grandes grupos comerciales pueden servirse de la máscara de estas asociaciones. (2013, p.326)<sup>8</sup>.

Por medio de *lobbies* se pueden convenir ayudas financieras para las campañas electorales a cambio de promesas<sup>9</sup> (Cohendet, 2013, p. 216). Esta práctica permite que algunas minorías cuenten con una capacidad

---

<sup>8</sup> Texto original: «*Ces lobbies sont très divers et on peut les apprécier différemment en fonction de ses convictions. Parmi les plus importants figurent des grands groupes industriels et/ou commerciaux comme ceux des marchands de tabac, ou des marchands d'armes, ou des groupes pétroliers qui jouent par exemple un rôle très déterminant lorsqu'ils parviennent à convaincre la moitié de la population que le réchauffement climatique est une théorie discutée et donc qu'il n'y a pas lieu de prendre des mesures énergiques ni de ratifier le traité de Kyoto. Parmi eux il y a aussi des associations en tout genre, qui défendent toutes sortes d'idées, comme des associations écologistes ou des associations religieuses. Des grands groupes peuvent aussi se servir parfois du masque d'associations*».

<sup>9</sup> Ya sean exoneraciones fiscales, contrataciones administrativas, modificaciones en leyes y reglamentos, etc. En ese sentido, para la realidad costarricense, César Hines Céspedes aporta los siguientes ejemplos: Ley de incentivos para el sector turístico; Ley de certificados de abono tributario; Ley de zonas francas de Costa Rica; Ley de creación del fondo de contingencias agrícolas; Ley reguladora de todas las exoneraciones vigentes (Hines, 2016).

persuasiva considerable entre los gobernantes, poniendo en peligro la integridad del régimen electoral y la legitimidad del Estado (Hines, 2016).

Además de los *lobbies*, existe una serie de prácticas fraudulentas más tradicionales como la manipulación del padrón electoral (art. 278 CE), los delitos contra las juntas electorales (arts. 271 y 272 CE), delitos contra la libre determinación del votante (art. 279 CE), la falsedad de la hoja de adhesión a un partido (art. 280 CE) que pueden atentar contra la voluntad popular. La “Ley de estupefacientes” (n.º 8204), en su numeral 68, también castiga a quien financie actividades “político-electorales” con recursos provenientes del narcotráfico o de la legitimación de capitales.

Consideramos que el sistema<sup>10</sup> electoral es un concepto amplio “que abarca las normativas jurídico-positivas y consuetudinarias que regulan la elección de representantes o de personas para cargos públicos” (Nohlen, 2017, p. 1037). Comprende los organismos electorales del artículo 4 del CE (TSE, Registro Electoral, Registro Civil y las juntas electorales), los partidos políticos, el proceso electoral, el modo de escrutinio<sup>11</sup>, y la jurisdicción electoral. Estos conceptos han sido tratados anteriormente en otros artículos de esta revista<sup>12</sup> por lo que aquí no los definiremos.

Básicamente, se trata del sistema de frenos y contrapesos estructurales y funcionales que se ha desarrollado para garantizar la pureza del sufragio y el respeto a la decisión popular expresada en las urnas (Bou, 2010).

En palabras de Cohendet: “Entendemos por el sistema electoral el conjunto de los elementos relativos a la organización de las elecciones” (2013, p. 109)<sup>13</sup>. Philippe Ardant enfatiza en su componente político: “Un sistema electoral está constituido por el conjunto de modalidades técnicas por medio de las

---

<sup>10</sup> Al utilizar la palabra “sistema” nos inclinamos por una epistemología sistémico-constructivista desarrollada por Luhmann (1997).

<sup>11</sup> Nosotros distinguimos entonces el sistema electoral del modo de escrutinio, ya sea este mayoritario, proporcional o mixto. Por un lado Cohendet, Lauvaux y Ardant realizan la misma distinción que nosotros, mientras Hernández Valle utiliza el concepto de “sistema electoral” para referirse al modo de escrutinio.

<sup>12</sup> Sufragio (Herrera y Villalobos, 2006); Campaña electoral (Rial, 2015); y (Palacios, 2018). Ver el artículo 149 del CE. Partidos políticos (Scherlis, 2016); y (Fischer-Bollin, 2013). Ver los artículos 48 a 85 del CE. Proceso electoral (Fernández, 2006) y (Sobrado, 2009). Ver los artículos 143 a 218 del CE. Jurisdicción electoral (Sobrado y Brenes, 2016). Ver los artículos 219 a 270 del Código Electoral. Acerca de todos estos temas también se puede consultar el manual “Derecho electoral costarricense” de Rubén Hernández Valle (2004) y el artículo “El derecho electoral costarricense” de Jorge Enrique Romero Pérez (2013).

