

CIENCIAS PENALES

DICIEMBRE 89

AÑO 1 Nº 1

REVISTA DE LA ASOCIACION
DE CIENCIAS PENALES
DE COSTA RICA



CONSEJO EDITORIAL

Javier Llobet Rodríguez
Carlos Tiffer Sotomayor
Juan Marcos Rivero Sánchez

DIRECTIVA DE LA ASOCIACION

Presidente:
Javier Llobet Rodríguez
Vicepresidente:
Carlos Tiffer Sotomayor
Secretario:
Juan Marcos Rivero Sánchez
Tesorera:
Cecilia Sánchez Romero
Vocal:
Rafael Gairaud Salazar

Fiscal:
Alfonso Chávez Ramírez

SUMARIO

| | |
|--|----|
| La Vigencia formal de la justicia penal militar en Costa Rica..... | 3 |
| <i>Daniel González A.</i> | |
| Política Criminal, Criminalización, descriminalización y medios sustitutivos a la prisión (Análisis concreto de la problemática contravencional) | 7 |
| <i>Eric Alfredo Chirino S.</i> | |
| La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos..... | 19 |
| <i>Juan Marcos Rivero S.</i> | |
| La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano | 24 |
| <i>Carlos Tiffer S.</i> | |
| La Extradición (Nociones y principios generales) | 36 |
| <i>José Manuel Arroyo G.</i> | |
| Las nulidades en el proceso penal..... | 46 |
| <i>Mario A. Houed V</i> | |
| El desistimiento voluntario | 49 |
| <i>Javier Llobet R.</i> | |

PRESENTACION

Hace aproximadamente dos años un grupo de profesionales en Derecho decidimos formar una Revista de comentarios de jurisprudencia, especializada en materia penal. El Ilanud apoyó la idea, y surgió así la Revista Jurisprudencia Crítica, publicada por la mencionada institución, habiéndose editado a la fecha 3 números y el No. 4 se encuentra en Prensa.

Durante mucho tiempo funcionamos como asociación de hecho, pero en un determinado momento llegamos al convencimiento de que deberíamos darle forma jurídica a nuestra asociación, y además crear nuestra propia revista. Fue así como en setiembre del presente año creamos la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. El fin de ésta es fomentar el estudio de la totalidad de las ciencias penales, en especial del Derecho Penal Material, El Derecho Procesal Penal y la Criminología. Los requisitos para ser asociado son: "a) Solicitud por escrito dirigida a la Junta Directiva. b) Recomendación de dos asociados. c) Cumplir uno de los siguientes requisitos: 1) haber publicado al menos un artículo en la Revista de la Asociación, o en otra Revista en la cual la Asociación tenga alguna intervención. Se entenderá cumplido este requisito con la simple aprobación del artículo por el Consejo Editorial de la Revista respectiva. Los artículos publicados en los números uno, dos, tres y cuatro de la Revista Jurisprudencia Crítica valdrán también para el cumplimiento de este requisito. 2) Encontrarse inscrito como Especialista en Derecho Penal en el Registro de Especialidades de la Corte Suprema de Justicia o en el del Colegio de Abogados. d) Para la aceptación como asociado se necesita además el voto afirmativo de la mayoría del número de miembros presentes en la reunión de Junta Directiva respectiva". Debe tenerse en cuenta que no es requisito el ser abogado, por lo que pueden ser asociados médicos, psicólogos, etc. Para facilitar el ingreso de estos otros profesionales es que se reguló el supuesto identificado con la letra c), numeral 1), antes transcrito. Es importante anotar que la Asociación surge alrededor de la Revista Ciencias Penales, cuya consolidación será su principal tarea, aunque pretende en un futuro la realización de otras actividades destinadas al fomento de las Ciencias Penales, tales como mesas redondas, conferencias y seminarios.

La Revista de la Asociación será de publicación semestral. El contenido del primer número es el siguiente:

El Dr. Daniel González Álvarez, Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y Profesor de la Universidad de Costa Rica, nos presenta el artículo "La vigencia formal de la justicia penal militar en Costa Rica". Se trata de un estudio de carácter histórico sobre el Derecho Penal Militar en Costa Rica. Debe resaltarse el que las normas de procedimiento establecidas en el Código Penal Militar de 1898 se anticiparon a las de la justicia común, estableciendo muchas instituciones que fueron aceptadas por esta última hasta la entrada en vigencia del actual Código de Procedimientos Penales, en 1975.

Un estudioso de la materia contravencional escribe sobre ésta. Se trata del Lic. Alfredo Chirino Sánchez, Funcionario del Ilanud y Profesor de la Universidad de Costa Rica. El artículo se denomina "Política Criminal, criminalización, descriminación y substitutivos de la prisión (Análisis concreto de la problemática contravencional)". Es un estudio criminológico sobre las contravenciones, que complementa el de carácter jurídico, aparecido en la Revista Jurisprudencia Crítica No. 3. Hace una crítica a la legislación sobre contravenciones, tanto con respecto a las conductas sancionadas como con relación a la pena prevista. Igualmente critica la forma en que se realiza el proceso contravencional en la práctica. Propone la descriminación, la creación de substitutivos a la prisión en que se convierte la multa impuesta, y una reforma al Poder Judicial, pretendiendo que los jueces que conocen de la materia penal estén en continua rotación.

"La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos" es el nombre de la investigación hecha por el Lic. Juan Marcos Rivero Sánchez, Secretario de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centro América. El autor propone una interpretación diferente a la dada hasta el momento por la doctrina y jurisprudencia nacional con respecto a la norma que regula la pena que corresponde imponer en los casos en que existe un concurso ideal. Señala que como consecuencia del principio de legalidad se impone la solución de que el aumento de la pena sea dentro de los márgenes que corresponden al delito más grave, y no más arriba del margen mayor de dicho delito.

El Lic. Carlos Tiffer Sotomayor, abogado litigante que ha cruzado estudios de especialización en la Universidad de Frigurgo, Alemania Federal, escribe sobre "La posición jurídica del ofendido en el proceso penal latinoamericano". Sin lugar de dudas la situación jurídica del ofendido en el proceso penal siempre es un tema de actualidad. El ensayo presenta un rico y valioso enfoque bajo la perspectiva del Derecho Comparado, no sólo latinoamericano, sino también europeo y americano. Muestra las tendencias actuales de la legislación y la doctrina sobre la víctima del delito.

Un estudio de gran valor sobre un tema de mucha actualidad en nuestro país es el que nos ofrece el Lic. José Manuel Arroyo Gutiérrez, Juez Superior Penal de San José y Profesor de la Universidad de Costa Rica. Se refiere a la extradición, señalando los conceptos y principios generales sobre ella.

El resumen de una conferencia dictada en el Colegio de Abogados, titulada "Las nulidades en el proceso penal", es lo que nos presenta el Dr. Mario Alberto Houed Vega, Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y Profesor de la Universidad de Costa Rica. Se trata de uno de los temas más importantes del Derecho Procesal Penal, y sobre el cual el profesor Houed Vega es un gran conocedor, por cuanto durante varios años impartió en el Posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, el curso acerca de las nulidades en el proceso Penal.

El suscrito, Secretario de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y Profesor de la Universidad de Costa Rica, me refiero al desistimiento voluntario. Es un tema polémico por la variedad de las posiciones sostenidas en doctrina. La investigación pretende completar la que publicara junto con el Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz, titulada "El itercriminis", en la que no se estudió el tema del desistimiento en forma lo suficiente exhaustiva.

Javier Llobet Rodríguez
Director

LA VIGENCIA FORMAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COSTA RICA

Daniel González Álvarez

Sumario: 1. Introducción. 2. Los Códigos Militares de 1871. 3. El Código Militar de 1884. 4. Nueva vigencia de los Códigos Militares de 1871 y parcialmente el de 1884 (de octubre de 1885 hasta 1898). 5. La legislación militar de 1898. a. Textos legales aprobados. b. El Código de Justicia Militar de 1898. c. Reformas posteriores a 1898. 6. La vigencia formal del Código de Justicia Militar de 1898. a. La abolición del ejército. b. Las derogatorias de los Códigos Penales del presente siglo y la vigencia formal del Código Militar de 1898.

1. Introducción

Desde la abolición del ejército el 1° de diciembre de 1948, la justicia penal militar ha perdido vigencia real, efectiva, y cierta en nuestro país. Ello ha contribuido, justificadamente, a que perdiéramos contacto con todos los códigos militares patrios, y que nos despreocupáramos de su estudio, al extremo de tener que preguntarnos si existe legislación penal militar vigente en Costa Rica.

Con el fin de ubicar esos textos, sus citas legales, sus períodos de vigencia, sus modificaciones y de comenzar a participar en la discusión sobre su vigencia, así como por el interés histórico-jurídico, creímos oportuno escribir estas líneas.

2. Los Códigos Militares de 1871

Durante el gobierno del General Tomás Guardia, éste como presidente provisorio de la República promulgó tres cuerpos legales referidos a lo militar: el Código Militar de la República de Costa Rica, el Código Penal Militar, y la Ley Sobre Organización Militar, aprobados en el Palacio Nacional el 11 de mayo de 1871¹.

Entre las Consideraciones invocadas para aprobar el Código Militar, el General Guardia señaló "Que las leyes vigentes de la República y que determinan los deberes y obligaciones de los militares, son las contenidas en las ordenanzas generales del ejército, expedidas por el Rey Don Carlos III de España en el Siglo pasado", y "qué estas ordenanzas, además de ser deficientes, fueron dictadas bajo el régimen de una monarquía absoluta, y no pueden conformarse ni con nuestro actual estado de civilización ni con nuestras instituciones democráticas".

No obstante en lo que respecta a la organización militar, la propia Ley Sobre Organización Militar de 1871 señaló que derogaba el decreto orgánico de 2 de diciembre de 1850 referido al tema.

El Código Penal Militar de 1871 inicia con disposiciones de Derecho Penal General, incursionando en la descripción del delito consumado, la tentativa, de la autoría y la complicidad; señala algunas causas que excluyen la responsabilidad penal; estatuye las sanciones de muerte, presidio, prisión, extrañamiento, "ser borrado de la lista" y la destitución del empleo. Así como también se refiere a la graduación de las penas, a las circunstancias que las agravan o atenúan y a la prescripción. Luego contiene una extensa parte especial referida a la descripción de los delitos militares y finaliza con escasas normas dedicadas a la "competencia penal".

3. El Código Militar de 1884

Mediante el Decreto N° 18 de la "Comisión Permanente" del Congreso de la República del 21 de enero de 1884, sancionado ese mismo día por el entonces Presidente don Próspero Fernández y su Ministro de Estado en el Despacho de Guerra Bernardo Soto, se aprobó el *Código Militar de 1884*, el cual fue ratificado por la Ley Número 44 del 25 de julio de 1884 del Congreso Constitucional de la República².

El Código de 1884 es amplísimo, de 1188 artículos y refundió en un solo texto todos los aspectos relacionados con el ejército, desde su constitución, organización y funcionamiento, hasta los delitos militares y el procedimiento de la justicia penal militar.

En cuanto a los procedimientos y a la regulación de la justicia militar, este cuerpo legal es mucho más amplio que el Código anterior, dedicándole casi doscientos artículos a ese tema.

4. Nueva vigencia de los Códigos Militares de 1871 y parcialmente el de 1884 (de octubre de 1885 hasta 1898)

Mediante el Decreto Legislativo N° X del 27 de octubre de 1885 de la "Comisión Permanente" del Congreso, sancionado ese mismo día por el Poder Ejecutivo, bajo la presiden-

1. Consultamos la edición oficial de esos textos legales, Imprenta Nacional, San José, 1871.

2. Fue publicado en partes en el Diario Oficial, desde La Gaceta N° 22 del 27 de enero de 1884 hasta La Gaceta N° 73 del 30 de marzo de 1884, las que consultamos directamente.

3. Dicha ley la consultamos en la "Colección de las Leyes y Disposiciones Legislativas y Administrativas" de 1884. Edición Oficial, Imprenta Nacional, s.f., pp. 292, 293.

cia de don Bernardo Soto⁴, se derogó el Código Militar del 21 de enero de 1884, y "...mientras se emite otro nuevo más en armonía con las instituciones y necesidades del país..."⁵ se restableció el de 11 de mayo de 1871.

No obstante ese restablecimiento, se dispuso que los juicios militares se continuarán tramitando conforme a las reglas de procedimiento y por los funcionarios señalados en el Código Militar de 1884. Ello resultaba lógico, porque los códigos de 1871 contenían muy pocas reglas sobre esa materia, mientras que el de 1884 le dedicó al procedimiento y a la competencia casi 200 artículos.

Posteriormente, mediante el Decreto L del 27 de julio de 1886 del Congreso, sancionado por el Presidente Bernardo Soto⁶, también se restablece la vigencia de los Capítulos 1 y 2, Título I, Parte 3º del Código Militar de 21 de enero de 1884, que se refieren a la tramitación de las solicitudes de pensiones y premios.

El 11 de enero de 1895, mediante el Decreto N° 9 de la "Comisión Permanente" del Congreso, sancionado por el Presidente don Rafael Iglesias⁷, se interpretaron auténticamente los artículos 1, 2, 4, 5, 6, y 7 de la Ley sobre organización militar de 11 de mayo de 1871, en relación con el artículo 940 del Código Militar de 1884, interpretación por medio de la que se declararon "individuos del ejército" y que están, en consecuencia, sujetos a la jurisdicción militar en los casos que esas leyes señalan, todos los ciudadanos obligados por esas leyes a prestar servicio militar.

La vigencia conjunta de las legislaciones militares de 1871 y 1884 se mantuvo desde octubre de 1885 hasta 1898, en que se aprueba la legislación que creemos vigente.

5. La legislación militar de 1898

a. *Textos legales aprobados:*

La legislación militar de 1898 se compone de dos textos. En primer término el *Código de Justicia Militar*, aprobado por el Decreto N° 7 de la "Comisión Permanente" del Congreso, del 12 de enero de 1898, sancionado por el ejecutivo el 14 de enero de ese año, bajo la presidencia de Don Rafael Iglesias⁸. Dicho Decreto fue ratificado por Ley N° 23 del 23 de junio de 1898 del Congreso Constitucional de la República⁹.

En segundo lugar, también forma parte de la legislación militar de la época la "*Ordenanza para el Ejército de la República*", promulgada mediante el Decreto N° 6 de la "Comisión Permanente" del Congreso, del 12 de enero de 1898, sancionado por el ejecutivo el 14 de enero de ese año¹⁰. Dicho Decreto fue ratificado por Ley N° 18 del 10 de junio de 1898 del Congreso Constitucional de la República¹¹.

b- *El Código de Justicia Militar de 1898*

De los tres Libros en que se subdivide el Código, el primero es dedicado a la "organización y atribuciones de los Tribunales Militares (arts. 1 a 105); el Segundo Libro se titula "Leyes Penales", donde se consignan las disposiciones de derecho penal general y especial (arts. 106 a 247); y, el Libro Tercero se dedica a los "Procedimientos Militares" (arts. 248 a 506).

Es interesante anticipar que por su contenido y estructura el Código de Justicia Militar de esa época es "auto-suficiente" desde el punto de vista legislativo, en cuanto reúne en sí los tres aspectos básicos y necesitados de regular para que funcione adecuadamente la justicia penal militar. En efecto, el Libro Primero puede asimilarse a una Ley Orgánica de la Justicia Militar; el Libro Segundo a un Código Penal, con su parte general y especial; y el Libro Tercero a un Código Procesal Penal.

Dicho Código, regula en el Libro Primero a los Consejos de Guerra, se refiere a los conflictos de jurisdicción, establece las atribuciones de la Corte Superior Marcial, y utiliza una nomenclatura que se introdujo en la legislación penal común con el C.P.P. de 1973, señalando la existencia de los Jueces de Instrucción, a los que distingue de los Jueces Militares que toman la decisión en sentencia. En igual sentido ya en esta primera parte se regula la intervención del Fiscal y de los defensores.

En el Libro Segundo se incluyen disposiciones de Derecho Penal General, como las relativas a las circunstancias para apreciar o eximir de responsabilidad penal; todo lo relativo a las penas, como su clasificación, naturaleza, duración, aplicación, extinción; y, finalmente, de las consecuencias civiles derivadas de la responsabilidad penal. Luego contiene varios títulos dedicados a la clasificación y descripción de los delitos propios de la actividad militar, tales como la traición, espionaje, rebelión, sedición, insubordinación, abusos de autoridad, usurpación de autoridad, aban-

4. El Decreto lo consultamos en la "Colección de las Leyes y Disposiciones Administrativas" del año de 1885. Edición Oficial, Imprenta Nacional, páginas 604 y 605.

5. Así textualmente el artículo 1 de ese Decreto del 27 de octubre de 1885.

6. El Decreto lo consultamos en la "Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas" de 1886. Imprenta Nacional, edición oficial, 1887, San José, pp. 361.

7. El Decreto lo consultamos en la "Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas" de 1895, Tipografía Nacional, San José, Tomo I, p. 16, 17, 18.

8. Consultamos la edición oficial del Código, Tipografía Nacional, San José, 1898.

9. Esa ley la consultamos en la "Colección de las Leyes y Decretos" de 1898, edición oficial, Tipografía Nacional, San José, 1898, p. 199.

10. Consultamos la edición oficial de la Ordenanza, Tipografía Nacional, San José, 1898.

11. Esa Ley lo consultamos en la "Colección de las Leyes y Decretos" de 1898, edición oficial, Tipografía Nacional, San José, 1898, p. 189.

dono de servicio, denegación de auxilio, deserción, delitos contra el "honor militar", etc., así como un título dedicado a las faltas.

Por último, en el Libro Tercero dedicado a los "procedimientos Militares" el Código contiene principios de interés, algunos de los cuales superan incluso a los del Código de Procedimientos Penales de 1910 para la justicia penal común.

En primer término en el proceso militar son partes sólo el imputado, su defensor y el fiscal (art. 251), eliminando al particular, lo que en la justicia penal común se hizo hasta en 1973.

Se instaura ya en este Código del siglo pasado la figura del Juez Instructor encargado del sumario y de ciertas tareas del plenario, pero que no interviene en la toma de decisión en sentencia (aunque paradójicamente sí en la redacción del fallo).

De acuerdo con el procedimiento señalado en dicho Código la causa se inicia con una investigación sumaria practicada por el Juez Instructor, en la cual no interviene la defensa ni el imputado. Concluida esa fase se confiere audiencia al Fiscal denominado "Auditor de Guerra", quien podrá solicitar alguno de los siguientes aspectos: a) la nulidad de los procedimientos si existen vicios; b) la ampliación del sumario si está incompleto; c) el sobreesimiento; ch) la elevación de la causa a plenario (arts. 415 y 416).

Una vez elevada la causa a plenario, el Juez Instructor continúa interviniendo, y es hasta ese momento en que se le recibe declaración al reo, pero antes se exige proveer lo de defensor (arts. 422 a 428), lo que en la justicia penal común se instauró hasta 1973 con el nuevo C.P.P.

Estando en plenario la causa continúa esa actividad instructora a cargo del Juez de Instrucción, y se regula la intervención del imputado y del defensor a la recepción de las pruebas.

Concluida esa instrucción se confiere audiencia primero al Fiscal y luego al Defensor, por 24 horas ampliables a tres días (art. 442). Al contestar esa audiencia el Fiscal puede formular la acusación fiscal que debe contener (art. 442) los siguientes aspectos: 1º "Exposición metódica" de los hechos y su calificación legal; 2º participación de los procesados; 3º circunstancias que modifiquen la responsabilidad; y 4º las posibles penas y las citas legales. Al contestar la audiencia el defensor debe limitarse a aceptar o combatir los puntos de hecho y de derecho de la acusación (art. 443).