<sup>13</sup> Texto original: «Le système électoral est entendu ici comme étant l'ensemble des éléments relatifs à l'organisation des élections».

cuales se persiguen objetivos políticos” (2006, p. 201)<sup>14</sup>. Por su lado, Philippe Lauvaux recuerda que: “Los sistemas electorales son, en las democracias representativas modernas, con el sistema de partidos, la base de toda la organización política” (2004, p. 108)<sup>15</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>16</sup> y la doctrina han considerado que la equidad, o *par conditio*, es una condición indispensable de los sistemas electorales (Dalla, 2015; Valverde, 2016; Solís 2010; Hamon y Troper, 2017; y Cohendet, 2013). Lo formularemos por medio de una traducción de Favoreu: “El primer principio que aquí se aplica es el de igualdad entre los candidatos que se manifiesta por la igualdad de medios” (2014, p. 611)<sup>17</sup>. Consideramos que este es el principio general que se encuentra detrás del bien jurídico de la transparencia del sistema electoral.

A la luz del desarrollo conceptual que realizamos, se confirma que se trata de un bien jurídico colectivo. El desarrollo doctrinal que expusimos en el apartado anterior nos obliga a formularnos la siguiente pregunta: ¿La transparencia del sistema electoral puede tener una relación directa con un bien jurídico individual?

Los artículos 93 de la Constitución y 23.1C de la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen a la ciudadanía el derecho al voto. Efectivamente, a partir del sufragio universal se trata de un derecho (o una función) que ejercen todas las personas costarricenses mayores de 18 años (art. 90 de la Constitución). La doctrina concuerda en su carácter personal (Hernández Valle, 2004; Hamon y Troper, 2017; Favoreu, 2014).

Desde esta óptica, estos individuos tienen un interés directo en que se garanticen la equidad y la transparencia del sistema electoral. Aunque lo repetimos, es un análisis que se debe realizar para cada caso en concreto al momento de determinar la antijuricidad material de la conducta.

---

<sup>14</sup> Texto original: «Un système électoral est donc constitué par un ensemble de modalités techniques à travers lesquelles sont poursuivis des objectifs politiques».

<sup>15</sup> Texto original: «Les systèmes électoraux sont ainsi, dans les démocraties représentatives modernes, avec les systèmes de partis, à la base de toute l'organisation politique».

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio 2005; Caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia del 28 de agosto 2013; y Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia del 1 de setiembre 2011.

<sup>17</sup> Texto original: «Le premier principe qui s'applique ici est celui de l'égalité entre les candidats qui se manifeste par l'égalité des moyens».

Aunque reconocemos que la integridad del sistema electoral es un bien jurídico que se puede vincular directamente con bienes jurídicos individuales, esto no quiere decir que consideremos que el derecho penal sea la mejor herramienta para asegurar este bien jurídico.

#### **4. LA INVASIÓN DEL DERECHO PENAL Y EL ABANDONO DE LA ÚLTIMA RATIO**

Aunque la doctrina -en apego a la dignidad humana- la rechaza vehementemente, existe una tendencia a instrumentalizar el cuerpo humano como un mensaje del poder del Estado (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2000; Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005; Zaffaroni, 2005; Llobet, 2008 y Balzacq, 2016).

Desde la ejecución del parricida que describe Foucault (1972), de Pablo Presbere a quien arcabucearon y descuartizaron en 1709 (Ibarra, 2003), de José Gabriel Túpac Amaru a quien también descuartizaron y cortaron la lengua en la plaza de armas de Cuzco el 18 de mayo de 1781 (Cahill, 2003) hasta el caso de Juana Josefa de Bonilla a quien en 1727 el gobernador de Costa Rica obligó a “pasear por las calles [...], descubierta de medio cuerpo para arriba y montada en una mula”(Abarca, 2001, p. 200); se castigó para transmitir el mensaje de que ningún individuo se puede sustraer al “todo poderoso Estado”<sup>18</sup>.

Básicamente, se trata de la prevención general según la cual “la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan” (Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005, p. 39).

El derecho, todas sus ramas y no solamente la penal, reviste de un importante papel simbólico (Salas, 2006). Sin embargo, por regla general también persigue otros fines más allá del mensaje. Cuando estos fines son difícilmente alcanzables por medio de la sanción penal, podemos afirmar que nos encontramos frente al denominado “derecho penal simbólico” (Sanz y García, 2017 y Borja, 2011). Reformularemos la idea anterior mediante una referencia bibliográfica que indica: “El sistema penal es utilizado como un mero instrumento, coyuntural y político, destinado a tranquilizar inquietudes, inseguridades, e incluso a dirigir la conciencia de los ciudadanos” (Sanz y García, 2017, p. 127).

---

<sup>18</sup>Acerca de esta concepción maquiavélica del Estado se puede consultar a Echandi Guardián, 2009.

Desde la criminología se ha constatado que el derecho penal ha “invadido” muchos de los conflictos que antes eran abarcados por otras ramas del derecho (Simon, 2011).

Al legislar normas penales en materia de delitos electorales, se da la impresión de que se está afrontando el problema de una forma “rápida y eficaz” con la herramienta más poderosa del Estado, sin tener realmente que realizar los cambios estructurales que son necesarios para prevenir y mitigar los efectos de la corrupción en el sistema electoral.

De manera prácticamente unánime<sup>19</sup>, la doctrina ha considerado que el derecho penal debería ser *la última ratio*. No se trata solamente de privilegiar mecanismos menos violentos que puedan atenuar la corrupción y las irregularidades electorales, sino que también “[...] el instrumento penal no es en muchas ocasiones y materias el mejor instrumento para solucionar el grave conflicto social que pueda estar detrás” (Sanz y García, 2017, p. 128).

Al ser la respuesta más violenta dentro del repertorio del Estado, se protege al imputado mediante una serie de garantías. En tesis de principio -atendiendo al principio de igualdad- el político que amaña elecciones goza de las mismas garantías penales que las del ladrón que hurta una caja de atún del supermercado. Esto vuelve el accionar de la justicia en materia de delitos electorales muy difícil al punto de volverla prácticamente inoperante.

Ilustraremos este postulado por medio de algunos ejemplos. El inciso d) del artículo 275 CE pena con prisión de dos a seis años: “A los candidatos(as) y precandidatos(as) oficializados por el partido político que reciban contribuciones, donaciones o aportes directamente”.

Atendiendo al principio de prohibición de analogía, se puede leer la norma de la siguiente manera: Es impune a todo aspirante a una candidatura que reciba directamente contribuciones, donaciones o aportes; hasta tanto no haya sido oficializado por el partido político.

El inciso a) del artículo 276 CE castiga al tesorero del partido político que reciba contribuciones provenientes de personas jurídicas o extranjeros. Se

---

<sup>19</sup>Otra vez daremos una lista de autores que se han inclinado por esta línea doctrinal: Ferrajoli, 2000; Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2000; Alagia, Slokar y Zaffaroni, 2005; Roxin, 1997; Quintero, 2000; Muñoz y García, 2010; Berdugo, Pérez y Zúñiga, 2016; Chinchilla y García, 2005; Chirino, 2004; Ríos, 2013; Sanz y García, 2017 y Binder, 2014. Este último autor hace una interesante división de este postulado por medio de subprincipios: *última ratio* en sentido estricto; mínima intervención; no naturalización; economía de la violencia; utilidad; y respaldo.

trata de lo que la doctrina ha clasificado como un delito especial propio (Castillo, 2008, pp. 383-384). Atendiendo al elemento cognitivo del dolo y al principio de imputación subjetiva del hecho<sup>20</sup> según el cual “[...] se prohíbe castigar a una persona por un hecho ajeno” (Berdugo, Pérez y Zúñiga, 2016, pp. 367-370), basta con que no se pueda probar que los demás miembros de la agrupación política conocían del origen de los fondos para asegurar su impunidad.

En otras palabras, si los integrantes de un partido político quieren financiar impunemente su campaña con fondos ilícitos, nada más deben asegurarse de que no queden evidencias escritas (correos electrónicos, mensajes de texto o Whatsapp, etc.) que demuestren su conocimiento del origen ilícito de los fondos y que el tesorero acepte su responsabilidad penal “quedándose callado”.