Concluida esa fase en que se formaliza la acusación, el Juez Instructor pasa los autos a la autoridad judicial militar para que integre el "Consejo de Guerra", pero el instructor continúa interviniendo para citar a las partes, hacer señalamientos, incluso está presente en la audiencia o juicio, pero no forma parte del Tribunal de Juicio o Consejo de Guerra que debe tomar la decisión.

El Juicio es oral y público (art. 456) salvo por razones de moralidad o conveniencia. Es interesante resaltar este aspecto con el que también se anticipa, desde el siglo pasado, a la justicia penal común.

Al terminar la votación de la sentencia se llama al Juez Instructor para que redacte (sic) (art. 475) y en materia de recursos es mucho más amplio que el nuevo C.P.P., puesto que se admite el recurso de apelación a toda sentencia para ante la Corte Superior Marcial (art. 495), y si no se apela el fallo debe consultarse. Finalmente observamos que el Código contiene un procedimiento especial para contravenciones (art. 479), así como el trámite de la extradición (art. 489 ss.).

c- *Reformas posteriores a 1898*

En 1908, mediante la Ley Nº 13 del 4 de junio, el Congreso modificó el artículo 224 del Código de Justicia Militar, aboliendo la pena correccional de "golpe de vara", bajo la presidencia de don Cleto González Viquez.

El artículo 56 del Código de Justicia Militar dispone que la Corte Superior Marcial "...será integrada, según el caso, por dos Oficiales generales o superiores en servicio activo, elegidos por la Secretaría de la Guerra, en su carácter de Conjuces y, en su defecto, por pensionados milicianos...". Mediante Ley Nº 39 de junio de 1940 se modificó el artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y con su redacción actual estimamos que indirectamente modificó el artículo 56 del Código de Justicia Militar, al disponer esa norma de la L.O.P.J. que "La Corte Superior Marcial, cuyas atribuciones y jurisdicción determinará el Código de Justicia Militar, se constituirá alternativamente por una de las Salas Penales, integrada además con dos Conjuces militares de acuerdo con las disposiciones del referido Código". Desde luego, esta norma quedó desactualizada (aunque formalmente vigente), al reformarse la estructura interna de la Corte y refundirse las dos salas penales en una sola. En todo caso en la proyectada nueva L.O.P.J. se pretende eliminar esa referencia a la Corte Superior Marcial, por lo que el contenido del artículo 56 del Código Militar conservaría actualidad, de estar vigente.

Tenemos noticia también de una última reforma en 1953 bajo la presidencia de don Otilio Ulate, año en que por Ley Nº 1623 del 5 de agosto (publicada en La Gaceta Nº 190 del 23 de agosto de 1953), se reguló la competencia para conocer de las solicitudes de jubilación y pensión fundadas en los casos previstos en las Ordenanzas Militares, y se derogó expresamente el artículo 761 de dichas Ordenanzas.

6- **La vigencia formal del Código de Justicia Militar de 1898**

a- *La abolición del ejército*

El primero de diciembre de 1948 la Junta de Gobierno presidida por don José Figuerres Ferrer resolvió abolir el ejército y procedió a convertir el antiguo Cuartel Militar Bellavista en sede del Museo Nacional.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1949 acogió aquella iniciativa y plasmó el contenido del actual artículo 12 de la Carta Política, proscribiendo el ejército como institución permanente.

Mediante el Decreto Ejecutivo Nº 17357-P-SP-E-C-RE del 26 de noviembre de 1986, se declaró el 1º de diciembre de cada año como "Día de la Abolición del Ejército" en con-

memoración de aquel histórico acuerdo de la Junta de Gobierno de 1948.

Esa gran conquista político-social no descarta, sin embargo, que en nuestro país el ejército pueda constituirse como institución transitoria, y es ahí donde se plantea el problema de la vigencia de la legislación penal militar, pues esos cuerpos legales no fueron derogados en forma expresa.

b- *Las derogatorias de los Códigos Penales del presente siglo y la vigencia formal del Código Militar de 1898*

Los cuatro Códigos Penales comunes promulgados en el presente siglo han derogado todas las leyes penales que contengan tipos previstos en esos códigos, pero haciendo la salvedad, los cuatro, de las disposiciones de carácter penal militar.

En efecto, el *Código Penal de 1918*, aprobado por "Ley" N° 15 del 30 de noviembre de 1918, durante el Gobierno de don Federico Tinoco¹², dispuso en su artículo 538 lo siguiente: "Quedan derogadas todas las leyes punitivas referentes a los hechos previstos y penados en este Código, aún las que hayan especializado la represión de determinados delitos, con excepción de los que tengan el carácter de militares por referirse al servicio y disciplina del ejército en paz o en guerra..."¹³.

En igual sentido, el Código Penal de 1924, de 22 de abril de 1924¹⁴ reproduce en su artículo 561 el contenido literal del artículo 438 del C.P. de 1918 antes transcrito, reiterando así la excepción en cuanto a la derogatoria de la legislación penal militar.

En similar sentido, el Código Penal de 1941, promulgado por Ley N° 368 del 21 de agosto de 1941¹⁵, dispuso en su artículo 434 que "...Quedan asimismo derogadas, pero tan sólo en sus disposiciones de carácter punitivo, todas las leyes referentes a los hechos previstos y penados en el presente Código, con excepción de las relativas a delitos que tengan el carácter militar por referirse al servicio y disciplina del ejército, en tiempo de paz o en estado de guerra...". Esa misma norma es reiterada por el artículo 414 del Código Penal de 1970.

En síntesis podemos afirmar que ninguno de los Códigos Penales comunes dictados con posterioridad al Código de Justicia Militar pretendió derogar a éste último, y por el contrario de manera expresa confirmaron su vigencia, al menos en lo que se refiere a los tipos penales contenidos en él. La situación procesal es más delicada.

A lo anterior debemos señalar que nuestro constituyente abolió el ejército como institución permanente, sin excluir la posibilidad de integrarlo transitoriamente por encontrarse el país en guerra, o cualquier otra razón constitucional que lo justifique. Esa voluntad se refleja en la no derogatoria de la legislación militar, y en incluir modificaciones posteriores a la abolición del ejército, como la señalada en 1953 para las Ordenanzas Militares, confirmando que aún a esa fecha estaban vigentes. Lo reitera luego el Código Penal de 1970, al menos en lo que se refiere a los tipos penales del Código de Justicia Militar, al excluirlo en forma expresa de las derogatorias.

Sin embargo, la situación procesal no es tan clara. Recordemos, conforme lo expusimos, que el Código de Justicia Militar de 1898 contiene en sí normas que para la justicia común se disponen en tres cuerpos legales: una Ley Orgánica de la Judicatura militar, un Código Penal y un Código Procesal Penal.

Es claro que los tipos penales contenidos en el Código Militar están vigentes, pero el problema relativo a la parte procesal no lo resuelven nitidamente los Códigos procesales.

En el *Código Procesal Penal de 1910*, aprobado por el Decreto N° 12 de la "Comisión Permanente" del Congreso, del 2 de febrero de 1906, ratificado por Ley N° 51 del 3 de agosto de 1910, bajo la presidencia de don Ricardo Jiménez¹⁶, en el artículo 704 derogó la Parte III del Código General del 30 de julio de 1841 "...y todas las disposiciones emitidas con posterioridad que se refieren a los mismos asuntos tratados en el presente cuerpo de leyes.". Se trata de una típica derogatoria genérica para todo cuerpo legal que contenga normas procesales de derecho penal común, pero que por general estimamos no deroga la legislación especial de derecho procesal penal militar.

Tampoco el *Código de Procedimientos Penales de 1973* vigente (Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973) deroga en el artículo 548 la legislación procesal penal militar. Por el contrario, en ese artículo se deroga únicamente el Código de Procedimientos Penales de 1910, así como las leyes que lo adicionaron y reformaron, pero no otros cuerpos legales especiales sobre la materia.

Resta, sin embargo, una última observación. Tratándose de legislación pre-constitucional (anterior a la Constitución Política vigente) el Código de Justicia Militar debe ser integrado en su interpretación con las disposiciones y las garantías constitucionales hoy reconocidas, pues sólo así podrá ser aplicado hipotéticamente en alguna ocasión, no obstante lo lejano de esa posibilidad.

12. Su texto lo consultamos en la "Colección de Leyes y Decretos" del 2º Semestre de 1918, edición oficial, Imprenta Nacional, San José, 1920, Tomo II, pp. 646 ss.

13. Como todos los actos del Gobierno Tinoco, la aprobación del Código de 1918 – que debía comenzar a regir en abril de 1919 – fue anulada luego de caer en agosto de 1919, por lo que la vigencia de este código fue brevísima.

14. Consultamos la edición dirigida y anotada por don José Astúa Agullar, Imprenta Trejos Hnos., San José, 1924.

15. Consultamos la edición dirigida por el Lic. Atilio Vincenzi, Imprenta Trejos Hns., San José, 1965.

16. El texto del Código lo consultamos directamente de la Colección de Leyes y Decretos" de 1910, primer semestre, edición oficial, Tipografía Nacional, s.f., pp. 137 ss.

POLITICA CRIMINAL

CRIMINALIZACION, DESCRIMINALIZACION

Y

MEDIOS SUSTITUTIVOS A LA PRISION

ANALISIS CONCRETO DE LA PROBLEMATICA CONTRAVENCIONAL

Eric Alfredo Chirino Sánchez

Sumario. Breve aclaración. I. Alternativas y Perspectivas de la Política Criminal Vigente. II. Alternativas a la Legislación Contravencional Vigente. III. Alternativas a la Reacción Penal Contravencional. 3.1. Propuestas para la "Desinstitucionalización" de los Conflictos Provocados por las Conductas Contravencionales. IV. Alternativas a la Sanción Contravencional.

BREVE ACLARACION

El presente trabajo es una modesta contribución al estudio de los medios alternativos a la prisión. Como tal, es una exégesis del fenómeno contravencional desde el punto de vista de la sanción. No obstante, las opiniones y observaciones hechas para estas conductas pueden tenerse en cuenta, de manera genérica, para el resto de conductas descritas en los Códigos Penales y Leyes Penales especiales.

A. Alternativas Perspectivas de la Política Criminal Vigente

Hablamos de Política Criminal vigente, en el entendido de que es la Política Criminal que se demuestra en el estado actual del planteamiento del problema contravencional¹. Se trata de una Política Criminal que pretende ser democrática y respetuosa del hombre, pero que representa una clara contradicción entre lo que propone a nivel teórico, y lo que lleva a cabo en la práctica. Contradicción que motiva casi la construcción de un modelo de política propia de un Estado terapéutico y no de un Estado Democrático. Esto es, en pocas palabras, un Estado que busca la "curación" de las enfermedades sociales por intermedio de la sanción, reminiscencia positivista que aún no hemos podido eludir en el planteamiento de muchas leyes contravencionales, como la que pretende regular y resolver el problema de la vagancia.

De nuevo hacemos la aclaración que la discusión, descripción y entendimiento de la Política Criminal se hace

desde el discurso que la legitima, de modo alguno, desde sus consecuencias prácticas, ya que esto último implicaría revisar todo el proyecto político de la sociedad, no sólo la referencia al marco penal, al marco sancionatorio.

Así planteadas las cosas, corresponde verificar el camino que ha de seguir la Política Criminal en nuestro país, queda dicho de por sí que no es sólo la "política contravencional" sino la del entero sistema penal.

En relación con todo lo dicho, es necesario tener en cuenta que la sociedad siempre reaccionará frente a las contravenciones y frente a todas las conductas que se señalen como dañosas para el grupo. Las respuestas sociales ante la delincuencia son múltiples, pero podemos distinguir dos fundamentales: la respuesta estatal (por intermedio de las instituciones estatales previstas para ello) y la respuesta social (por intermedio del mismo grupo social, hacemos referencia al concepto de sociedad civil). Se responde ante las infracciones descritas en las leyes y ante las conductas desviadas, en una interacción de mecanismos de control tanto formales como informales, no habiendo un orden establecido en cuáles deben entrar a funcionar ante cuáles conductas.

Cuando se estudia un modelo de política criminal, se suele dejar de lado que se suele denominar un modelo dialéctico de política criminal. Se rechaza este modelo porque hace referencia a una "situación paradójica" donde el Estado, aún reconociendo una diferencia entre conducta desviada e infracción penal, decide responder solamente ante las conductas desviadas. "En un sistema tal, el Estado se desentiende de los hechos incompatibles con las normas sociales, abandonándolos a la venganza o a la mediación del grupo, mientras asume el tratamiento del estado de no conformidad constitutivo de la desviación, nacida, pues en este caso se confundirían las dos nociones en un concepto único"².

1. El llamado "problema contravencional", comienza a ser importante para los estudiosos latinoamericanos. La presente reflexión es consecuencia de algunos trabajos que han tratado de explicar el fenómeno del control contravencional desde la perspectiva de una criminología "del margen" y "desde el margen". Esto último basado en el excelente trabajo del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: "Criminología... Aproximación desde un margen", el cual plantea una definición de criminología apropiada para los estudios del delito y el delincuente en América Latina, y las consecuencias que dicho esfuerzo plantea al investigador. Algunos de los trabajos que tratan el problema contravencional desde esta óptica son los siguientes: ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *El sistema Contravencional de la Provincia de Buenos Aires. Minimización Formal para la Represivización Material*, en: Seminario de Criminología Crítica, Bogotá, Colombia, 1982; ISSA EL KHOURY JACOB (Henry) y CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo), *El Sistema Contravencional. Análisis de su legalidad y funcionamiento en tres países de América Latina.*, San José, Costa Rica, ILANUD, Trabajo Pendiente de Publicación, 1988; CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo) y RODRIGUEZ RUIZ (Blanca), *Análisis Jurídico-Criminológico de las Contravenciones Penales en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Tesis para optar al Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988; CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo) y WONG REYES (Ligia), *El Sistema Contravencional en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Documento inédito presentado al Congreso de Criminólogos Críticos en Managua, Nicaragua, 1985.

2. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 51.

Claro está que es un modelo teórico que supuestamente no debe darse en la realidad, pues "... la respuesta estatal se orienta prioritariamente hacia la infracción y sólo a título complementario hacia la desviación, salvo cuando ésta viene concebida en un sentido tan amplio que engloba, también, a la infracción"³. Sin embargo, en la realidad de las legislaciones contravencionales deberíamos repensar su asimilación o no a este modelo de la política criminal conforme a una persecución de la desviación antes que a la infracción. El mismo funcionamiento del Sistema Penal manifiesta que el gran volumen de casos está constituido por la resolución de problemas contravencionales, que como se ha estudiado en otro lugar dicho fenómeno es esencialmente un problema de desviación que ha pretendido ser "curado" por vía penal.

En torno al problema contravencional corresponde entender bien las recomendaciones que se hacen en Foros Internacionales para lograr una política criminal alternativa. Esto es, no una criminalización alternativa, cambiando el foco de atención de la criminalidad contravencional y contra la propiedad hacia la criminalidad de cuello blanco, sino más bien hacia la descriminalización, "... la más rigurosa reducción posible del sistema penal"⁴.

Se trata en general de entender, que hay un ámbito libre de regulación jurídica, es decir, que existen zonas donde el ordenamiento jurídico no debe intervenir, ya que su papel en esas zonas resulta inadecuado e innecesario⁵. Zonas donde el hombre queda librado a su conciencia y donde el derecho debe respetar esa instancia individual del ciudadano responsable, moralmente libre⁶.

HIRSCH, opina que el ámbito libre de regulación jurídica, entendida en estos límites, queda fuera de aplicación del derecho penal, desde que este último es entendido como un orden discontinuo de ilicitudes⁷. Coincidimos en principio con este autor alemán, pero es conveniente hacer algunas precisiones en torno a sus ideas.

Si bien es cierto que el derecho penal se configura como un orden fragmentario, donde sólo se toman en cuenta aquellos bienes jurídicos preeminentes para la convivencia, debemos seguir en el discurso, que sólo esos bienes preeminentes pueden ser protegidos por el derecho penal.

De antemano esta idea choca con la idea del derecho contravencional, donde la doctrina ha intentado decir que se trata de aquél ordenamiento jurídico donde se tutelan bienes jurídicos secundarios y de escasa importancia.

En los supuestos legales de las conductas contravencionales encontramos frecuentemente descripciones típicas carentes de precisión, llenas de elementos normativos que permiten la libertad al juzgador para aplicar su criterio al determinar la tipicidad en un caso concreto. Encontramos legislaciones contravencionales desapegadas de la realidad social. Legislaciones donde no se protegen bienes jurídicos, donde solamente se describen conductas y se establecen "estados de peligro social".

De otra parte, la doctrina procesal sigue manteniendo un procedimiento rápido y "fluido" para lo contravencional, manteniendo la tesitura de la escasa importancia de esta materia⁸. Cuando se observa que los niveles de trabajo en las Alcaldías de Faltas y Contravenciones y de las agencias de policía, en materia de persecución de contravenciones, siguen siendo enormes, mucho mayores que el trabajo que mantiene el Sistema de Justicia Penal para la investigación y castigo de los delitos, de supuesta mayor entidad; se ve claramente una justificación de dicho proyecto. Mientras tanto, el ciudadano de las clases más humildes siente más próximo el peligro que lo asecha desde los sistemas penales paralelos, con total independencia del sistema penal estricto encaminado a la persecución de esas conductas anti-jurídicas de mucha mayor "entidad"⁹.

Con este panorama de la legislación de faltas, el discurso del derecho contravencional como algo secundario y

3. Ibid.

4. BARATTA, *op. cit.*, p. 11.

5. HIRSCH (Hans Joachim), El Derecho Penal y el Ambito Libre de Regulación Jurídica, *Doctrina Penal*, No. 39, año 10, julio-setiembre, 1987, p. 397. Tenemos en cuenta en este sentido, las críticas de RADBRUCH, quien decía que no existían áreas libres de regulación jurídica, ya que si bien existían zonas donde el derecho no intervenía, éstas lo eran precisamente por voluntad de la ley, es decir, por cuanto el mismo derecho había definido negativamente su participación en esas instancias. Luego, no existen zonas libres de regulación jurídica sino simplemente zonas donde el derecho, por voluntad de la ley, ha decidido no intervenir. La crítica es de recibo, aunque un concepto de derecho como el que se sostiene no deja de ser amplísimo, casi carente de contenido. No debemos olvidar que en este orden de ideas no nos estamos separando del orden jurídico. En nuestro criterio, es la Constitución Política, el bastión donde se señalan los límites para la intervención del derecho. En nuestro ordenamiento jurídico, casualmente, el artículo 28 constitucional, señala que aquellas acciones privadas que no vayan contra la moral, el orden público o contra terceros no pueden ser perseguidos por la ley (segundo párrafo). Si bien, los conceptos de moral, de buenas costumbres pueden variar según el entorno social y cultural de que se trate, también es cierto que dicha definición debe hacerse tomando en cuenta los principios dentro de los cuales se halla definido el proyecto político de organización del Estado. Si estamos hablando de un Estado de Derecho, casi al mismo momento estamos mencionando que la libertad del ciudadano y su área de intimidad están tomadas en cuenta por las percepciones del legislador. HIRSCH, hace una importante distinción del área libre de regulación jurídica, con el ámbito libre de regulación penal. Tiene razón, ya que el Derecho Penal es fragmentario, es decir, ya por definición sólo intervendrá como última ratio, sea, de principio sólo intervendrá en esas áreas donde las relaciones de convivencia corran peligro y sea necesaria la sanción penal por tratarse de conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales. HIRSCH, *op. cit.*, pp.402-403.