Aunque solamente se trate de dos ejemplos, esta dinámica puede repetirse en mayor o menor medida con la mayoría de los delitos electorales confirmando el viejo refrán popular: hecha la ley, hecha la trampa.

Finalizaremos este apartado con otra crítica. Desde la dosimetría penal, en este país es más grave robarse un teléfono mediante el uso de un arma que amañar unas elecciones. La pena más alta dispuesta para los delitos electorales es de seis años de prisión<sup>21</sup> mientras que el robo agravado se castiga con hasta 15 años de prisión.

## **5. CONCLUSIÓN**

La historiografía nacional contemporánea ha determinado que si bien los fraudes realizados en las citas comiciales de 1944 y 1948 no fueron determinantes al momento de inclinar la balanza electoral, esos llevaron al país a una guerra civil (Molina y Lehoucq, 1999; y Díaz, 2015).

La integridad del sistema electoral es un bien jurídico colectivo que puede relacionarse directamente con uno individual: la libre determinación de los

---

<sup>20</sup>El artículo 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”. Muñoz Conde (2010, pp. 92-94) y Zaffaroni (2005, pp. 120-121) lo denominan “principio de culpabilidad” mientras que Castillo (2008, p. 388) y Roxin (1997, pp. 346-347) se refieren a la “causalidad”.

<sup>21</sup>Se tiene que hacer la salvedad del tipo penal del artículo 68 de la “Ley de psicotrópicos” el cual contiene una pena máxima de 15 años de prisión. Lo que tampoco resta validez a nuestro cuestionamiento, pues, sigue siendo igual de grave financiar un partido con dinero del narcotráfico que robarse un celular.

ciudadanos al momento de ejercer el derecho al voto. Aunque -lo volvemos a repetir-, consideramos que esta relación debe establecerse en cada caso concreto al momento de ponderar la antijuricidad material de la conducta, no encontramos problemas dogmáticos con el desarrollo conceptual de este bien jurídico.

Esto no quiere decir que pensemos que el derecho penal sea la vía indicada para garantizar la integridad del sistema electoral. Compartimos la conclusión de Nieves Sanz Mulas y Alberto García Chaves, al zanjar que “En definitiva, se trata de otro ejemplo de Derecho penal simbólico, que pretende mostrar a la sociedad una inflexibilidad frente al castigo de unas conductas que realmente no se quieren castigar, y que al final no se castigan” (Sanz y García, 2017, p. 439).

Debemos atemperar un poco la afirmación anterior: el Ministerio Público ha perseguido dirigentes de partidos políticos y los tribunales penales los han condenado<sup>22</sup>.

Al intentar poner el punto final de esta investigación nos damos cuenta de que hemos omitido por completo la nueva manera de inclinar fraudulentamente la balanza electoral: las noticias falsas (o *fakes news*), pues estas son una suerte de información mistificada –a veces a conveniencia de grupos de poder-, para crear en el imaginario colectivo ciertas ideas que de forma casi inmediata se vuelven redituables a los fines de tales grupos.

Efectivamente, al calor de las últimas campañas hemos percibido que algunas personas crean perfiles dentro de las redes sociales para divulgar notas calumniosas o difamatorias en contra de algún candidato.

La mayoría de estas conductas ya encajan dentro de los delitos contra el honor del Código Penal. Sin embargo, no faltará quien proponga una legislación más represiva creyendo que es la mejor alternativa para solucionar este problema y el derecho penal seguirá “invadiendo” poco a poco las demás ramas del derecho, hasta convertirse en la única *ratio*.