6. Ibid., p. 400.

7. HIRSCH, *op. cit.*, p. 424.

8. VAZQUEZ ROSSI, *op. cit.*, p. 448.

9. GABALDON afirma que la Ley de Vagos y Maleantes de Venezuela, que ya hemos comentado en otro lugar, representa un instrumento extensivo del Código Penal, que puede configurar lo que ZAFFARONI llama un sistema penal paralelo. Esta Ley permite sancionar conductas delictivas convencionales (algunos delitos contra la propiedad y contravencionales) por vía administrativa policial, con la posibilidad de aplicar sanciones privativas de libertad hasta de cinco años y que pueden ser reaplicadas una vez que han sido cumplidas. "Cuál sea la extensión en el uso de este instrumento lo indica el hecho de que, para 1977, la población condenada (y así lo define expresamente la Estadística Oficial) conforme a dicha ley ocupaba el tercer lugar del total nacional, con 708 individuos, después de los homicidios (1902 sujetos) y los robos (1835 personas)". GABALDON, *op. cit.*, p. 139. Aunque esta ley data de 1956, época de gobiernos autoritarios, los posteriores gobiernos democráticos se han cuidado de no derogarla, quizá concientes de su valor como instrumento de con-

sin importancia se resquebaja y obliga a replantear la posibilidad de aplicar una serie de criterios "doctrinales" que nos permitan recuperar entre los escombros de lo "contravencional" los aspectos donde la libertad del individuo había cedido lugar a una intervención desmedida del Estado.

Las posibilidades de replantear el discurso doctrinal para reafirmar y recuperar esa libertad perdida, parecen ser muy pequeñas, tomando en cuenta que las instituciones jurídicas reproducen esas relaciones de desigualdad, y que a pesar de ser equivocadas, deben aplicarse. En este orden de ideas, ANIYAR DE CASTRO, propone que para una reforma del derecho que sea conciente de las dificultades presentes y de la imposibilidad de "abolir" (HULSMAN) el derecho penal, debería de tomarse en cuenta puntos relacionados con la interacción del sistema penal con el individuo. Se trataría entonces de descriminalizar aquellas conductas que son propias solamente de los grupos más carenciados y que actualmente sufren la actuación directa de las agencias de control formal. Se incluirían aquí las conductas contravencionales que guardan en su esencia criterios descriminalizadores y atentatorios de los derechos humanos.

La Legislación contra la Vagancia, la Mendicidad y el Abandono, sigue estando vigente en un país como el nuestro donde al tasa anual de crecimiento se ha estabilizado en 2.7% desde el año de 1979 y donde la tasa de desempleo salto de un 4.9% en 1979 a un angustioso 9.4% para 1982. Este año de 1982, época que marcó una de las etapas de contracción económica más importantes de los últimos años coincide con el porcentaje más alto de desempleo. Aunque las tasas de subempleo parecen empezar a disminuir a partir de 1979, esto no indica una mejoría de la situación laboral del costarricense, por el contrario este dato arroja un fuerte indicio de un empobrecimiento de un amplio sector de la población, ya que hace presumir un crecimiento de sectores informales de la fuerza de trabajo que han empezado a absorber a un gran número de desempleados.

Según la Encuesta Nacional de Hogares, Empleo y Desempleo, el total de subempleos pasó de 97000 en 1979 a 185000 en 1982, y de ahí ha comenzado a reducirse lentamente, con tasas anuales de 3.9%, 6.7% y 4.1%¹⁰. Si a este indicador se une el dato del consumo global per cápita, en relación con la tendencia del salario real promedio, tendremos una percepción más completa del empobrecimiento del costarricense.

Según datos económicos que se citan en un trabajo de investigación sectorial de la Administración de Justicia en nuestro país, se menciona que el consumo global per cápita para 1979 (tomando el año de 1978 como base) muestra un descenso de 77.0 tomando el dato de 1978 que era de 100.5, teniendo una leve mejoría en 1982, en donde el da-

to era de 81.1%, siguiendo de cerca la misma tendencia del salario real promedio: 107.6% (para 1979), 66.6% (para 1982) y de 88.0% (para 1984)¹¹.

La crisis económica de los últimos años ha arremetido duramente contra los sectores más carenciados de nuestra sociedad, haciendo cada vez más difíciles las posibilidades de que estos grupos surjan dentro del contexto social.

A pesar de los planes de vivienda y de apoyo a grupos marginales, que han sido puestos en práctica en las últimas administraciones, la situación real del costarricense carenciado sigue siendo incierta. Por otro lado, las posibilidades de recuperación económica siguen estando dentro de los objetivos a largo plazo. Mientras tanto las políticas impositivas (en el ámbito económico entendidas como las más sanas para una economía en un proceso de inflación) son "pagadas" por los grupos medios y otros que constituyen los sectores que menos pueden contribuir a las arcas del Estado.

Dentro de este contexto socioeconómico es ridículo el sostenimiento de leyes contra la vagancia como la que se encuentra en vigencia en este momento en nuestro país.

Podríamos incluso hablar de la hipótesis de aplicación de una pena cruel en los casos de sanción contravencional por vagancia, cuando se tienen en cuenta los clarísimos indicadores económicos de pobreza que han sido citados.

Así las cosas, la política criminal de un Estado de Derecho como el costarricense debería tomar en cuenta estas situaciones de índole político y social. Debería de ser consciente de que hay una serie de normativas que están en abierta contradicción con el espíritu de nuestra última Constitución liberal, y que es momento de empezar a reconducir los ámbitos de protección penal a los bienes jurídicos más importantes para las legislaciones futuras, en una palabra, reconducir los esfuerzos punitivos del Estado a la protección de la vida de relación, garantizando una oportunidad de vida para las generaciones futuras.

En este sentido, las recomendaciones de política criminal incluirían todos los aspectos que analizamos más adelante, no obstante, haciendo alusión a la serie de situaciones que han sido discutidas en torno a la idea general que debería perseguir una visión democrática de la reacción penal, es que proponemos lo siguiente:

i) Evitar la construcción de leyes que establezcan las diferencias "positivistas" entre los seres humanos, es decir, iniciar una lucha contra las leyes de peligrosidad ante delictum, las leyes contravencionales de vagos y mendigos y las disposiciones legales que consignan la posibilidad de funcionamiento de sistemas penales paralelos. Sabemos

rol sobre ciertos grupos difíciles de criminalizar por medio del Código Penal. Por otro lado, los operativos policiales siguen funcionando, a pesar de que ya han demostrado su inoperancia. "En un período de 7 meses (febrero-septiembre de 1981) se llegó a requisar y detener hasta 159.259 personas, de las cuales sólo 7.963 presentaron algún antecedente policial con un resultado final de 251 individuos juzgados sumariamente y encarcelados mediante la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes." GABALDON, *op. cit.*, p. 185. La misma prensa venezolana decía que lo que hacía falta era "llenar el cupo" de las plazas disponibles en los centros de reclusión para vagos y maleantes efectuando redadas a la mayor brevedad posible. En Costa Rica, no hace falta llenar plazas, que ya no queda ninguna. El proceso es el mismo aunque en una dimensión mucho menor puesto que no tenemos una población tan grande como la de Venezuela.

10. Proyecto ILANUD-FIU. *La Administración de Justicia en Costa Rica. Informe Final*. San José, Costa Rica, III Versión, 1986, p. 37

11. *Ibid.*

que genéricamente, esta pretensión es imposible desde que los subsistemas del poder penal ejercen su labor al amparo de una serie de prácticas que son connotadas a su visión parcializada y concreta del problema criminal, no obstante, se trataría de optar por mecanismos de control sobre las agencias de persecución y castigo de las conductas tipificadas que prohíban la arbitrariedad y que sean una constante retroalimentación en la dimensión de los derechos humanos del perseguido en relación con los derechos humanos del perseguido. Y, en relación con las legislaciones de criminalización selectiva (como la actual Ley contra la Vagancia, la Mendicidad y el Abandono), se propone su derogación, ya que son portillos abiertos para la "justificación" legal del control policial sobre grupos de población muy concretos de nuestro país.

ii) Permitir una mayor participación de los grupos afectados por la criminalización selectiva del sistema penal. Se impone como necesidad que los grupos más carenciados de nuestra sociedad tengan una voz en el proceso de formación de las leyes que eventualmente les pudieran afectar de manera que sean éstos los que puedan ayudar a determinar la oportunidad o no de las regulaciones penales. Esta participación, verdaderamente democrática, de los sectores afectados por el poder penal, permitiría dar un acomodo a los discursos legislativos que hasta el momento han sido un medio útil de deslegitimar cualquier intento de cambiar la situación actual de las infracciones contravencionales.

iii) Evitar la contradicción que se presenta a lo interno de los sistemas penales por el establecimiento de "carreras delictivas" a través del ejercicio de las posibilidades omnimodas de control que tienen los sistemas penales paralelos. Nos referimos a las posibilidades reales que existen en la actualidad (por la vía de legislaciones contravencionales, de peligrosidad y penales en general), de incentivarla la asunción de papeles o roles criminales por aquellos sujetos con antecedentes penales y policiales. Esta última actitud de los sistemas penales, y que ha sido olvidada por la política criminal de los últimos diez años o quince años, ha motivado una "amplificación de la reacción social y judicial" que es perjudicial para la misma lógica de los sistemas penales¹².

iv) Imponer a lo interno de los sistemas penales una readecuación de los principios de igualdad ante la ley, de seguridad jurídica, de legalidad criminal y de mínima intervención del Derecho Penal, para garantizar al individuo que vive en sociedad las posibilidades de hacer efectivo su proyecto individual con independencia a la intervención del Estado.

v) Enfatizar el estudio, discusión y puesta en práctica de las acciones necesarias, como forma de contrarrestar y eliminar en lo posible, dentro de estas conductas violatorias de bienes jurídicos, el ejercicio de los poderes penales. Se debe avanzar en la verificación real de los objetivos de la sociedad: equitativa distribución de la riqueza, igualdad de oportunidades, combate contra la miseria, el abandono y el

vagabundaje, abriendo opciones reales de trabajo y dando más posibilidades a los grupos carenciados que accedan por medios legítimos a los bienes jurídicos.

vi) "Desinstitucionalizar los conflictos que permitan evitar los hondos problemas sociales que se suscitan con la aplicación de la pena privativa de la libertad y la puesta en movimiento de los engranajes del poder penal. Algunas de estas formas serán analizadas y propuestas más adelante.

vii) Acercar, mediante una política criminal adecuada, el funcionamiento de los sistemas penales a la pretensión básica de convertir al Derecho Penal en última ratio, es decir, en el último instrumento de protección de los bienes jurídicos, y en términos más precisos: convertirlo en el último medio de control social. En materia contravencional, esta pretensión debería orientar el destino futuro de las regulaciones y dar el verdadero límite a la acción del legislador, en el sentido de hacer el derecho de faltas o contravencional, no el portillo de control para conductas que de otro modo sería muy difícil de perseguir, sino la vanguardia del movimiento de reforma penal hacia una democratización de la acción penal.

B. Alternativas a la Legislación Contravencional Vigente

Tal y como lo hemos venido planteando a lo largo de este trabajo, definir las conductas prohibidas a partir de las personalidades de los sujetos, es escoger la realización de un derecho penal de autor. Es decir, es reconocer que el Estado está imponiéndonos una sanción por lo que somos, es reconocer que el Estado está cumpliendo una misión sin justificación. La escogencia de valores quede ser éticamente buena o éticamente mala y merecer un juicio de ese mismo carácter, pero en modo alguno puede merecer una sanción estatal, ya que eso sería "...sustraerle la existencia al ser humano"¹³.

La responsabilidad por las inconsistencias de nuestro proyecto de vida desde la escogencia de valores ajenos al planteamiento grupal, acarrear la responsabilidad de conciencia; pero no pueden acarrear la pena estatal. "El Estado que se arroga dicha función estará derivando hacia un Estado autoritario y, a veces hacia un Estado totalitario. Esto es al que que debemos tener muy en cuenta en América Latina, ... si queremos mantener los principios del Estado de Derecho, tenemos que afiliarnos decididamente a un Derecho penal de acto, que pene conductas a las cuales el Estado ética y jurídicamente tiene derecho a castigar"¹⁴.

En el aparte inmediatamente anterior, hicimos una serie de propuestas para la política criminal de nuestro país, conviene ahora ordenar una serie de recomendaciones (dentro de este mismo tema de la política criminal) pero referidas, concretamente a la legislación penal en vigencia y que consigna las conductas contravencionales violatorias de la ideología de los derechos humanos tal y como se haya con-

12. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la Liberación*, op. cit., p. 99.

13. ZAFFARONI (Eugenio Raúl) *La Parte General del Proyecto de Código Penal, Política Criminal. Presupuestos Científicos para la Reforma del Código Penal*, Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Ediciones Jurídicas, Primera Edición, 1986, p. 14.

14. ZAFFARONI, *La Parte General del Proyecto de Código Penal*, op. cit., p. 14.

signada en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Es así, como opinamos que el Estado costarricense, en el proceso de la reforma penal, debe comprometerse con los siguientes lineamientos¹⁵.

i) Con el respeto al Principio de Mínima Intervención; para así permitir que se siga legislando penalmente, sea, creando tipos penales y sancionando, conductas que no son violatorias de bienes jurídicos relevantes, o que ni siquiera son conductas desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal.

ii) Con la búsqueda de soluciones a algunos conflictos sociales que no requieren necesariamente de respuestas penales, al asumir incluso posturas "pacificadoras" culturalmente establecidas, cuando éstas correspondan al respeto a la dignidad humana.

iii) Como corolario de los dos lineamientos anteriores, prescindir de la pena en todos aquellos casos en que no sea necesaria.

iv) Incluir dentro del capítulo de penas de la Parte General del Código Penal un elenco de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad y de penas no privativas de libertad.

v) En materia de contravenciones penales, se impone la búsqueda de propuestas alternativas que eviten la imposición de sanciones pecunarias que al final acaban por convertirse en penas privativas de libertad. Se recomiendan en este sentido sanciones que no tengan carácter estigmatizante y que eviten al contraventor los efectos negativos que tienen las sanciones usualmente aplicadas en materia contravencional (ya veremos más adelante algunas alternativas a las sanciones contravencionales)¹⁶. Es conveniente pensar en la posibilidad de sancionar las conductas contravencionales con trabajo para la comunidad, como se acostumbra en algunos países europeos de tradición jurídica continental y en los de influencia anglosajona.¹⁷ En general, debe pensarse en alguna opción que permita la evitación del internamiento y la institucionalización para el contraventor.

vi) Si se han de mantener dentro de las incriminaciones penales una serie de conductas de índole contravenciona-

les, se recomienda que las descripciones no adolezcan de los comunes defectos de indeterminación y poca claridad en la redacción de los tipos contravencionales. Así mismo, es conveniente evitar la redacción de tipos penales en blanco (muy corrientes en las legislaciones de protección ambiental de carácter contravencional administrativo) y que guardan graves contradicciones con el principio de legalidad criminal. Se trataría genéricamente de evitar la ampliación de los poderes interpretadores del juez, facilitando la adopción de poderes "legislativos" al momento de la determinación de la tipicidad y antijuridicidad de la acción contravencional, resguardando el espíritu liberal del principio de legalidad en tanto protección contra la arbitrariedad judicial.

vii) Descriminalización de una serie de conductas contravencionales que no representan violación a bien jurídico alguno o que al menos no significan graves lesiones a valores sociales. En otros casos se tiende a la despenalización, entendiendo en este último concepto el proceso mediante el cual se pasan conductas del derecho penal a ilícitos administrativos a ser sancionados en sede administrativa.¹⁸

C. Alternativas a la Reacción Penal Contravencional

Se ha dicho en medios doctrinales que los Poderes Judiciales de los países latinoamericanos, y dentro de ellos el costarricense, están cayendo poco a poco en una "burocratización" de sus labores en el manejo de casos¹⁹. Como proceso tiende a un cumplimiento formal y estricto de la actividad señalada por la ley, con prescindencia de la necesidad de captación de la realidad y del drama humano involucrado en el acontecer diario de la identificación de "culpables" y de la determinación de las sanciones correspondientes.

El volumen de trabajo de los Sistemas Penales es grande si se toma en cuenta el funcionamiento total de todas las instancias del control. En Costa Rica el número de casos entrados "... a agencias fiscales y alcaldías penales saltó de 37.695 en 1980 a 43.238 en 1985 (14.7% de incremento), el de casos entrados a la OJ en ese mismo período saltó de 17.493 a 23.248 (33%) y en general los asuntos de policía lo hicieron de 30.547 en 1981, a 42.345 casos en 1984, o sea en un 39%, aunque a partir de 1982, parte del aumento debe atribuirse a cambios introducidos por las reformas hechas al código Penal"²⁰.

15. Ibid., pp. 14-15.

16. SANCHEZ VELARDE (Pablo), Descriminalización en el Proyecto del 10. de abril de 1986, Política Criminal. Presupuestos Científicos para la Reforma del Código Penal, *op. cit.*, p. 119.

17. Se tiene en cuenta en este sentido la multitud de reservas doctrinales sobre el tema del trabajo como sanción que en algunos casos se asemeja a los trabajos forzados, prohibidos en casi todas las legislaciones liberales.

18. "En una primera aproximación, la despenalización es un movimiento consistente en la conversión de determinadas infracciones penales en infracciones administrativas cuando se considera que el ataque al ordenamiento jurídico, que presuponen dichas infracciones, no tiene una relevancia tal como para justificar la adopción de una mediada penal." PERIS RIERA (Jaime Miguel), *El Proceso Despenalizador*, Valencia, España, Universidad de Valencia, 1983, p. 7.

19. Proyecto ILANUD-FIU, La Administración de Justicia en Costa Rica *op. cit.*, pp. 36-44.

20. Proyecto ILANUD-FIU, La Administración de Justicia en Costa Rica, *op. cit.*, pp. 42-43. Asimismo, existe la opinión de que el volumen de trabajo de las Alcaldías de Faltas y Contravenciones no admitiría la aplicación del término procesal que ordena el período en el que deben pagarse las multas impuestas (artículo 53 del Código Penal). En este sentido, un criterio bastante burocrático que pretende despejar dudas en torno a este punto, se funda de la siguiente manera: "El volumen de trabajo de las Alcaldías de San José, no puede compararse con el que ejecutan otras Alcaldías y cambiar el sistema de operar traería como consecuencia un atascamiento de expedientes pendientes de cobro. Debe tomarse en cuenta además, el trabajo extraordinario que representaría para estos despachos, la confección de los informes que se envían a la Inspección Judicial en donde se exige minuciosamente el nombre del imputado, estado del sumario y otros requisitos. Se adjunta copia del informe del segundo semestre del año en curso, el que puede fácilmente confrontarse por medio de la sección de Estadística, en el que puede determinarse el considerable volumen de asuntos entrados, tramitados y fallados por estas Alcaldías, con un personal un tanto reducido y casi en incapacidad física para adquirir una nueva obligación, como sería las listas de pendientes de cobro." Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Conclusiones Y Recomendaciones en Relación con la Materia de Faltas y Contravenciones, *op. cit.*, p. 13.

Ante este volumen de trabajo, y la gran cantidad de trámites que hay que cumplir dentro de la burocracia interna de la Administración de la Justicia, el expediente se convierte en la única relación con el ser humano susceptible de ser sancionado, no hay tiempo para verificar las condiciones personales, las circunstancias individuales que pudieron intervenir para la producción del actuar antijurídico, tampoco hay tiempo para definir la situación socioeconómica del inculpado. La "burocratización" lleva directamente, a una deshumanización del proceso penal.

En este sentido, oficialmente se reconoce que se produce el fenómeno de contraventores que continuamente entran y salen del sistema, pero la reflexión, a lo interno del Poder Judicial, no va dirigida a valorar la situación personal de ese contraventor en cuanto sujeto de control y persecución por parte de las agencias de control. Todo lo contrario, la visión unidimensional del fenómeno contravencional los lleva a considerar los problemas de índole administrativo que provocaría tener un contraventor, al que se le ha concedido el plazo de quince días para el pago de la multa, con cobros pendientes en varias Alcaldías: "De las listas de contraventores por juzgamientos rápidos, sumarios originados por partes policiales, así como la lista de encartados por vagancia, se extrajo al azar cuatro nombres, que demuestran que un turno semanal, una misma persona ingresa como contraventor dos o tres veces. Si alguna de estas personas se le concediera el término de quince días que indica el artículo 53 del Código Penal, tendría un pendiente de cobro de cuatro a seis multas acumuladas, en dos distintas Alcaldías según el turno"²¹.

Los Alcaldes de Faltas y Contravenciones no se sustraen de esta situación, es más, sus volúmenes de trabajo hacen imposible el manejo detallado de todos los asuntos que llegan hasta sus manos²². Estos volúmenes ingentes no provocan el entramamiento inmediato de la justicia, sino que producen la necesidad de acudir a estrategias administrativas para poder responder con la cuota de trabajo correspondiente. No es extraña la costumbre de incentivar la aceptación de los cargos por parte de los contraventores para evitar señalamientos de juicio para todos los casos, situación que comentamos más atrás. La oscilación anual de casos en sede de faltas y contravenciones de sitúa en un nivel que sobrepasa ligeramente los 100.000 caso anuales²³.

Para 1987, los casos entrados por contravención son 117.154, unos diez mil casos más que en 1986. Permanecen activos 7.853. Sin embargo, hemos de decir que el volumen de trabajo no se mide por los activos. Es más representativo el número de casos entrados, ya que es ahí donde se manifiesta en mayor medida el trabajo de tramitación de asuntos. Teniendo en cuenta esta premisa, si se compara

la labor de los Alcaldes con el resto de funcionarios judiciales, es evidente que hay un desequilibrio en la Administración de Justicia.

Si las contravenciones son las conductas menos importantes de todas, y las que merecen menos atención desde el punto de vista procesal y científico, la realidad de la Administración de Justicia está demostrando que las mismas representan mucho más trabajo para el Poder Judicial, que la tramitación de asuntos por violación a bienes jurídicos de mucha mayor importancia.

Los mismos casos activos para los dos años estudiados en Alcaldías de Faltas y Contravenciones representan, numéricamente, una cuota mayor de trabajo que los casos activos en juzgados penales, sin mencionar la completa disparidad en casos entrados a Alcaldías y los correspondientes entrados a Juzgados Penales.

Este recargo de la labor de administración de justicia penal en los Alcaldes de Faltas y Contravenciones ha provocado una serie de trastornos, y la tendencia de crecimiento de los problemas contravencionales no parece disminuir, por lo que es dable esperar más trabajo a las abarrotadas oficinas de los alcaldes.

Antes de analizar las opciones "desinstitucionalizadoras" de los conflictos (es decir, aquellas opciones que llevan a la solución de los conflictos por otros medios que no sean los penales), queremos incluir una alternativa que se ha venido proponiendo en el medio argentino y que tiene para nosotros una gran lógica, que coadyuvaría a un entendimiento más integral de los jueces de su labor y que evitaría el proceso de "burocratización" de la justicia que hemos señalado como peligroso.

Esta alternativa propone que dentro de los mecanismos de la regulación reglamentaria de los poderes judiciales se establezca que el puesto judicial de un funcionario no sea estable o "vitalicio" sino todo lo contrario. Se trata que el funcionario rote dentro de las diversas instancias. En nuestro medio se trataría de lo siguiente: nosotros tenemos, actualmente, puesto judiciales (en el área penal) de Alcaldes de Faltas y Contravenciones, Jueces de Instrucción, Jueces Penales, Jueces Superiores y Magistrados de la Sala III Penal. Estos funcionarios, van ascendiendo en la escala judicial según una serie de requisitos reglamentarios internos y que establecen, entre otras cosas, que el funcionario cumpla en su puesto hasta que sea trasladado o promovido (salvo en los casos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que son elegidos por la Asamblea Legislativa, siendo elegibles aquellos que la Constitución Política define como tales).

21. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Conclusiones y Recomendaciones en Relación con la Materia de Faltas y Contravenciones. *op. cit.*, p. 13.

22. Es importante tener en cuenta, para valorar estos datos, que son catorce los Alcaldes de Faltas y Contravenciones en todo el país para 1986. Funcionarios que frecuentemente son egresados en derecho o estudiantes, que inician la carrera judicial desde este nivel y de aquí comenzará la lucha por obtener la categoría de juez e ir acercándose a la zona metropolitana (si el alcalde es nombrado en zona rural, situación normal dentro del Poder Judicial).

23. Proyecto ILANUD-FIU, La Administración de Justicia en Costa Rica, *op. cit.*, p. 42.

Lo señalado provoca que el funcionario judicial tienda a ver su puesto con responsabilidad, intentando realizar su labor de la mejor manera posible con la esperanza de un ascenso en la jerarquía judicial, pero con la grave consecuencia de que tiene una visión paralizada de su labor²⁴. El Alcalde juzga faltas y contravenciones pero no es frecuente que conozca los pormenores de la tramitación de una causa en instrucción o en sede de juicio. Lo mismo un Juez Superior en relación con el Alcalde. Ambos funcionarios entenderán el proceso tal y como se halla definido en la legislación pero no como se realiza en la práctica. La propuesta argentina va en el sentido de permitir que un Alcalde, pueda rotar su puesto con un Juez Superior y éste último a su vez con un Juez Penal, y el Alcalde con el Juez Penal y viceversa, de tal manera que todos los funcionarios conozcan la práctica del ejercicio de la Administración de la Justicia en todas las instancias, dentro de un mismo campo del Derecho.

La propuesta es interesante y ofrece grandes posibilidades de resolver lo procesos galopantes de burocratización de los jueces penales.

Los datos que se han señalado sobre funcionamiento de las Alcaldías de Faltas y Contravenciones conducen al convencimiento de que es necesario optar por una serie de medidas que descongestionen los despachos. Sin embargo, el descongestionamiento debe estar entendido dentro de una política criminal democrática (que ya hemos descrito y comentado más arriba). Es necesario que se descriminalicen una serie de conductas contravencionales que actualmente permiten "accesar" al sistema de justicia penal a una gran cantidad de personas y que como conductas representan una serie de contradicciones con el principio de legalidad criminal y la estructura constitucional costarricense. La descriminalización de la vagancia, la mendicidad y el abandono y de otras conductas contravencionales reduciría enormemente la cantidad de casos entrados al sistema de justicia. En cuanto a los casos de acceso por irrespeto a la autoridad (los cuáles son más difíciles de manejar, ya que junto con la sospecha, son instrumentos útiles en el trabajo de criminalización selectivo que realiza la policía), no está en manos de los Alcaldes de Faltas y Contravenciones, establecer respuestas a esta criminalización selectiva, ya que ellos cumplen con recibir los casos que les llegan con parte policial.

En materia de funcionamiento de los cuerpos policiales y su intervención en el ejercicio del control contravencional, en otro lugar²⁵ hemos hecho algunas recomendaciones

que contribuyen a un acercamiento (de manera global) a los problemas de estas agencias de control. Sin embargo, y al margen de las mencionadas recomendaciones, sirva por el momento indicar que si es necesario reaccionar contra las contravenciones y "conductas de la nemiendad", es necesario encontrar formas menos estigmatizantes y que conduzcan no a una criminalización formal del sujeto sino a formas "conciliatorias" de los conflictos, de manera que se resuelvan las graves contradicciones que se presentan a lo interno de nuestros Estados de Derecho.

A continuación se explican algunas ideas en torno a la "desinstitucionalización" de los conflictos contravencionales, como alternativa a la acción de los mecanismos penales en la materia de faltas (justicia correccional). El siguiente numeral de esta sección está unido en una relación de necesidad con las consideraciones hechas en este aparte, vale la pena tener en cuenta los datos aquí consignados para interpretar las propuestas en torno a este tema de tanta actualidad.

1. *Propuestas para la "Desinstitucionalización" de los Conflictos Provocados por las Conductas Contravencionales*

Desde el Quinto Congreso de las Naciones para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente se recomendaba la aplicación mayor de la "acción social", en lugar de aplicar una mayor incidencia del proceso penal para la resolución de los conflictos. Se señalaba en este Congreso de Naciones Unidas que "... históricamente hablando ha habido un abuso del principio de represión e insuficiente atención a las formas de control social no-penal"²⁶. En esta reunión internacional se proponían como recomendación la utilización de "servicios no judiciales", que asumirían el trabajo de tomar al imputado y darle seguimiento a su caso, en un proceso que ANIYAR DE CASTRO llama de "psiquiatrización de la Justicia"²⁷. Asimismo, se recomendaba la adopción de "iniciativas populares": grupos de presión, justicia administrada por los pares, los grupos o comisiones de barrio; en general, se trata de encaminar a la Justicia Penal hacia la educación y el tratamiento. En opinión de ANIYAR DE CASTRO, este proceso propuesto no es otra cosa que facilitar otros medios de "disciplinamiento" más sutiles²⁸.

Esta advertencia de la conocida criminóloga venezolana tiene que motivarnos a examinar cuidadosamente lo dicho, cuando proponemos la aplicación de alternativas "pacificadoras" culturalmente establecidas cuando éstas corres-

24. En Costa Rica, existe un sistema de nombramiento que incluye una clasificación de puestos judiciales con una correspondiente escala salarial. Existe un expediente personal de cada funcionario donde consta su desempeño de labores y que tiene gran importancia para adquirir la oportunidad de aspirar a cargos de mayor rango. Proyecto ILANUD-FIU, La Administración de Justicia en Costa Rica, *op. cit.*, p. 166.

25. CHIRINO SANCHEZ y RODRIGUEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 497-498.

26. Quinto congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1-2 septiembre de 1975), Nueva York, Naciones Unidas, 1976, citado por ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la Liberación*, *op. cit.*, p. 104.

27. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la Liberación*, *op. cit.*, p. 104.

28. *Ibid.*

pondan al respeto de la dignidad humana²⁹. Por supuesto, la reserva de esta criminóloga no se refiere a todas las formas de "desinstitucionalización" de los conflictos sino sólo a aquellos que suelen denominarse de "justicia" participativa".

En cuanto a estas formas de justicia participativa, ANIYAR DE CASTRO refiere que tanto la Justicia formal como la Justicia participativa responden a un mismo marco legal (el esquema de las conductas prohibidas) "... ambas están diseñadas legalmente en sus procedimientos, en la forma de la designación de los que participarán en el proceso de sentencia o de orientación, y en las líneas generales de su actuación. La diferencia está en que, en el caso de la Justicia Formal los jueces son designados en forma más o menos permanente según las modalidades de la carrera administrativa y/o judicial que los ampare; y su característica inmutable es que se exige de ellos, en todo caso, formación jurídica. En la Justicia participativa, la formación jurídica no siempre es requerida y la participación es a veces ocasional o de permanencia limitada a poco tiempo"³⁰. En este último sentido, la justicia participativa no sería más que otra forma de control social (forma parte de los controles de la sociedad política la cual actúa a partir de las instituciones del Estado). En opinión de ANIYAR DE CASTRO, todas las otras formas de intervención popular también forman parte de ese control social.

Así es como las opciones para una "desinstitucionalización" de los conflictos deben ir hacia posibilidades menos "formales" de control. ANIYAR DE CASTRO pone como ejemplos algunas formas "puras" de justicia participativa que ofrecen una serie de ventajas: "...aquellas en que la víctima tiene una total capacidad de movilización de instancias, de abandono de la causa, y de acuerdos decisivos; algunos órganos de conciliación, y algunos asesores técnicos. En cuanto a las agrupaciones de "pares" para la defensa y sostén de sus derechos, consideramos que no forma parte del control social, a menos que se organicen como grupos terapéuticos".³¹ ANIYAR DE CASTRO cita una serie de ejemplos de justicia participativa que van desde los "customary courts" hasta los "magistrados" ingleses (especie de aristocracia "de los buenos ciudadanos" que ventilan un 98% de los casos penales sin ser jueces técnicos), pasando por diferentes tipos de jurados, tribunales populares, "administrative boards", etc. Todos estos ejemplos guardan la relación entre sí de ser medios de resolución de los conflictos que tienden a ser alternativa la utilización de los instrumentales oficiales de persecución de los delitos (sin dejar de ser, en muchos casos, en sí mismos, creaciones de la misma ley).

En doctrina se ha discutido sobre estos puntos, quizá con una menor dimensión en sede procesal penal, pero ha sido preocupación el tratar de encontrar respuestas a problemas ocasionados por la excesiva participación del proceso penal en la resolución de los conflictos sociales.

En el medio argentino, JOFRE, advierte que el pueblo tiene derecho de administrar su propia justicia y de esta manera el jurado popular es una forma de representación del pueblo soberano y un "baluarte de las libertades ciudadanas"³². Este es un pensamiento que en opinión de VELEZ MARICONDE, llevado a sus últimas consecuencias, daría paso a que el pueblo tenga derecho a ejercer incluso la justicia civil y ejecutarla por medio de los jurados populares, lo que sería una vulneración directa al sistema representativo de gobierno.

El distinguido procesalista argentino, agrega, en relación con la oposición entre jueces técnicos y jueces legos³³, que en todos los países, se ha optado por escoger jueces técnicos para juzgar las faltas y delitos leves (jurisdicción correccional)³⁴.

La justicia correccional aplicada por jueces legos tiene una larga tradición en los países latinoamericanos. La presencia del juez de paz es, quizá, la única identidad de los pobladores de regiones inaccesibles con el dato fáctico de la aplicación de justicia.

En Centro América se ha empezado a valorar la función de los jueces de paz en la administración de la justicia penal. Esto es algo lógico tomando en cuenta que en países como Honduras y Guatemala, con lugares de difícil comunicación, han debido ordenar un adecuado sistema de justicia de paz que sirva para mantener, muchas veces, las raíces culturales de las regiones e ir acomodando la ideas de disciplina del entero sistema penal. Esta revaloración de la función del juez de paz ha incentivado la redacción de manuales de instrucción básica en materia de procedimiento penal y la preparación de cursos de capacitación sobre materias constitucionales y de derechos humanos.

En un trabajo sobre jueces de paz en Perú encontramos una hermosa descripción del perfil romántico de uno de estos funcionarios que laboran sin sueldo estatal en una remota región de los Andes peruanos: "Allí vivía el prototipo de Juez de Paz con quien yo había soñado, se llamaba don Quinceto González Arroyo, ... era el eterno Juez de Paz nombrado desde la corte Superior de Apurímac, a propuesta en terna que siempre encabezaba. Atendía en el corredor de su casa con techo de teja, en una pequeña mesita y sen-

29. ZAFFARONI, La Parte General del Proyecto de Código Penal, *op. cit.*, p. 14.

30. ANIYAR DE CASTRO, Criminología de la Liberación, *op. cit.*, p. 106.

31. ANIYAR DE CASTRO, Criminología de la Liberación, *op. cit.*, p. 107.

32. JOFRE, citado por: VELEZ MARICONDE, Derecho Procesal Penal, *op. cit.*, p. 220.

33. En materia de distinción entre jueces es necesario decir que, por la índole de las personas que integran una determinada instancia judicial, se puede hablar de jueces letrados, legos o mixtos (utilizando "letrado" como sinónimo de abogado). Los juzgados de legos están formados por personas no versadas en derecho. Los juzgados mixtos son aquellos donde intervienen letrados y legos, pudiendo ser de jurado o escabinos. En el primero de ellos hay separación de funciones entre letrados y no peritos en derecho, separando la decisión sobre el hecho y la decisión sobre el derecho (separación criticado por BINDING y VELEZ MARICONDE). En el caso de los escabino se actúa conjuntamente sin separación de funciones (se suele citar en estos casos el sistema cubano donde actúan tres jueces letrados y dos legos). El sistema escabino suele ser susceptible a la deformación profesional (el juez lego en estos tribunales viene a "humanizar" al tribunal). En los sistemas escabinos se recomienda que los legos vayan rotando para que no se deformen por la continuidad en la función de administración de justicia.

34. VELEZ MARICOND, Derecho Procesal Penal, *op. cit.*, p. 221.

tado en un poyo de barro, a cualquier hora del día. Hombre de escasa instrucción, pero con un don natural de educación. Hacía la justicia con dignidad y sencillez. Severo con el culpable, le aplicaba la pena, por lo general una noche de cárcel, si se trataba de robo, devolución del objeto e indemnización, la que consistía en un par de días de trabajo o unos soles, un buen sermón, llevando luego a las partes a la capilla del pueblo. Si se trataba del honor de una menor hacía lo posible por arreglar y terminar en un matrimonio, del que él resultaba el padrino. Amigo fiel de la maestra y de los vecinos"³⁵.

Este perfil de juez de paz calza adecuadamente con el prototipo del juez lego que aplica justicia en muchos países de la región, y que ha contribuido eficazmente a reconducir la función de la justicia de los grupos dominantes dentro de los cauces de las diferencias culturales de los pueblos latinoamericanos. Como lo relata el pasaje transcrito, la acción de estos funcionarios permite la resolución de los conflictos dentro de los esquemas valorativos de nuestros pueblos, funcionando como un puente de unión entre la necesidad de establecer la "ley y el orden" y acomodar la reacción social dentro del contexto socioeconómico de las regiones provinciales alejadas de las capitales. "La costumbre-tradicional o reciente- se constituye, así, en instrumento regulador de las relaciones humanas con instancias propias de conducción y decisión bastante diferentes de la justicia formalizada: la asamblea de la comunidad, los alcaldes-varayocs, el teniente gobernador, etc. Todas estas acaban siendo formas de derecho no legislado cuya trascendencia no siempre es valorada apropiadamente por los juristas"³⁶.

Las respuestas conciliadoras de los conflictos por parte de los jueces de paz son, en la actualidad, una excelente opción ante la aplicación del aparatoso escenario de la justicia penal con sus formalidades, pompa y lenguaje. La misma legislación peruana, establece que los jueces de paz solamente instruyen el proceso de "faltas" para que sea un juez de paz letrado o un juez instructor el que decida, no obstante, en la práctica "...resuelven casi todos los conflictos mediante una conciliación o un arreglo"³⁷.