---

<sup>22</sup>Mediante la sentencia 1491-2017 el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José confirmó la sentencia condenatoria 1146-2016 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José; la Sala de Casación Penal, mediante la sentencia 1025-2017, declaró sin lugar los recursos interpuestos contra la sentencia 999-2016 confirmando de esta forma la sentencia condenatoria dictada en primera instancia. Aunque técnicamente no se trató de los tipos penales regulados en el CE, consideramos que sí es un delito electoral, ya que se acreditaron estafas en perjuicio del Tribunal Supremo de Elecciones.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abarca, C. (2001). *Castigados: Poder político y sanción penal en Costa Rica (1750-1880)*. San José, C.R.: C.A Abarca V.
- Alagia, A., Slokar, A. y Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal; Parte General. Vol. I*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Alagia, A., Slokar, A. y Zaffaroni, R. (2005). *Manual Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Ardant, P. (2006). *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris, Francia: L.G.D.J.
- Balzacq, T. (2016). *Théories de la sécurité*. Paris, Francia: SciencesPo Les presses.
- Bauman, Z. (2013) *Miedo líquido*. Traducido por Santos Mosquera, A. México D.F, México: Paidós.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo*. Traducido por Navarro, J; Jiménez, D; y Borrás, R. Barcelona, España: Paidós.
- Beck, U. (2002). *La Sociedad del riesgo global*. Traducido por Alborés Rey, J. Madrid, España: Siglo XXI.
- Berdugo, I., Pérez, A. y Zúñiga, L. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Vol. I*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Binder, A. (2014). *Introducción al Derecho Procesal Penal. Vol. II*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Borja, E. (2011). *Curso de política criminal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Bou, Z. (Ene.-Jun., 2010). Sistema electoral costarricense, seis décadas de probada efectividad. *Revista de Derecho Electoral*, (9), 1-31.
- Bourke, J. (2002). *La segunda guerra mundial: Una historia de víctimas*. Traducido por Pozanco, V. Barcelona, España: Paidós.
- Brenes, A. (2017). *Tratado de las obligaciones*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Cahill, D. (2003). Nobleza identidad y rebelión. Los incas nobles del Cuzco frente a Túpac Amaru (1778-1782). *Histórica*, (27), 9-49.

- Cancio, M. (Ago.-Set., 2000). Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. En *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, pp. 29-31. Universidad de Piura de Santiago de Surco, Perú.
- Castillo, F. (2008). *Derecho Penal; Parte General*. Vol. I. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Castillo, F. (2015). *El bien jurídico penalmente protegido*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Cathalifaud, M.A. (1997). Introducción a las epistemologías sistémico/constructivistas. *Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, (2), 88-95.
- Chinchilla, R. y García, R. (2005). *En los linderos del Ius Puniendi*. San José, C.R.: IJSA.
- Chirino, A. (2004). Perspectivas para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica. En Rivero Sánchez, J y Llobet Rodríguez, J (Eds.). *Democracia, justicia y dignidad humana*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Cohendet, M. (2013). *Droit constitutionnel*. Paris, Francia: Lextenso éditions.
- Dalla, A. (Ene.-Jun., 2015). Integridad y equidad electoral: El uso de las franjas en los medios de comunicación durante las campañas electorales. *Revista de Derecho Electoral*, (19), 31-89.
- Díaz, D. (2015). *Crisis social y memorias en lucha: guerra civil en Costa Rica, 1940-1948*. San José, C.R.: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Echandi, M. (2009). El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la teoría del Estado. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (119), 155-184.
- Favoreu, L. et al. (2014). *Droit constitutionnel*. Paris, Francia: Dalloz.
- Fernández, L. (1991). El ilícito electoral. *Revista de Análisis y Actualización Jurídica*, (2), 22-33.
- Fernández, H. (Ene.-Jun., 2006), El proceso electoral. *Revista de Derecho Electoral*, (1), 1-28.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón*. Traducido por Perfecto, I; Ruiz, A; Bayón, J.C.; Terradillos, J; y Cantarero, R. Madrid, España: Trotta.

- Fischer-Bollin, P. (2013). Los partidos políticos en una democracia: funciones, tareas y desafíos. *Revista de Derecho Electoral*, (16), 202-217.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. Paris, Francia: Gallimard.
- Ibarra, E. (2003). *Las sociedades cacicales de Costa Rica: Siglo XVI*. San José, C.R.: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Hamon, F. y Troper, M. (2017). *Droit constitutionnel*. Paris, Francia: LGDJ.
- Hassemer, W. (1995). *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. En Bustos Ramírez, J (Ed.). *Pena y Estado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo, y responsabilidad*. Traducido por Muñoz Conde, F; y Díaz Pita, M. Bogotá, Colombia: Temis.
- Hava, E. (2017). *Financiación ilegal de partidos políticos*. Terradillos Boscos J.M. (Ed.). *Lecciones de derecho penal. Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Hernández, R. (2004). *Derecho electoral costarricense*. San José, C.R.: Editorial Juricentro.
- Herrera, E. y Villalobos, E. (Ene.-Jun., 2006). Sufragio y principio democrático: Consideraciones sobre su existencia y vinculancias. *Revista de Derecho Electoral*, (1), 1-23.
- Hines, C. (2016). *Legitimidad del Estado*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Huertas, E. (1994). Los delitos electorales en la reforma electoral 1994. *Criminalia*, (2), 99-106.
- Lauvaux, P. (2004). *Les grandes démocraties contemporaines*. Paris, Francia: PUF.
- Laplacette, D. (2001). *Defensa del orden constitucional*. Bedeni G. (Ed.). *Nuevas perspectivas en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: ADHOC.
- Leandro, H. (2011) . *Delitos de peligro abstracto*. San José, C.R.: IJSA.
- Llobet, J. (2008). *Derechos Humanos en la justicia penal*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.