Las recomendaciones en torno a la "desinstitucionalización" de los conflictos contravencionales, pues deben consignarse de la siguiente manera, tomando en cuenta las consideraciones hechas sobre la "justicia participativa", los jueces de paz y las alternativas no estigmatizantes de solución de los conflictos:

i) La Justicia Penal debe empezar a plantearse la necesidad de incluir el escabinato³⁸ como una forma de transición entre el actual sistema de juzgamiento de las contravenciones hacia una etapa donde la solución de los conflictos se realice sin los costos que actualmente significa, tanto sociales como económicos.

ii) Sería interesante, adicionalmente, darle una nueva perspectiva al principio de oportunidad, "...aquél que permite dejar de perseguir ciertos hechos punibles por una decisión de conveniencia política o por las mismas necesidades de la persecución penal"³⁹. La nueva dimensión consistiría en definir el principio de oportunidad en materia contravencional como una herramienta del juez contravencional que permita a éste brindar respuestas menos formales a los problemas o conflictos presentados a su jurisdicción. Dentro de estas perspectivas podrían construirse facultades legales que le permitan al juez contravencional la aplicación del perdón de infractores leves, ejercer un control de la reincidencia contravencional ejerciendo una actividad de revisión de las actividades policiales de persecución, las cuales frecuentemente llevan clientes a la jurisdicción de faltas con parte por respeto a la autoridad sin darle posibilidad al juez contravencional de manejar duda sobre la imputación de los hechos.

iii) La materia de faltas, tal y como se encuentra prevista por las legislaciones vigentes, abarca una serie de problemas de cultura, de economía, de política, de proyección individual del hombre, que poco o nada tendrían que ver con la puesta en funcionamiento de los mecanismos penales. En gran medida la solución de estos conflictos se lograría con una simple conciliación entre las partes en conflicto (eliminando de antemano los conflictos de vagancia y mendicidad sobre los cuales no cabe conciliación sino una respuesta estatal a los problemas estructurales de la sociedad y no una criminalización de sujetos).

La conciliación y la reparación indemnizatoria deberían de ser formas que evitaran la aplicación de sanciones penales a los contraventores, con todos los problemas que éstas últimas acarrearán. Los problemas de los contraventores como sujetos de pena privativa de libertad ante el impago de la multa, aún cuando no se consideren "delincuentes" formalmente, les acarrearán (aparte de otras consecuencias) la construcción de carreras delictivas, lo que por otra parte, hemos dicho, constituye una de las máximas contradicciones del discurso oficial legitimante del control penal, aunque no del discurso encubierto.

35. MENDEZ OSBORN (Juan Manuel), Jueces de Paz-Los Albores de la Justicia, *La Justicia de paz y el Pueblo*, Lima, Perú, Fundación Friedrich Naumann, 1987, pp. 24-25.

36. GARCIA-SAYAN (Diego), Kafkiano: La Otra Cara de la Justicia, *La Justicia de Paz y el Pueblo*, *op. cit.*, p. 37.

37. BRANDT (Hans-Juergen), Conflictos Principales en la Justicia de Paz y su Tramitación, *La Justicia de Paz y el Pueblo*, *op. cit.*, p. 50. en este mismo trabajo se indica que la mayoría de los casos atendidos por los jueces de paz en Perú son penales (63%), lo que no deja de ser impresionante y obliga a meditar sobre el planeamiento oficial de la justicia penal con jueces letrados como la única opción para la resolución de los conflictos. La legislación procesal penal peruana no admite la conciliación, sin embargo, los jueces de paz no aplican los trámites formales del proceso, sino que buscan el equilibrio justo entre las partes. "No entiende (el juez de paz) por qué en un caso penal, como el robo de una gallina por ejemplo, tiene que mandar el expediente al Juez Instructor (lo que significa una dilación del juicio y costos que superan el valor de la gallina), para que éste sentencie y luego devuelva el expediente al Juez de Paz, si las partes están de acuerdo, con una conciliación y una indemnización de los daños y perjuicios." *Ibid.*, p. 61.

38. "Una administración de justicia penal que no quiera encapsularse burocráticamente debe permitir, al menos, la participación de los escabinos, como forma de participación popular en la tarea de administrar justicia y, al mismo tiempo, a manera de instrumento útil para desburocratizar la justicia penal." MAYER, *op. cit.*, p. 84.

39. MAYER (Julio), *Comentarios al Proyecto de Mejoramiento de la Administración de Justicia Penal*, San José, Costa Rica, ILANUD, documento de circulación restringida, 1986, p. 66.

Hemos de aprender de las sencillas respuestas dadas por los jueces legos a los diversos conflictos sociales que se presentan en las comunidades donde existe la institución de los jueces de paz. Si pretendemos la construcción de un sistema penal democrático y respetuoso de los derechos humanos, lo mínimo que debemos hacer es recoger estas opciones de solución que podrían significar una puesta abierta para verificar un replanteamiento del camino que actualmente sigue el sistema penal. Es probable, "que estos mecanismos no sean necesariamente mejores que los anteriores, pero ayudarán a cada individuo a tener un mayor control sobre su vida, y permiten quitarse el poder de castigar a un falso sistema que produce en el anonimato sufrimientos desmesurados"⁴⁰.

E. Alternativas a la Sanción Contravencional

MAYER es muy claro al afirmar que no es posible seguir convirtiendo la pena pecuniaria en encierro⁴¹. Es necesaria una reflexión sobre el papel que está cumpliendo la pena pecuniaria en América Latina ya que la misma puede estar siendo tan represiva en la práctica como la pena privativa de libertad, ya que al final, la pena impuesta, en todos los casos (tanto para delitos como contravenciones) es la pena privativa de libertad, ante el impago de la multa.

MAYER propone que se procure, "... en primer lugar, su prestación y agotamiento, estableciendo, según la situación de fortuna y trabajo del condenado, la posibilidad de agotarla en prestaciones consecutivas, teniendo en cuenta que la división no opere en una verdadera desnaturalización de la pena. Lo efectivo es reducir el nivel de vida del condenado en un porcentaje suficiente, pero tolerable, que incluso, pueda ser solventado con un esfuerzo laboral adicional. La ejecución de bienes es otra posibilidad que se ofrece para impedir la conversión en encierro"⁴².

Estas propuestas acerca de la pena pecuniaria en el entorno de nuestro país, deben ser valoradas tomando en cuenta los datos que hemos dado de funcionamiento de las Alcaldías de Faltas y Contravenciones. Hemos dicho que el volumen de trabajo que manejan estos despachos judiciales es tan alto que los lleva a adoptar una serie de soluciones de tipo "administrativo" que permitan aligerar el proceso de sentencia y ejecución de la misma.

En la prisa que normalmente se hallan envueltos nuestras Alcaldías, es casi ilusorio pensar que en cada caso concreto se va a aplicar el artículo 71 del Código Penal para la adecuación de la pena a las condiciones económicas y personales del multado. Sólo pensar que ha de hacerse el mis-

mo proceso de definición del día multa muchas veces para el mismo sujeto que continuamente entra y sale del Sistema de Justicia Penal, nos permite pronosticar que el éxito de estas opciones alternativas ante la conversión de encierro son sumamente difíciles de aplicar en nuestro medio y que no están cumpliendo en la práctica ningún fin ni de prevención general ni de prevención específica.

Este problema de la no aplicación del artículo 71, se hace evidente, cuando percatamos de la existencia de políticas de algunos Alcaldes quienes de antemano han prefijado una tasación del monto de multa a imponer para las distintas infracciones. Esto hace que cualquier esperanza sobre la determinación del día multa para el contraventor en sus condiciones reales sea una quimera.

Por otro lado, sabemos que las posibilidades de pago de la gran mayoría de contraventores son nulas o casi nulas, lo que los imposibilita a pagar la multa impuesta, incluso en tractos. En primera instancia, los llamados "vagos" están ahí, meramente porque no tienen trabajo y no tienen esperanzas de encontrarlo ante las altísimas tasas de desempleo que registra nuestro país, y en última instancia, el resto de personas contraventoras provienen de los grupos marginales de nuestra población cuyo ingreso no alcanza siquiera para pagar en tractos el monto de la multa, mucho menos pensar en la ejecución de bienes del contraventor, la mayoría de ellos dentro de la categoría de inembargables o de "inexistentes"

Estos hechos hacen que la multa contravencional deba entenderse como una sanción privativa de libertad, cumpliendo una función negativa intolerable sobre una serie de personas que no se suponen delincuentes. MAYER puntualiza con claridad que "La conversión en encierro crea, a la par de una desigualdad social intolerable, en perjuicio de los menos favorecidos, un problema de desnaturalización de la pena concreta que se impone, la mayoría de las veces más grave que el que se intenta solucionar"⁴³. Por otra parte, a los contraventores no se les aplican los beneficios de ejecución condicional de la pena y otros que si son aplicables a conductas "socialmente más graves", por lo que deben descontar sin esperanza un día de prisión por cada día de multa impuesta.

Se impone entonces repensar la sanción de días multa para las contravenciones. Se deben buscar formas sustitutorias tales como el trabajo gratuito en instituciones de bien público en dependencias del Estado⁴⁴. Se deben buscar sanciones que no impliquen los efectos negativísimos de la institucionalización del contraventor⁴⁵.

40. HULSMAN, citado por: ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la Liberación*, *op. cit.*, p. 112.

41. MAYER, *op. cit.*, p. 91.

42. MAYER, *op. cit.*, p. 91.

43. MAYER, *op. cit.*, p. 91.

44. *Ibid.*

45. Situaciones que en ocasiones contradicen directamente la función de la pena pecuniaria como el caso de impago de multas que pueden convertirse en un arresto hasta por cinco años, como ocurre en el caso de la Ley 30 de 1986 de Colombia que sanciona diversas conductas relacionadas con estupefacientes y psicotrópicos. ESCOBAR LOPEZ (Edgar), *Ley 30 de 1986: Consideraciones, Contravenciones y Comentarios*, Bogotá, Colombia, Ministerio de Justicia, 1987, p. 55.

En relación a esta última recomendación se ha dicho que: "Algunos (Códigos Penales) establecen como medida sustitutiva, distinta de la privación de libertad, el trabajo libre remunerado (Panamá, art. 50 C.P.; México, art. 29 C.P. y Costa Rica, art. 55 C.P.), pero debemos reconocer que no ha sido muy utilizado; además, resulta contradictorio sustituir la multa por trabajo porque normalmente quien no paga no tiene ocupación y si existe un índice de desocupados a quienes no ha sido posible ubicarlos en un puesto laboral, difícilmente el Estado le va a conseguir trabajo a un condenado por delito porque no tiene medios para pagar la multa"⁴⁶. Esta aclaración es importante hacerla, por dos razones: por un lado, porque demuestra la actitud de los Alcaldes hacia las conductas que sancionan y por el otro porque señala con claridad las contradicciones que enfrenta el sistema actual de aplicación del día multa.

En este mismo trabajo sobre el sistema de días multa en América Latina se recomiendan otras alternativas a la pena pecuniaria, Poniendo el ejemplo del Código Penal Cubano, se postula la posibilidad de que la autoridad judicial pueda colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá el número de días multa sustituidos. En este mis-

mo Código cubano, en los casos de multa menor a los cien días multa, se permite aplicar la amonestación que "... consiste en reproducir al sancionado su conducta infractora oralmente, en público o en privado, y en forma breve y sencilla, cuidando de no humillarlo ni herir su dignidad..."⁴⁷.

En síntesis, con la multa contravencional no se busca rehabilitar o reinsertar al sujeto en la sociedad. "De ahí que resulte contradictorio sustituir la multa por prisión y se ponga de manifiesto la necesidad de buscar medios sustitutivos más beneficiosos y mejor adaptados a la naturaleza de la multa, máxime si se observa que la multa se impone cuando el valor expresado en el hecho, así como la personalidad del imputado, no justifican un proceso de resocialización ni las demás consecuencias de la privación de la libertad individual"⁴⁸.

Debemos aprender de las experiencias de países más avanzados en estas materias como Italia, Suiza, Austria, Cuba y México, que se han orientado por la vía de la prohibición de la conversión de la pena pecuniaria en pena de prisión, dando efectiva realidad al principio de igualdad ante la ley.

BIBLIOGRAFIA

ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Criminología de la Liberación*, Maracaibo, Venezuela, Editorial de la Universidad del Zulia, 1987.

BARATTA (Alessandro), *Enfoque Crítico del Sistema Penal y la Criminología en Europa. Primer Seminario de Criminología Crítica*, Medellín, Colombia, Universidad de Medellín, 1984.

RANDT (Hans-Juergen), *Conflictos Principales en la Justicia de Paz y su Tramitación*, La Justicia de Paz y el Pueblo, Lima, Perú, Fundación Friedrich Naumann, 1987.

CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo) y WONG REYES (Ligia), *El Sistema Contravencional en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Documento inédito presentado al Congreso de Criminólogos Críticos en Managua, Nicaragua, 1985.

CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo) y RODRIGUEZ RUIZ (Blanca), *Análisis Jurídico-Criminológico de las Contravenciones Penales en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Tesis para optar al Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Escuela Judicial, Conclusiones y Recomendaciones en Relación con la Materia de Faltas y Contravenciones*, San José, Costa Rica, 1985.

DELMAS-MARTY (Mireille), *Modelos Actuales de Política Criminal*, Madrid, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Traducción a cargo de Marino Barbero Santos y colaboradores 1986.

ESCOBAR LOPEZ (Edgar), *Ley 30 de 1986. Consideraciones, Contravenciones y Comentarios*, Bogotá, Colombia, Ministerio de Justicia, 1987.

GABALDON (Luis Gerardo), *Control Social y Criminología*, Caracas, Esitorial Jurídica Venezolana, 1987.

GARCIA-SAYAN (Diego), *Kafkiano?: La Otra Cara de la Justicia de Paz y el Pueblo*, Lima, Perú, Fundación Naumann, 1987.

GONZALEZ (Daniel) y GARITA VILCHEZ (Ana Isabel), *La Regulación del Sistema de Dias-Multa en los Códigos Penales Latinoamericanos*, San José, Costa Rica, ILANUD, Documento Inédito, 1987.

46. GONZALEZ (Daniel) y GARITA VILCHEZ (Ana Isabel), *La Regulación del Sistema de Dias-Multa en los Códigos Penales Latinoamericanos*, San José, Costa Rica, ILANUD, Documento Inédito, 1987, p. 35. En este mismo trabajo se señala que la conversión de multa en prisión debería "... Constituir la garantía (amenaza) para el cumplimiento de la pena pecuniaria frente a sujetos que teniendo las condiciones económicas necesarias, no quieren pagar, así como para aquellos sujetos que voluntariamente se encuentren en un estado de indigencia económica, por medio de la transmisión de sus bienes a terceros, o por cualquier operación, con el propósito de eludir el pago... En estos casos la conversión no se fundamentaría en la situación económica del condenado: sino en su conducta posterior dirigida a eludir el cumplimiento de la penal pecuniaria..." (p. 38)

47. GONZALEZ (Daniel) y otra. *op. cit.*, p. 36.

48. *Ibid.*, p. 41.

HIRSCH (Hans Joachim), El Derecho Penal y el Ambito Libre de Regulación Jurídica, *Doctrina Penal*, No. 39, año 10, julio-setiembre, 1987, p. 397.

ISSA EL KHOURY JACOB (Henry) y CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo), *Es Sistema Contravencional. Análisis de su legalidad y funcionamiento en tres países de América Latina.*, San José, Costa Rica, ILANUD, Trabajo Pendiente de Publicación, 1988.

MAYER (Julio), *Comentarios al Proyecto de Mejoramiento de la Administración de Justicia Penal*, San José, Costa Rica, ILANUD, documento de circulación restringida, 1986.

MENDEZ OSBORN (Juan Manuel), Jueces de Paz-Los Albores de la Justicia, *La Justicia de Paz y el Pueblo*, Lima, Perú, Fundación Friedrich Naumann, 1987.

PERIS RIERA (Jaime Miguel), *El Proceso Despenalizador*, Valencia, España, Universidad de Valencia, 1983.

Proyecto ILANUD-FIU, *La Administración de Justicia en Costa Rica. Informe Final*, San José, Costa Rica, III Versión, 1986.

Quinto congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1-2 septiembre de 1975), Nueva York, Naciones Unidas, 1976.

SANCHEZ VELARDE (Pablo), Descriminalización en el Proyecto del 10. de abril de 1986, *Política Criminal, Presupuesto Científico para la Reforma del Código Penal*, Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Ediciones Jurídicas, primera Edición, 1986.

VELEZ MARICONDE, (Alfredo), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Lerner, 1980.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), La Parte General del Proyecto de Código Penal, *Política Criminal. Presupuesto Científico para la Reforma del Código Penal*, Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Ediciones Jurídicas, Primera Edición, 1986.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), El Sistema Contravencional de la Provincia de Buenos Aires. Minimización Formal para la Represivización Material, en : Seminario de Criminología Crítica, Bogotá, Colombia, 1982.

LA DETERMINACION DE LA PENA EN EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Juan Marcos Rivero Sánchez

I. Planteamiento del problema

1. Existe concurso ideal en aquellos casos en que un solo comportamiento¹ lesiona varias veces la misma disposición penal (concurso ideal homogéneo); o bien, cuando lesiona varias disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí (concurso ideal heterogéneo). Así lo establece expresamente la doctrina².

2. Según el artículo 21 del Código Penal: "Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí". Esta norma, alude tan sólo al concurso heterogéneo. No obstante, la existencia del concurso homogéneo debe ser afirmada en virtud de una aplicación analógica "in bonam partem" de los artículos 21 y 75 *ibidem*, ya que de lo contrario la alternativa sería regular el caso según las reglas del concurso real (artículos 22 y 76 *ibidem*), las que resultarían más gravosas para el delincuente³. Por lo demás, la expresión "diversas disposiciones legales", no debe llamar a error. Si se toma en cuenta que toda norma protege un bien relevante para el derecho, resulta claro que, en última instancia, la lesión de un precepto entraña siempre la de un bien, y es esto último lo relevante para el Ordenamiento Jurídico⁴.

3. No debe confundirse el concurso ideal, con el concurso aparente de normas, también llamado por un sector de la

doctrina⁵, concurso ideal impropio e incluso, concurso aparente de delitos⁶. El concurso aparente se define como una hipótesis de unidad de acción⁷, con unidad de lesión⁸. Sucesde que aquí la acción "parece" adecuarse a diversas disposiciones jurídicas y, a consecuencia de ello, genera la impresión de haber producido una pluralidad de lesiones de bienes jurídicamente relevantes⁹. No obstante, esta apariencia puede disiparse a través de la aplicación de los principios de especialidad¹⁰, consunción¹¹ y subsidiariedad¹².

4. Sin embargo, una vez que se ha desechado la posibilidad de una concurrencia aparente de normas y se ha comprobado que se está ante un caso de pluralidad de lesiones originadas en un único comportamiento, se presenta el problema de determinar la sanción aplicable, la que debe guardar correspondencia con el injusto y la culpabilidad del hecho punible¹³. El artículo 75 del código de comentario, pretende dar solución a esta dificultad, y a tal efecto dispone: "Para el concurso ideal, el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla". Esta norma, en principio clara, presenta, no obstante, tres grandes interrogantes: a) ¿Qué se entiende por delito más grave?; b) ¿Qué significa aplicar la pena correspondiente al delito más grave?; c) ¿Qué significa aumentar la pena de dicho delito?

1. Comportamiento se entiende aquí, como comprensivo de la acción y de la omisión. El problema del concurso ideal, supone, necesariamente, la unidad del comportamiento. Así, Castillo, *El concurso...*, p. 57; Stratenwerth, *Derecho Penal*, p. 357; Sauer, *Derecho Penal*, p. 344; Zaffaroni, *Tratado*, T. IV, p. 554; Luis Jiménez de Asúa: *La Ley...*, p. 533 y Maggioni, Vol. II, p. 157. Wessels, p. 233

2. Castillo, *Op. cit.*, p. 63.

3. *Ibid.*, p. 58.

4. "...la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado" *Ibid.*, p. 27.