- Llobet, J. (2015). *Nacionalsocialismo y Antiguarantismo penal (1933-1945)*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Maroto, M. (2015). *La financiación ilegal de partidos políticos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Muñoz, F; y García, M. (2010). *Derecho Penal; Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Molina, I. y Lehoucq, F. (1999). *Urnas de lo inesperado*. San José, C.R.: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Montero, F.(1999). *Obligaciones*. San José, C.R.: Premiá Editores.
- Moreno, M. (1994). *Delitos electorales. Algunos lineamientos para el Ministerio Público*. México D.F., México: Procuraduría General de la República.
- Nohlen, D. (Jul.Dic., 2015). *Sistemas electorales y justicia electoral a debate*. *Revista de Derecho Electoral*, (20), 1-33.
- Nohlen, D. (2017). *Sistemas electorales*. Guevara Castro, A; y Vincenzi Guilá, S. *Diccionario de derecho electoral*, T.II. San José, C.R.: IIDH y Tribunal Electoral de la Federación de México.
- Palacios, L.G. (Jul.-Dic., 2018). *Libertad de expresión y propaganda electoral a partir de la lectura moral de la Constitución propuesta por Ronald Dworkin*. *Revista de Derecho Electoral*, (26), 144-160.
- Quintero, G. (2000). *Manual de Derecho Penal*. Madrid, España: Aranzadi.
- Rial, J. (Ene.-Jun., 2015). *Medios y campañas electorales. Retos para la equidad*. *Revista de Derecho Electoral*, (19), 328-341.
- Ríos, J. (2013). *Concepto del nuevo derecho penal*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Rivero, J. (2001). *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Medellín, Colombia: DIKÉ.
- Romero, J. (2013). *El derecho electoral costarricense*. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, 2(1), 115-140.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal; Parte General*. Traducido por Díaz, M; Vicente Remesal, J; y Luzón Peña, D. Madrid, España: Civitas.

- Salas, R. (2006). *La sanción penal. Síntoma de un orden social*. San José, C.R.: IJSA.
- Sanz, N, y García, A. (2017). *Manual de política criminal*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.
- Scherlis, G. (Ene.-Jun., 2016). La regulación de los partidos latinoamericanos y su integración territorial. *Revista de Derecho Electoral*, (21), 144-192.
- Silva, J. (2001). *La Expansión del Derecho Penal*. Madrid, España: Civitas.
- Sobrado, L.A. (Ene.-Jun., 2010). El régimen electoral en la Constitución de 1949. *Revista de Derecho Electoral*, (9), 1-29.
- Sobrado, L.A; Brenes Villalobos, L.D. (Ene.-Jun., 2016). Enseñanza del Derecho Electoral en Costa Rica. *Revista de Derecho Electoral*, (21), 31-42.
- Solís, A. (2010). *El régimen constitucional de los derechos políticos*. Carvajal Pérez. M. (Ed.). Constitución y Justicia Constitucional. San José, C.R.: Colegio de Abogados de Costa Rica; y Poder Judicial de Costa Rica.
- Trejos, S; y Fallas, J. (2018). *La teoría del bien jurídico como un límite al topos discursivo de la seguridad ciudadana* (Tesis de licenciatura). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.
- Valverde, R. (Ene.-Jun., 2016). Avances doctrinarios para la teoría democrática y los derechos humanos relacionados con la participación política: Integridad, equidad en la contienda electoral y el nuevo papel de los jueces electorales. *Revista de Derecho Electoral*, (19), 328-341.
- Zaffaroni, R. (2015). *Apuntes sobre el bien jurídico: Fusiones y (con)fusiones*. González Álvarez, D y Llobet Rodríguez, J (Eds.). Derecho Penal y Constitución. Libro en memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora. San José, C.R.: Corte Suprema de Justicia y Universidad de Costa Rica.
- Zaffaroni, R. (2005). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.