5. Zaffaroni, *Op. cit.*, p. 556.

6. Castillo, *Op. cit.*, p. 26.

7. Así, Zaffaroni, *Op. cit.*, p. 559.

El punto, no obstante, se discute en doctrina. En contra de la tesis sostenida en el presente artículo, ver Jescheck, T. II, p. 1035.

8. "...el fenómeno llamado concurso aparente de delitos, ocurre cuando aparentemente hay varias lesiones jurídicas, pero en realidad hay sólo una". Así, Castillo, *Op. cit.*, p. 28.

9. Ver, Stratenwerth, *Op. cit.*, Nº 1174, p. 343.

10. "...significa que una acción debe subsumirse en aquel de los tipos penales, que más exactamente se adapta a ella" Castillo, *Op. cit.*, p. 37. Hay especialidad "...cuando una disposición penal, que es la del tipo que se aplica, contiene en sí todos los elementos de la disposición penal del tipo general, más uno o más especializantes". *Ibid.*, p. 37.

11. La relación de consunción "...puede tener lugar entre dos tipos, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición". Así Zaffaroni, *Op. cit.*, p. 561. En general, se trata de los llamados hechos posteriores impunes y de los "hechos típicos acompañantes".

12. "Subsidiariedad significa que un precepto penal sólo ha de encontrar aplicación de forma auxiliar, para el caso de que no intervenga ya otro precepto penal". Jescheck, T. II, p. 1036.

13. Sobre la medición concreta de la pena, ver, Sauer, *Op. cit.*, pp. 367 y ss.

II. La individualización de la pena en el concurso ideal de delitos

5. Para dar solución adecuada a los anteriores interrogantes, conviene tener presente cuales son los sistemas para determinar la pena en caso de concursos. De acuerdo con el principio de la acumulación material o aritmética, las sanciones que corresponden a los diversos hechos, deben sumarse y aplicarse todas "... unas a continuación de otras"¹⁴. Para la teoría de la absorción, las penas que se ligan a los diversos delitos resultan absorbidas por la mayor de ellas¹⁵. Finalmente, para el sistema de cúmulo jurídico, debe aplicarse la pena de la violación jurídica más grave, con un aumento—también se le denomina, sistema de la aspersión¹⁶.

6. La doctrina ha entendido que el sistema de la absorción se aviene al problema del concurso ideal. Ello resulta de la circunstancia de que, en realidad, hay aquí un único delito "...que tiene la peculiaridad de presentar una doble o plural tipicidad"¹⁷. En efecto, la teoría de los perfiles del hecho jurídico, enseña que un mismo fenómeno puede ser valorado desde diversos ángulos, por distintas normas jurídicas, sin que por ello se modifique, desde el punto de vista fenomenológico, su estructura¹⁸. Desde esta perspectiva, se afirma que "...la pluralidad de encuadramientos no es en sí misma suficiente para considerar procedente la imposición de una pluralidad de penas; para esto es necesario que a cada figura corresponda una acción autónoma. Lo que se imputa a un sujeto son sus acciones; así, cuando no hay más que una acción, no puede haber más de una imputación, aunque esa sola y misma acción caiga bajo más de una descripción legal"¹⁹. Esta visión del concurso ideal, corresponde a la llamada teoría unitaria, que es hoy dominante en doctrina²⁰. En nuestro medio, no obstante, se ha sostenido que el Código Penal recoge la teoría plural, con arreglo a la cual se considera que el concurso ideal constituye una pluralidad de delitos²¹. Se argumenta que el Código, en el Título II, Sección II, se refiere a un "concurso de delitos", y que en el artículo 75 habla de que el Juez aplicará la pena correspondiente al "delito más grave". De aquí se extrae la conclusión de que "...para nuestro legislador delito es, no la acción, sino la valoración jurídica de esa acción"²². En reali-

dad, lo propio es considerar que, de manera general, las imprecisiones del lenguaje legislativo no condicionan la labor de interpretación de las normas.

7. Conviene determinar ahora que se entiende por delito más grave. Al respecto, debe tenerse presente que si el concurso ideal es un caso de una acción con dualidad o pluralidad de calificaciones (las que, se encuentran contenidas en los respectivos tipos), resulta claro que delito más grave, es aquel que tenga la calificación jurídica más grave.

8. Debe recordarse que el tipo penal está compuesto, como toda norma jurídica, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, que es siempre una pena o una medida de seguridad. En consecuencia, si el concurso ideal ha de regirse por la calificación más grave, debe determinarse si esa gravedad se especifica en función del supuesto o en relación con el efecto del tipo. En realidad, en el artículo 75 Cp. "Delito más grave es aquel que tiene una pena mayor"²³. Se trata de aplicar la pena que en mayor medida incide en los bienes jurídicos del autor del hecho punible²⁴. Para ello, debe estarse, en primer lugar, a la naturaleza de la pena, según el orden establecido en el artículo 50 *ibidem*. Si son de la misma naturaleza, la gravedad se determina por el límite máximo más elevado de los tipos que concurren. Si los extremos mayores son iguales, la gravedad se determina en función del mínimo más elevado²⁵.

9. Debe desentrenarse, por otra parte, el sentido de la expresión: "aplicar la pena correspondiente al delito más grave". En realidad, caben dos interpretaciones. En primer lugar, puede significar que la sanción se impone dentro del mínimo y máximo de la escala penal que corresponda al tipo más grave. En segundo término, puede entenderse que dicha escala se construye, en su límite máximo, con referencia a la pena mayor, y, en su límite mínimo, por el mínimo mayor de los tipos que concurren (principio de combinación). Se ha dicho que la circunstancia de que se aplique la pena correspondiente al delito más grave, no significa "...que el legislador dé a la pena del delito más grave una preminencia absoluta; ella indica simplemente que el límite superior de la pena es la fijada por el tipo penal que tenga pena mayor..."²⁶. "La pena de la violación menos grave, aunque en

14. Soler, T. II, p. 310. Se distingue también, un sistema de acumulación limitada, el que a veces se confunde con la acumulación jurídica: así, por ejemplo: Reyes E. Alfonso, p. 233. En cambio define propiamente el sistema de la acumulación limitada. Zaffaroni, T. V, p. 391.

15. *Ibid.*, p. 311; Muñoz Conde, p. 223; Puig Peñañ, II, p. 288.

16. Castillo, 68; Zaffaroni, T. V., p. 392.

17. Zaffaroni, T. IV, p. 554; Zaffaroni, T. V, p. 390.

18. Pérez Vargas (Víctor), p. 158.

19. Soler, T. II, p. 291.

20. Zaffaroni, T. IV., p. 554.

21. Castillo, p. 66.

22. *Ibid.*, p. 67.

23. *Ibid.*, p. 104.

24. Zaffaroni, T. V, p.

25. Castillo, p. 70.

26. *Ibid.*, p. 69.

principio es absorbida, cumple la función de fijar el límite mínimo en aquellos casos en los que la ley establece pena mayor que tenga un mínimo menor que la pena que fue aplicada. Así, si uno de los tipos violados tiene pena de prisión de un mes a dos años y el otro de dos meses a un año, es el primero el más grave y de él se toma la pena. Pero el segundo fija el límite mínimo de la pena, que no puede ser menor de dos meses de prisión²⁷. Esta última solución es la que se impone, pues al haber lesionado el delincuente varios tipos penales, no puede concebirse que cumpla una sanción menor que el mínimo más alto de las penas que concurren²⁸.

10. Cuando se trata del concurso ideal homogéneo, la determinación de la pena no presenta en realidad mayor problema. Aquí la sanción que se toma "...es aquella de la ley penal que fue violada varias veces, como si hubiera sido violada una vez solamente. A la hora de establecer la pena en concreto, el juez puede tomar en cuenta la pluralidad de resultados producidos por la acción (caso de bomba, que mata a varios) o bien de la conexión de medio a fin de una de las violaciones jurídicas con relación a la otra o a las otras"²⁹.

11. El verdadero problema, no obstante, reside en determinar que significa aumentar la pena correspondiente al delito más grave. Tradicionalmente, se ha entendido que el artículo de comentario (75 Cp), le otorga al órgano juzgador la facultad, por lo demás discrecional, de elevar la sanción por encima del máximo de la escala penal de que se trate, con el único límite de que: "...no se puede aplicar al delincuente una pena mayor que aquella que le hubiera correspondido si hubiera realizado acciones independientes (concurso real)"³⁰. Esta tesis, seguida en general por nuestra jurisprudencia, no está exenta de toda crítica:

a) La solución resulta contraria al principio de legalidad. Con arreglo a éste, toda sanción que se imponga a una persona debe estar previamente *determinada* por una ley anterior a la comisión del delito. La exigencia de determinación, supone que el legislador establezca claramente. Los límites mínimo y máximo dentro de los cuales el juzgador habrá de aplicar la pena en concreto. El marco de la sanción es infranqueable, salvo en aquellos casos en los que la propia ley crea una escala penal paralela. Si la ley no prevé un marco penal alternativo, debe interpretarse que la posibilidad de aumentar la pena opera siempre dentro de los márgenes legales del tipo respectivo. La tesis que afirma que la facultad

de agravación aludida, encontraría su límite en las reglas del concurso real de delitos, implica, en el fondo, una aplicación analógica "in malam partem" del artículo 76³¹. Si se interpreta que le corresponde al Juez —y no a la ley—, la fijación de los límites de la potestad de agravación, sin otro requisito que el de no superar la sanción que correspondería al caso de haberse realizado acciones independientes, se crearía, de hecho, un grado de inseguridad contrario a los valores del sistema. Se ha dicho que "...debe exigirse el máximo de determinación en la ley penal (nullum crimen sine lege certa). Los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y contentiendo únicamente marcos penales de extensión limitada"³². No obstante, las normas deben interpretarse en el sentido en que resulten conformes con la Constitución Política. De aquí que deba arribarse a la conclusión de que el aumento de la pena que prevé el artículo 75, es dentro del máximo penal respectivo.

b) La pena que se agrava no es la "prevista" abstractamente dentro de los límites menor y mayor de la escala correspondiente, sino la que se haya impuesto al delito más grave, "en concreto", de conformidad con los criterios de determinación de la pena a que hace referencia el artículo 71 Cp. A esta conclusión se llega, si se toma en consideración el hecho de que el Código Penal distingue entre la "pena que corresponda al delito más grave" (Art 75), o a los "delitos cometidos" (Art 76), y la "pena prevista" para el hecho punible. Pena que corresponda el hecho punible y pena prevista para él, no son conceptos idénticos³³. La primera, es la que *en concreto* se le imponga al delincuente; es la pena particular, aplicada en el caso de que se trate. La segunda, es la sanción abstractamente establecida en el tipo³⁴. Así, "La pena prevista para el hurto simple (artículo 208 Cód. pen.) es prisión de un mes a tres años"³⁵. De lo anterior, se comprende que en el artículo 75 de repetida cita, nuestro ordenamiento no faculta para aumentar la pena máxima abstractamente entendida, sino tan sólo la que en concreto se haya impuesto, y dentro del marco legal respectivo. Este, por otra parte, permanece inalterado.

c) Podría pensarse que la facultad de agravar la pena sólo tiene sentido en la medida en que se ejerza para sobrepasar el límite superior del marco penal. No obstante, ello olvida que si bien el Juez puede fijar la pena dentro de los límites por ley establecidos, ello no significa que la determina-

27. *Ibid*, p. 70.

28. "Esta función preclusiva de la ley más favorable en cuanto al mínimo de la pena tiene su razón de ser en el hecho de que el delincuente no debe ser favorecido porque con su acción u omisión no solamente lesionó una, sino varias leyes penales". Así, Castillo, p. 70. Ver, además, Bacigalupo, Principios, II, p. 212; Bacigalupo, Manual, p. 250.

29. Castillo, p. 69.

30. *Ibid*, p. 71.

31. Sobre los límites de la analogía, ver Jescheck, T. I, p. 180, para quién está prohibida la analogía como medio de agravación de las penas.

32. Jescheck, T. I, pp. 182-183.

33. Castillo, p. 104.

34. *Ibid*.

35. *Ibid*.

ción de la sanción sea *arbitraria*³⁶. En cada caso concreto, "Fundamento de la determinación de la pena es la significación del delito para el Orden Jurídico violado (contenido del injusto), y la gravedad del reproche que se hace al reo por el hecho cometido (contenido de la culpabilidad). Sin embargo, dentro de un derecho penal de culpabilidad, la cúspide de los factores determinantes de la pena es, precisamente, el contenido de la culpabilidad, dado que sólo pueden tenerse en cuenta los efectos culpables del hecho³⁷. Hoy se acepta, de manera general, que la pena debe determinarse "...de tal modo que se garantice, tanto la función retributiva en relación con el contenido del injusto y de la culpabilidad, como que se haga posible por lo menos el cumplimiento de la función resocializadora del reo. Además de esto, debe protegerse a la comunidad frente al delincuente peligroso... La defensa del Ordenamiento Jurídico exige, por último, que la pena se determine de tal modo que pueda tener un efecto sociopedagógico en la comunidad³⁸". En algunos casos, los anteriores objetivos pueden equilibrarse en el momento de imposición de la sanción. No obstante, cuando ello no resulta posible "...el principio de culpabilidad constituye el punto de referencia y el límite superior de la determinación de la pena, porque representa el fundamento de toda pena pública... En ningún caso puede admitirse, ni por razones resocializadoras, ni de protección de la sociedad frente al delincuente peligroso, una pena mayor a lo que permita la culpabilidad"³⁹. En consecuencia, lo correcto es interpretar que en los casos de concurso ideal, debe imponerse la pena que corresponda al delito más grave, la que habrá de determinarse, en cada caso concreto, de conformidad con el contenido del injusto y de la culpabilidad. La agravación de esta sanción, sólo se justifica por el número de disposiciones violadas y dentro de los marcos del tipo penal⁴⁰.

d) Existe quizá una razón más profunda para arribar a las anteriores conclusiones, que tiene que ver con los llamados delitos calificados por el resultado. En general, éstos

delitos se explican por la circunstancia de que el legislador, por razones de política criminal, consideró oportuno desplazar las reglas del concurso ideal, en aquellos casos en que pudieran resultar demasiado benignas en consideración al contenido del injusto⁴¹. Pero, precisamente, ello sólo tiene sentido en un sistema que opte por sancionar las hipótesis de concurso ideal, de conformidad con la pena establecida para el delito más grave, aumentada, a lo sumo, hasta el máximo previsto en el respectivo tipo. Es claro: si el Juez pudiera elevar la sanción por encima de la respectiva escala penal, contaría con la posibilidad de imponer una pena mayor que la establecida, en tesis de principio, para cualquier delito calificado por el resultado, con lo que éstos carecerían de razón de ser, frente al mayor margen de punibilidad que representaría el concurso ideal. En síntesis, si nuestro legislador consideró necesario recurrir a la técnica de los delitos calificados por el resultado, es porque partió de la base de que la del concurso ideal, se establece la pena correspondiente al delito de mayor gravedad y se consideran las violaciones de los restantes tipos penales "...como circunstancias agravantes, dentro de la única escala penal que se aplica"⁴².

III. Conclusión

12. La interpretación que la doctrina y jurisprudencia dominantes han hecho del artículo 75 del Código Penal Costarricense, resulta contraria al principio de legalidad. Debe entonces corregirse esa orientación, a fin de conciliar esa norma con los valores fundamentales amparados por la Carta Política de nuestro país. Como ya lo sentenció Reinhart Maurach—cuya observación también vale para el derecho costarricense—. "Únicamente dentro del marco penal del tipo más grave podrán los tipos idealmente concurrentes ser tomados en consideración para agravar la pena: principio de la facultativa asperación limitada"⁴³. Este es el sistema que recoge el artículo 75 del Cód. pen.

36. Jescheck, T. II, p. 1191.

37. *Ibid.*, p. 1208 y 1209.

38. *Ibid.*, p. 1197.

39. *Ibid.*

40. En síntesis, el Juez no puede imponer la pena máxima a cualquier caso que se le ocurra. No obstante el artículo 75 autoriza al juzgador para aplicar el máximo autorizado por el tipo penal a un caso que, aisladamente considerado, se haría acreedor a una pena menor, sólo que en consideración a las normas violadas, se agrava su tratamiento. En España, el sistema es el de la Absorción, con Agravación Fija de la Pena. Aquí, se impone la Pena correspondiente al delito más grave, en su grado máximo: Rodríguez Devesa, p. 6. P.G., p. 793. Así, en este sistema la agravación es dentro del marco penal (Hasta su extremo mayor).

41. Gómez Benites, p. 217. Ver también, Zaffaroni, T. II, p. 427

42. Jouer, T. II, p. 311.

43. Maurach, T. II, p. 455.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO (Enrique). *Manuel de Derecho Penal, parte general*. Bogotá, Temis, llanud, 1984.
- BACIGALUPO. *Principios de Derecho Penal Español*. Madrid. Akal, Vol. II, 1985.
- CASTILLO GONZALEZ (Francisco). *El Concurso de Delitos*. San José, Costa Rica, Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.R., 1981.
- GOMEZ BENITES (José Manuel). *Teoría Jurídica del delito*. Madrid. Editorial Civitas, 1984.
- JESCHECK (Hans-Heinrich). *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Barcelona, Casa Editorial Bosch., Vols. I y II, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA (Luis). *La Ley y el Delito*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana, 13ª ed. 1984.
- MAGGIORE (Guiseppe). *Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Temis, 5ª ed. Vol. II, 1972.
- MAURACH (Reinhart). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona, Ediciones Ariel, Vol. II, 1962.
- MUÑOZ CONDE (Francisco). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- PEREZ VARGAS (Víctor). *Derecho Privado*. San José, Costa Rica. Publitex, 1988.
- PUIG PENA (Federico). *Derecho Penal, parte general*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª ed., T. II, 1955.
- REYES E. (Alfonso). *La punibilidad*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1978.
- RODRIGUEZ DEVESA (José María). *Derecho Penal Español, parte general*. Madrid, Gráficas Carasa, 7ª ed. 1979.
- SAUER (Guillermo). *Derecho Penal, parte general*. Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1956.
- SOLER (Sebastián). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Editorial Tea, 9ª reimpresión, T. II, 1983.
- STRATENWERTH (GÜNTER). *Derecho penal, parte general*. Madrid, Edersa, Traducción de la 2ª edición alemana, 1982.
- WESSELS (Johannes). *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1980.
- ZAFFARONI (Eugenio Raul). *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires, Ediar, T. III, IV y V, 1982.

LA POSICION JURIDICA DEL OFENDIDO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL LATINOAMERICANO UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carlos Tiffer Sotomayor

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi amigo y compañero de Facultad, Leonardo Chacón Mussap, con quien compartí tantos ideales y experiencias, vilmente asesinado, víctima de la violencia de nuestra sociedad actual.

PRESENTACION

Este ensayo se originó como una ponencia para el Seminario de Derecho Procesal Penal Comparado que organizó el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero, de Friburgo, República Federal de Alemania que se celebró en Rottach-Egern (Mayo, 1989) y al cual fui gentilmente invitado. Pude participar gracias al apoyo del Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD).

Sumario I. Introducción 1.1 Desarrollo histórico de la posición jurídica del ofendido en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano. 1.2 Concepción fundamental del Derecho Procesal Penal Latinoamericano. 1.3 Presentación del problema y limitación del tema. II. Formas de Persecución penal en el Derecho Procesal Latinoamericano 2.1 Persecución penal en los delitos de acción pública. 2.2 Persecución penal en delitos de acción privada. 2.3 Persecución penal en delitos de acción pública dependientes de instancia privada. III. La reparación de los daños en el Derecho Procesal Latinoamericano 3.1 Reparación de los daños a través del proceso penal. 3.2 Reparación de los daños a través del proceso civil. 3.3 Reparación de los daños a través de una Caja de Indemnizaciones. IV. La reparación de los daños y la copensación entre delincuente y víctima 4.1 Nuevas tendencias en la Política Criminal y la Legislación. 4.2 Posibilidades de introducir el modelo de compensación entre delincuentes y víctimas en América Latina. V. Tendencia actual de la reforma sobre la posición jurídica del ofendido en América Latina 5.1 Tendencia de la reforma en el campo del Derecho Penal Material. 5.2 Tendencia de la reforma en el campo de Derecho Procesal Penal. 5.3 Enfoque de la víctima bajo la perspectiva criminológica latinoamericana. Comentario final. Citas bibliográficas.

I. Introducción.

1.1 El desarrollo histórico de la posición del ofendido en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano.

En las antiguas culturas Latinoamericanas, como los Aztecas, Mayas e Incas, la víctima del delito era la figura central. La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales. La ejecución de una pena, podía depender de un pago, de una recompensa, o del perdón del ofendido. Esta situación cambió con la llegada de los españoles y portugueses a tierras latinoamericanas en donde trasplantaron las instituciones jurídicas europeas.¹

La figura del ofendido fue perdiendo importancia en la investigación del delito y en la aplicación de las penas. Con el surgimiento del Estado y la Teoría del Bien Jurídico, el ofendido pasó a ocupar un puesto secundario en el proceso penal. El sistema de derecho penal positivo concentró su atención en el binomio, delitos y penas. En tal sistema, no hay en realidad lugar para la víctima del delito, la cual ocupa más bien un lugar marginado dentro del proceso penal.²

El ofendido ocupa en el proceso penal latinoamericano un lugar formalmente destacado. Todos los Códigos Procesales Penales permiten la posibilidad que el ofendido participe como "parte civil" en el proceso criminal.³ Aún más,

* Para aligerar la lectura del ensayo usamos las siguientes abreviaturas: C.P.: Código Penal, C.P.P.: Código de Procedimientos Penales, p. ej: Por ejemplo, V: Véase o comparece.

1. V. MENDEZ LIMBRICK, J. La aplicación de derecho indiano en Costa Rica. Tesis. San José, 1987. p. 288-343. BONIFAZ, M. Derecho Indiano, Derecho castellano. Derecho precolombino. Derecho colonial. 2. Ed. Sucre. 1960. HERNANDEZ PEÑALOSA, G. El derecho en indias y en su metrópoli. Bogotá, 1969. ZAVALA, S. A. Las instituciones jurídicas en la conquista de América. 2. Ed. México, 1971. GARCIA GALLO, A. Metodología de la historia del derecho indiano. Santiago de Chile, 1970.
2. V. PAVON VASCONLELOS, F. Manual de derecho penal mexicano. México, 1985. p. 51-68. RIVERA SIVA, M. El proceso penal. México, 1986. p. 17-37. GONZALEZ BUSTAMANTES, J. J. Principios de derecho procesal penal mexicano. 7. Ed. México, 1983. p. 36-52.
3. V. CLARIA OLMEDO, J. Derecho procesal. Buenos Aires, 1982. p. 32-36. VESCOVI, E. Teoría general del proceso. Bogotá, 1984. p. 37-49. MAIER, J. B. La reforma del procedimiento penal en Costa Rica. En: Doctrina Penal. Buenos Aires, 1977. p. 102-113.

en México la reparación del daño al ofendido se considera como una sanción, comparable a la multa y es perseguible de oficio por el Ministerio Público, (art. 34 C.P.).⁴

Sin embargo, esa posibilidad de actuar como "parte civil" dentro del proceso penal, es algo más teórico que práctico. El ofendido no tiene interés de participar en el proceso penal, esto se debe, a que la mayoría de delitos que se cometen son intencionales y es claro que los delincuentes latinoamericanos generalmente no disponen de un patrimonio o ingresos suficientes, como para pagar una reparación por los daños causados a las víctimas. Sucede lo contrario, en los delitos cometidos por negligencia o imprudencia, (p. ej: accidentes de tránsito) o en los casos de delitos que afectan la esfera personal, (p. ej: injurias, calumnias). En estos casos, el ofendido tiene un mayor interés y es más probable que decida participar en el proceso penal.

La realidad actual es que en América Latina, el ofendido actúa en el proceso penal a lo sumo tan solo como un testigo, aunque formalmente las leyes procesales le confieran otras competencias. Recientemente, ha sido la criminología latinoamericana la que ha puesto en discusión doctrinal la posición del ofendido en el derecho penal. Se observa una tendencia a fortalecer las facultades del ofendido dentro del proceso penal, como se ha hecho en el nuevo Código Procesal Penal de Colombia, (1986), y lo prevé el nuevo Proyecto de Código Procesal Penal de Argentina. (1987).⁵

1.2 Concepción fundamental del Derecho Procesal Penal Latinoamericano.

Las fuentes legislativas del Siglo XIX en materia procesal latinoamericana fueron básicamente, el derecho penal español y francés, mientras que en el presente siglo la influencia más importante la ejerció el derecho penal italiano. Por esto, el derecho procesal penal latinoamericano actual se identifica en sus principios e instituciones con el llamado Sistema Romanístico de Derecho. Por ejemplo, el actual C.P.P. de Costa Rica (1975), tiene su antecedente en el Código de la provincia argentina de Córdoba (1939), el cual tiene su origen principal en el Código italiano de 1913 y 1930.⁶

En general el proceso penal tipo latinoamericano, se desarrolla en 2 etapas fundamentales (p. ej: Perú art. 2 C.P.P., Costa Rica art. 184 C.P.P.).

Un primer periodo, predominantemente escrito y secreto, con carácter preparatorio, que tiene una finalidad instrumental, y un segundo periodo, declarativo o decisorio, núcleo esencial del proceso que se realiza en forma oral y pública.

Es opinión generalizada de la doctrina penal latinoamericana clasificar el proceso como un sistema mixto, resultado de una mezcla del sistema inquisitorio y acusatorio. Por lo que se puede afirmar, que el Derecho Procesal Penal Latinoamericano tiene una base dogmática común.⁷

Los sujetos principales en el proceso penal, son el imputado y el Ministerio Público. La participación del ofendido es eventual, juega un rol importante para la participación del ofendido la forma de delito, el patrimonio del autor, y la duración del proceso.⁸

Existen dos diferentes formas de acciones en el proceso penal latinoamericano, una de carácter público y otra privada, (p. ej: Argentina art. 71-76 C.P., Bolívar art. 5 C.P., Guatemala art. 68 C.P.P., Costa Rica art. 5 C.P.P.). Dentro de la primera forma de acción penal se encuentra prevista en algunos países latinoamericanos, la modalidad de acción pública dependiente de instancia privada, (p. ej: Costa Rica art. 6 C.P.P., Argentina art. 72 C.P., Guatemala art. 71-72 C.P.P., Brasil art. 24-62 C.P.P.).

La duración del proceso es muy variada. Por ejemplo, en Costa Rica según el C.P.P., para casos no complejos y con pena de multa o de prisión menor a tres años, duran aproximadamente de uno a tres meses. En casos complejos, con penas de prisión mayor a tres años, la duración del proceso promedio, es de nueve meses a un año, (art. 199 y 408 C.P.P.).⁹

1.3 Presentación del problema y limitación del tema.

La coincidencia del origen del Derecho Procesal Penal Latinoamericano, no significa de ninguna manera identidad absoluta, se presentan diferencias técnicas, jurídicas y de funcionamiento en cada país, que hace interesante el análisis comparativo, aunque, produce también dificultad en la exposición del tema. Por ejemplo, en Argentina, debido a su organización federal, existen 17 diferentes C.P.P. uno para cada provincia¹⁶ y uno para la Capital Federal. Lo

4. V. GARCIA RAMIREZ, S. Derecho procesal penal. 4. Ed. México, 1983. p. 282-291. VELEZ MARICONDE, A. Derecho procesal penal. Buenos Aires, 1969. p. 11-23. CHIOSSONE, T. Manual de derecho procesal penal. 3. Ed. Caracas, 1981. p. 39-57.

5. V. VELEZ MARICONDE, A. / CLARIA OLMEDO, J. Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal en América Latina. En: Revista de Derecho Procesal Iberoamericano. Madrid, 1971. p. 649-682.

6. V. CASTILLO BARRANTES, E. Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal. San José, 1977. p. 113-167.

7. V. CLARA OLMEDO, J. Bases completas para orientar en latinoamérica la unificación legislativa en material procesal penal. Córdoba, 1978. p. 116-121. LEVENE, R. Códigos procesales penales argentinos. Concordados-Anotados. La Plata, 1973. p. 9-79. GARCIA RAMIREZ, S. Innovaciones en el procedimiento penal federal. En celebración por Javier Piña y Palacios. México, 1985. p. 185-230.

8. V. FRAGOSO, H.C. El derecho penal comparado en América Latina. En: Doctrina Penal. Buenos Aires. 1978. p. 713-722.

9. V. LLOBET RODRIGUEZ, J. Código de Procedimientos Penales Anotado. Costa Rica. 1987. p. 217. CRUZ QUINTANA, H. Código Penal y Código Procesal Penal de Guatemala. Anotado- Concordado. Guatemala, 1973. p. 94-99. Código de Ejercicio Criminal de la República de Venezuela. Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia. Caracas. 1977. p. 220-260.

mismo o ocurre en México, donde no existe un C.P.P. para todo el país. Por el contrario, existen 32 diferentes C.P.P. uno para cada estado federal, lo que los autores mexicanos han llamado un "babelismo procesal".¹⁰

La mayoría de países latinoamericanos tienen un solo C.P.P. para todo el país, (p. ej. Costa Rica, 1975, Guatemala 1973, Colombia 1986; Perú 1982), aunque tenga una organización de estados federados como es el caso de Brasil (1941) y Venezuela (1961).

En general, el desarrollo doctrinal y legislativo del derecho procesal penal latinoamericano es muy inferior en comparación al derecho penal material. En Chile está vigente un C.P.P. de 1906, en Argentina está vigente un C.P.P. desde 1889. Mientras que existen C.P. muy modernos, como por ejemplo el C.P. de Bolivia (1973), Colombia (1984), Honduras (1984), Cuba (1987). Además, los estudios comparativos en materia procesal penal son muy escasos. En particular, sobre el tema de éste estudio no hemos encontrado otras investigaciones en derecho comparado.

Para una buena comprensión de la posición procesal del ofendido creemos que es necesario primero explicar las diferentes formas de persecución del delito en el Derecho Procesal Latinoamericano. Luego como segunda parte del estudio, nos ocupamos del importante tema para el ofendido, la reparación de los daños y de las diferentes posibilidades que el ofendido tiene para encontrar una indemnización a los daños sufridos por el delito. También, investigamos acerca de las tendencias actuales sobre la posición de ofendido en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano y en algunos países europeos.

II. Formas de persecución penal en el Derecho Procesal Latinoamericano.

La actividad acusatoria era antiguamente un derecho del ofendido, actualmente en los delitos de acción pública, no hay ninguna duda que se trata de una función pública que el Estado ejerce por medio de un órgano especializado, el Ministerio Público. Lo único que cabe discutir en esta clase de delitos, es el nivel de participación del ofendido en el proceso penal. Aunque, todavía queda un reducto del derecho del ofendido a acusar en los llamados delitos de acción privada. Igualmente el Estado ha dejado en manos del ofendido iniciar el proceso, en ciertos delitos públicos, pero que afectan intereses personales, familiares o sociales, y que solo el ofendido puede decidir la conveniencia y oportunidad de denunciar la comisión del hecho. A cada una de estas 3 formas de persecución del delito, corresponden 3 diferentes tipos de delitos, en los que el ofendido puede actuar con diferentes competencias.

2.1 Persecución penal en los delitos de acción pública.

Todos los Códigos Procesales Penales de América Latina establecen la acción penal como pública. Esto significa, que el delito afecta no solo un interés individual sino también colectivo. Consecuentemente, al Estado le corresponde en nombre de la sociedad perseguir de oficio la mayoría de delitos (contra la vida, contra la propiedad, contra el orden público, etc.). En Latinoamérica la acción penal es pública no solo por pertenecer al Estado, sino también, porque confiere a todos los ciudadanos la posibilidad de constituirse en denunciantes, sean ofendidos o no, salvo que la ley establezca lo contrario, en principio cualquiera puede ser denunciante. La denuncia puede ser hecha en forma oral o escrita, (p. ej. Costa Rica art. 5, C.P.P.; Guatemala art. 68 C.P.P.; Venezuela art.2 C.P.P.),¹¹

En México (art. 116 C.P.) es un deber denunciar cualquier delito de acción pública y quien no lo haga puede ser sancionado como encubridor, (art. 400 C.P.). Mientras que en Costa Rica (art. 156 C.P.) es obligación denunciar los delitos de acción público solo de manera excepcional, como para los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

En los delitos de acción pública es en donde se margina más la figura del ofendido. El proceso se puede iniciar con o sin la participación del ofendido, su interés individual ha quedado reducido a casi nada, comprendido en un interés social. El Estado moderno, no solo juzga, investiga el delito, sino también denuncia por medio del Ministerio Público. Este fenómeno no solo es de los Estados latinoamericanos, así funciona actualmente en todas partes.

De ahí que podamos decir que en este siglo la actividad acusatoria se ha socializado.¹²

La persecución de los delitos de acción pública en principio pertenece en América Latina al Ministerio Público. Todos los Códigos Procesales Penales establecen la institución del Ministerio Público, el cual tiene como función principal ejercer la acusación. (p. ej. Argentina art. 71-76 C.P.; Bolivia art. 5 C.P.P.; Chile art.11 C.P.P.; Costa Rica art. 39 C.P.P.; Guatemala art. 68 C.P.P.; Perú art. 2 C.P.P.; Venezuela art.2 C.P.P.). En Brasil la acción penal acusatoria la puede ejercer no solo el Ministerio Público, sino también las fundaciones, asociaciones, y sociedades legalmente constituidas, (art. 37 C.P.P.). Al igual en Cuba la acción penal acusatoria la pueden ejercer organizaciones sociales y sindicales, (art. 11 C.P.P.) solo en Chile el propio Tribunal puede asumir las funciones del Ministerio Público.¹³

10. V. PAVON VASCONLELOS, F. RIVERA SILVA, M. GONZALEZ BUSTAMENTES, J.J. ops. cit. V.2. MAIER, J. B. Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del Siglo XX. En: Celebración para Hilde Kaulman. Buenos Aires, 1985. p. 273-297.

11. V. ZAFFARONI, E. (Dirigido). Legislación procesal latinoamericana. En: Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Buenos Aires. 1986. p. 135.

12. V. MAIER, J.B. *op. cit.* V. 10.

13. V. ZAFFARONI, E. *Idem.* p. 136.

El Ministerio Público en la mayoría de países latinoamericanos depende enteramente del Poder Ejecutivo, sin que aparezca garantizada su autonomía o independencia funcional, (México, Colombia, Argentina, Paraguay). En otros países, aunque el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo, en cuanto a los nombramientos de Fiscales o funcionamiento administrativo, tiene asegurado su independencia técnica, (Uruguay, Panamá, Brasil). En muy pocos casos el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial, (Costa Rica).¹⁴

El primer contacto con el ofendido, en esta clase de delitos, lo tiene el Ministerio Público o la policía a través de la denuncia penal. El ofendido comunica la "notitia criminis" a la policía o al fiscal. Esta actividad es de suma importancia. Lamentablemente no contamos con estadísticas para saber el número o la cantidad de denuncias que presentan los ofendidos en América Latina. En Costa Rica, podemos decir según nuestra experiencia que más del 50% de los casos en los Tribunales de Justicia Penal se inician por una denuncia del ofendido¹⁵.

Una vez puesta la denuncia, es el Ministerio Público quien decide si lo comunicado es delito, si es oportuno iniciar la investigación y si lleva a cabo los actos del proceso. Así funciona por ejemplo, en Costa Rica, art. 169, C.P.P. Sin embargo, en México D.F. (art. 113 C.P.), se concede a todo denunciante la posibilidad de interponer un recurso administrativo ante el Fiscal General, cuando se ha resuelto no ejercer la acción penal. Aunque siempre será el Ministerio Público, el que resuelva en forma definitiva sobre el ejercicio de la acción penal.¹⁶

Interesante de informar es que en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano no se conoce la figura del acusador accesorio (Nebenklage) que existe en el derecho penal alemán. El ofendido puede llegar a participar dentro del proceso penal como "parte civil", pero su principal finalidad no es la sanción penal, sino la reparación material (económica) del daño sufrido.

2.2 Persecución penal en delitos de acción privada.

La persecución penal para delitos de acción privada es una categoría excepcional en el Derecho Procesal Penal Latinoamericano. La participación del ofendido en este tipo de delitos no es solo por una cuestión patrimonial, como en el caso de los delitos de acción pública. Se trata de un procedimiento especial, conocida como "querrela" y que se caracteriza principalmente por lo siguiente: 1) Falta la oficialidad, ya que la acción penal no es ejercida por un funcionario Público (Ministerio Público), sino directamente por el

ofendido o su representante. 2) No es obligatoria, pues la persecución del delito, depende de la discrecionalidad del ofendido. 3) No funciona el principio de irrevocabilidad, ya que en estos delitos, el ofendido puede renunciar la persecución de la acción penal y de la pena.¹⁷

En Costa Rica, son delitos de esta naturaleza por ejemplo, la injuria, calumnia, difamación. (art. 145 C.P.), incumplimiento de deberes familiares, (art. 185 C.P.), propaganda desleal, (art. 242 C.P.). En Guatemala, son delitos de acción privada el contagio venéreo (art. 151 C.P.) y algunos delitos sexuales como el estupro (art. 176 C.P.), abusos deshonestos (art. 179 C.P.). De igual forma funciona en Uruguay, en donde son delitos de acción privada la insolvencia fraudulenta (art. 255 C.P.), lesiones culposas (art. 211 C.P.), violación de marcas de fábrica (art. 289 C.P.). Los mismos delitos son de acción privada en Brasil y en México.

El fundamento jurídico de esta clase de delitos es el interés individual del ofendido. El legislador latinoamericano ha dejado en manos del ofendido el poder iniciar el proceso penal, así como darlo por terminado. Además, se ha estimado siempre que puede convenir al pudor o a la privacidad del ofendido el no acusar un delito sexual, una injuria, o un delito cometido por un pariente. El juzgamiento de estos delitos puede ser a veces más escandaloso y perjudicial para la reputación del ofendido que el delito mismo. Por eso, la regla general en el Derecho Procesal Latinoamericano es que en esta clase de delitos el interés público del Estado está subordinado al interés particular del ofendido. Aunque esto no significa que el interés público esté del todo ausente, de lo que se trata es de una diferente gravedad o peso de los intereses protegidos por la ley.¹⁸

El ofendido en los delitos de acción privada tiene algunas competencias especiales, como por ejemplo puede perdonar el delito y la pena (Costa Rica art. 81 C.P.). También puede renunciar o desistir del proceso (Chile art. 30 C.P.P.). En algunos países, (p. ej: Perú art. 196-211 C.P.) para delitos contra la libertad sexual, como violación, estupro, raptó, el autor tiene la posibilidad de casarse con la ofendida, con su libre consentimiento o aceptación, si esto sucede quedará libre de pena y responsabilidad. También el ofendido puede transar o negociar la responsabilidad económica del imputado. (Venezuela art. 102 C.P.P.).

El procedimiento para juzgar este tipo de delitos está especialmente previsto en todos los Códigos Procesales Penales Latinoamericanos. Generalmente no se realiza la etapa primera o instrucción que se realiza en los delitos de acción pública. En la denuncia el ofendido debe presentar las pruebas del hecho delictivo. Se lleva a cabo en dos ac-

14. V. ZAFFARONI, E. Idem. HOUED VEGA, M. / CRUZ CASTRO, F. El Ministerio Público en la relación procesal. En: Rev. Ciencias Jurídicas No. 39. San José, 1979. p. 123-141.
15. V. Poder Judicial. Sección Estadística. Estadística Policial. San José, 1987. p. 11.
16. V. GARCIA RAMIREZ, S. Otros participantes procesales. En: Derecho procesal penal. 4. Ed. México, 1983. p. 282-291
17. V. CAFFERATA NORES, J. Conveniencia de la participación del querellante conjunto. En: XII Congreso Argentina de Derecho Procesal. Rosario. 1983. p. 61-85. GIMENO SENDRA, J. V. La querrela. Barcelona, 1977. p. 293-301.
18. V. MARABOTTO, J. Disposiciones Generales. Norma procesal penal y acciones En: Curso sobre el Código de Proceso Penal. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Montevideo, 1983. p. 41-69. GARCIA RAMIREZ, S. La intervención del ofendido en el procedimiento penal. En: Estudios Penales. México, 1977. p. 125. ss.

tos: Un primer paso, que se llama conciliación, (aquí el acusado puede retractarse, pedir disculpas, el ofendido puede aceptar y perdonar). En caso que el resultado de esta primera etapa sea negativo, se inicia la segunda etapa de juicio o debate, casi siempre oral y público. Así funciona en Costa Rica, México, y en la provincia de Córdoba, en Argentina.¹⁹

También la ley procesal concede al ofendido todos los recursos legales, como la queja, revocatoria y apelación. En esta clase de delitos el ofendido es una parte en sentido formal y material, por lo que sus competencias son amplias.²⁰ En Costa Rica, (art. 443 C.P.P.) el ofendido tiene las mismas facultades y obligaciones que el Ministerio Público, en los delitos de acción pública.²¹

2.3 Persecución penal en delitos de acción pública dependientes de instancia privada.

Esta forma de persecución de delitos es mucho más excepcional que cualquier otra en el proceso penal latinoamericano. Se trata en realidad de una acción pública, como la explicada primeramente, pero en la cual la participación del ofendido o su representante legal resulta ser indispensable para la iniciación del proceso. La acción pública del delito depende de la instancia del ofendido. Se trata de un derecho del ofendido, que por afectar el delito su esfera íntima y secreta, solo la víctima puede decidir si pone en conocimiento de los tribunales el delito que se cometió. La denuncia es en esta clase de delitos una condición de procedibilidad, sin la cual no se puede promover la acción penal, y los Tribunales en Justicia están imposibilitados de investigar hasta que la víctima denuncie. La falta de denuncia funciona en estos casos como un obstáculo formal para el juzgamiento del delito.²²

Una vez que el ofendido ha decidido presentar la denuncia, que también puede ser verbal o escrita, se ha eliminado o removido el obstáculo formal, y el juzgamiento del delito se lleva a cabo como cualquier otro delito de acción pública. Es decir, presentada la denuncia por el ofendido, es el Ministerio Público el titular de la acción penal, solo el Ministerio Público puede decidir sobre el futuro del proceso.

No en todos los países de América Latina existe esta categoría de persecución de delitos y su aplicación es muy variada en cada país. Existe esta categoría de persecución del delito en Costa Rica, (art. 6 C.P.P.), Uruguay, (art. 11 C.P.); en las provincias argentinas de Córdoba, (art. 6 C.P.), La Rioja, (art. 11 C.P.P.), Tucumán (art. 13 C.P.P.), Santa Fe, (art. 9 C.P.P.),

En la mayoría de países se conoce solo dos tipos tradicionales de acción penal, una de naturaleza pública y otra privada, así por ejemplo, Bolivia (art. 5 C.P.P.), Chile, (art. 11 C.P.P.), Perú, (art. 2 C.P.P.), Paraguay, (art. 15 C.P.P.), El Salvador, (art. 16 del C.P.P.), Venezuela, (art. 101-102 C.P.P.).²³

En Costa Rica está reconocido que el legislador otorgó un derecho a favor del ofendido a efecto de proteger o salvaguardar sus intereses respecto del honor o de las relaciones familiares. Por ejemplo, los delitos de estupro, sodomía, contagio venéreo y la violación, son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia de la parte ofendida. Siempre y cuando la persona ofendida sea mayor de 15 años. También en delitos contra la propiedad, como el hurto, robo, estafa, daños, cuando el autor sea un ascendiente o descendiente del ofendido, (art. 31 C.P.).

Cuando el ofendido es una persona menor de quince años, el Ministerio Público en Costa Rica siempre actúa de oficio y obligatoriamente inicia el proceso penal. Igualmente cuando el menor no tiene representante legal, el Ministerio Público actúa sin necesidad de ninguna denuncia.

El ofendido en esta clase de delitos tiene una participación necesaria, pero no todo el poder está en sus manos, existe un interés social que faculta al Ministerio Público en nombre de la sociedad a participar en el juzgamiento de estos delitos.²⁴

III. La reparación de los daños en el Derecho Procesal Latinoamericano.

En el derecho penal material latinoamericano está considerado el delito como una fuente de obligaciones. Por un lado obligaciones penales y por otro responsabilidades civiles. (p. ej: Chile art. 10 C.P.P., Colombia art. 103 C.P., Cuba art. 70 C.P., Ecuador art. 32 C.P., El Salvador art. 130 C.P.). Frente al delito se presenta una mezcla de intereses públicos y privados, los primeros representados por el Estado y los segundos por el ofendido o sus herederos.

El principal derecho que el ofendido tiene en América Latina, es el ser indemnizado por los daños, materiales y morales, que el delito le cause. (p.ej: Panamá art. 30 C.P., Perú art. 65 C. P., Paraguay art. 126 C.P., México D.F. art. 29 C.P., Venezuela art. 113 C.P.). En general, existen tres diferentes formas previstas en el Derecho Penal Latinoamericano, para obtener una reparación por daños y perjuicios sufrido. Un primer procedimiento, muy común y

19. V. CASTILLO BARRANTES, J. E. *op. cit.* V.6. MANIGOT, M. Código de procedimientos en materia penal. Tomo I. Anotado y concordado. Buenos Aires, 1982. p. 332-364. RUBIANES, C. Manual de derecho procesal penal. Tomo I. Buenos Aires, 1976. p. 323-348.
20. V. REYESTAYABAS, J. Reparación del daño en procesos penales. En: Revista Mexicana de Justicia. No. 4. México, 1983. p. 69-97. HOUED VEGA, M. La acción civil en sede penal. En: Revista Judicial, No. 12. San José, 1979. p. 33. ss. HERRERA, L. G. La acción civil resarcitoria en el nueva legislación procesal penal. En: Revista Judicial, No. 17. San José, 1980. p. 49-57. ROJAS SANCHEZ, J. H. Las partes en el proceso penal. En: Revista Judicial. No. 1. San José, 1978. p. 79-82.
21. V. LLOBET, RODRIGUEZ, J. *op. cit.* p. 517
22. V. VELEZ MARICONDE, A. *op. cit.* p. 271-311. CASTILLO BARRANTES, J. E. *op. cit.* p. 134-167. OLEA LEYVA, T. Resarcimiento del daño a las víctimas del delito. México, 1978. p. 11. ss.
23. V. LOBEDANZ, E. Schadensausgleich bei Straftaten in Spanien und Lateinamerika. (Arbeiten zur Rechtsvergleichung). (Reparación de daños por delitos en España y Latinoamérica. Un estudio de derecho comparado). Frankfurt am Main, 1972. p. 27.
24. V. GONZALEZ ALVAREZ, D. La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. San José, 1986. p. 108-147. PALLARES, E. Prontuario de Procedimientos Penales Mexicano, 7. Ed. México, 1980. p. 7-96.

generalizado en casi todo el proceso penal de la región es la llamada "action civile". (p. ej: Costa Rica art. 56 C.P.P., Paraguay art. 126 C.P., Perú art. 54 C.P.). La segunda forma por la que puede recibir el ofendido la reparación es mediante un trámite fuera del proceso penal, recurriendo a la jurisdicción civil. (p. ej: Brasil art. 91 C.P., Uruguay art. 25 C.P.P.). El tercer medio para la reparación de daños, es a través de una interesante institución latinoamericana, llamada Caja de Reparaciones y que existe solo en pocos países como Perú, Cuba y Bolivia.

3.1 Reparación de los daños a través del proceso penal.

Los países de América Latina han adoptado desde el siglo pasado el modelo de la reparación de los daños, del sistema romanístico de derecho. Tienen una orientación muy similar a la del derecho penal material y formal de Italia, Francia y España.

Este sistema de derecho se ha caracterizado por una tradicional protección de los intereses del ofendido a través de la acción civil dentro del proceso penal.²⁵

En la mayoría de países latinoamericanos, excepto en Brasil y Uruguay, los ofendidos pueden reclamar la indemnización y actuar en el proceso como parte, dentro del proceso penal, por medio de la "acción civil". Sin embargo, el ofendido si lo prefiere, puede esperar que termine el proceso y posteriormente, reclamar sus derechos en la jurisdicción civil. Es decir, el ofendido en América Latina, tiene generalmente el derecho de escoger la vía procesal, sea la penal o civil.

Desde un punto de vista del ofendido, tiene más ventajas ejercer sus derechos en la jurisdicción penal que en la civil. En países pobres como los latinoamericanos el acceso a la justicia civil es en muchos casos un privilegio, mientras que en la vía penal cualquiera puede reclamar sus derechos sin grandes costes económicos. Se sabe que los procesos penales duran menos tiempo que los civiles. Además, los medios de prueba y de investigación son más eficaces en el proceso penal que en la vía civil. Por lo que, si el ofendido escoge el proceso penal para reclamar sus derechos, las posibilidades de lograr una reparación por los daños son mayores.²⁶

No solo razones de economía procesal fundamentan la reparación de daños al ofendido dentro del proceso penal sino también, razones de orden social, el art. 82 del C.P.P.

de Guatemala, es muy claro cuando dice: "la reparación de los daños a la víctima es de interés general y de orden social".²⁷

La "action civile" tiene carácter de accesoriadad en el proceso penal latinoamericano. Es decir, si se ejercen en forma conjunta las dos acciones, la civil es accesoria de la penal, ambas, deben tramitarse conforme las reglas y normas del proceso penal.²⁸ Se trata en realidad de un "pequeño proceso civil", dentro del proceso penal que lo resuelve el mismo juez o tribunal penal. Este especial proceso, tiene mucha similitud con modalidad del derecho penal alemán conocida como el proceso "adhesivo".²⁹

El titular de la "action civile" o sujeto activo es el particular ofendido (él que ha sufrido el daño material o moral). Pero también, puede serlo sus herederos, o representantes legales, en caso de menores o incapaces. Excepcionalmente, puede ser titular de la "action civile" el Ministerio Público. En Costa Rica, (art. 10 C.P.P.) cualquier ofendido puede delegar en el Ministerio Público el ejercicio de sus derechos y ejercer la "action civile" en nombre del ofendido. Mientras que en otros países, como, Argentina solo puede delegarse la acción civil en el Ministerio Público, cuando se trate de víctimas pobres, incapaces o menores de edad sin representación legal.

El sujeto pasivo o demandado es el autor o autores y su responsabilidad es solidaria. Aunque también pueden ser demandados terceros civilmente responsables, como patronos, padres de familia, firmas, el Estado, etc.

La finalidad principal del ofendido al actuar dentro del proceso penal es lograr una reparación- indemnización económica por el daño sufrido con el delito. Para lograr este objetivo, el ofendido tiene p. ej: en Costa Rica (art. 67 C.P.P.), derechos procesales, como por ejemplo, pedir embargo sobre los bienes del acusado, tiene derecho a que se le notifique todo lo resuelto, puede ofrecer pruebas, revisar el expediente, ejercer y oponerse a los recursos legales ordinarios y extraordinarios.

Otros derechos procesales más amplios que el ofendido tiene, son la facultad o poder de actuación en el proceso, tanto en la fase previa o de instrucción, como en la etapa principal o de juicio. Tres objetivos procesales específicos busca el ofendido al participar en el proceso penal. 1) Demostrar la existencia del hecho (delito), 2) La extensión del daño causado (montos) y 3) La responsabilidad civil del demandado (culpabilidad).³⁰

25. V. ESER, A. Zur Renaissance des Opters Im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen. (El renacimiento del ofendido en el derecho procesal penal. Tendencias nacionales e internacionales). Freiburg, 1988. p. 1-27.

26. V. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. San José, 1985. ROMERO, I. Esbozo histórico del proceso penal en Costa Rica. En: Revista Judicial, No. 1. San José, 1976. p. 79-82.

27. V. CRUZ QUINTANA, H. *op. cit.* p. 94.

28. V. ABDELNOUR GRANADOS, R. M. La responsabilidad civil derivada del hecho punible. San José, 1984. p. 372-356. ARENAS, A. V. Procedimiento Penal. 5. Ed. Bogotá, 1985. p. 63 ss. PEREZ PINZON, A. O. Estudios de Derecho Procesal Penal. Bogotá, 1984. p. 35-53.

29. V. MAIER, J. B. Introducción al derecho comparado. Germano-Argentino. Ordenanza Procesal Penal. Buenos Aires, 1978. p. 6 ss. GOMEZ COLOMER, J. J. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona, 1985. p. 207 ss.

30. V. p. eje. Art. 67 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica y los comentarios en LLOBET RODRIGUEZ, J. *op. cit.* p. 93.

El ofendido debe en principio estar siempre representado por un abogado, por lo que no se permite que se presente al proceso sin el cumplimiento de esta formalidad. Así funciona la "action civile" en Costa Rica, art. 56 C.P.P., Bolivia, art. 13 C.P.P., Chile, art. 11 C.P.P., Colombia, art. 125 C.P.P., Guatemala art. 74 C.P.P., Perú art. 54 C.P.P.

3.2 Reparación de los daños a través del proceso civil.

El ofendido en América Latina puede escoger la vía procesal, penal o civil, para que se le reparen los daños sufridos por el delito. La indemnización el ofendido puede buscarla también a través de un proceso civil, que se regula por las reglas del juicio o proceso civil. Generalmente estos procesos civiles se inician después de terminado el proceso penal. Razones de orden personal, circunstancial o el deseo de no hacer pública la indemnización pueden determinar que el ofendido escoja la vía civil en lugar de la penal.

Solamente en dos países de la región, Brasil y Uruguay, el ofendido no tiene este derecho de optar la vía procesal para los reclamos económicos y debe obligatoriamente esperar que termine el proceso penal, para luego acudir a la jurisdicción civil. La responsabilidad penal lo resuelve un juez penal y las cuestiones civiles (determinación de montos a indemnizar) los resuelve otro juez y especialista en casos civiles.³¹

El Código Penal Brasileño (1984), mantiene una separación entre la acción penal y la acción civil ex-delito. La reparación del daño es un efecto de la sentencia condenatoria penal, (art. 91 C.P.). El efecto principal de la condena consiste en la imposición de la pena (prisión - multa) y el efecto accesorio es de naturaleza no penal, por ejemplo, la reparación del daño resultante del delito, el decomiso, la pérdida del cargo, etc. (art. 92 C.P.).

La reparación de los daños para las víctimas de delitos está regulado en Brasil por el artículo 159 del Código Civil, que establece la obligación de reparar los daños para cualquiera que los ocasione en forma voluntaria o negligente. Para esto, se necesita una sentencia condenatoria que permita promover la ejecución de la sentencia penal en sede civil (art. 63 C.P.). La sentencia condenatoria penal funciona como una sentencia declaratoria en lo que respecta a la responsabilidad civil. Cuando el ofendido sea pobre o incapaz, la ejecución de sentencia penal puede ser promovida por el Ministerio Público, (art. 68 C.P.).

En la práctica el ofendido por un delito en Brasil para lograr una reparación por los daños sufridos puede escoger 2 formas. A) Esperar el resultado del proceso penal. Firme la sentencia condenatoria, puede iniciar un juicio civil regulado por las reglas del derecho civil material y formal. B) Ini-

ciar primeramente el juicio civil con una acción civil de reparación de daños "actio civilis ex-delito". Aunque si se intenta la acción penal, el juez de la acción civil debe suspender el curso de ésta, hasta el juzgamiento definitivo de la acción penal.³²

En forma muy similar funciona el procedimiento para la reparación de los daños en Uruguay. El principio de responsabilidad por los daños causados con el delito está regulado en el Código Penal (art. 13 y 19).³³

Una de las innovaciones del nuevo C.P.P. de Uruguay (1980), es la separación de la acción civil y penal. La acción y la acción penal se fundamentan en un solo hecho ilícito, pero deben ejercitarse separada e independientemente en las sedes respectivas (art. 27 C.P.P.).

El sistema de doble vía separada que tiene actualmente Brasil y Uruguay se fundamenta en que es mejor respetar las competencias específicas, evitándose las incursiones de jueces y abogados de lo penal en materia ajena y que no es su especialidad.

Para mayor seguridad de los derechos del ofendido, el damnificado en estos del países suramericanos, puede comparecer en el proceso penal y solicitar la adopción de medidas cautelares contra el acusado o terceros civilmente responsables. Además, para que no se den sentencias contradictorias (en materia civil y penal), si se presenta la acción civil primero, debe suspenderse hasta que se resuelve en definitiva la penal. Igualmente por el principio de economía procesal, todas las pruebas practicadas en lo penal, son válidas en lo civil; por lo que no hay que repetir las diligencias probatorias. Consecuentemente, existe una preeminencia de la sentencia penal sobre la civil.

3.3 Reparación de los daños a través de una Caja de Indemnizaciones.

La relación entre delincuente - víctima en la mayoría de los casos es problemática, es frecuente y natural que las víctimas del delito no quieran tener ningún tipo de contacto posterior con los delincuentes. Otra situación real, es que la mayoría de delincuentes no disponen de patrimonio propio para responder al pago de indemnizaciones a las víctimas. Para tratar de solucionar estos problemas, la política criminal en los Estados latinoamericanos ha creado las llamadas Cajas de Indemnizaciones o de Resarcimiento a las víctimas de delitos. Desde que Bentham (1778-1832) propuso los diferentes medios de satisfacción de los daños la idea de las Cajas de Resarcimiento se encontraban presentes. Como último medio de satisfacción Bentham concluyó; la indemnización a cargo de un tercero, que directamente no ha participado en el delito, pero si es responsable por el hecho, (satisfacción substitutive). Como ejemplo propuso: La res-

31. V. LORCA NAVARRETE, A. M. Aproximación al estudio del responsable civil en el proceso penal. En: Rev. de Derecho Procesal Iberoamericano No. 1, Madrid, 1983. p. 135-157.
32. V. JUAREZ DE OLIVEIRO. Código de Proceso Penal. 27. Ed. São Paulo, 1988. p. 17-131. DAMASIO E. DE JESUS. Comentarios ao Código Penal. 2. Ed. Tomo 2. São Paulo, 1986. p. 760-775. CELSO DEL MANTO. Código Penal Anotado. 5. Ed. São Paulo, 1984. p. 86. SHINTATI, T. M. O Novo Sistema Penal. São Paulo, 1985. p. 11-150.
33. V. ARIAS, J. Ante el nuevo Código de Proceso Penal. En: Revista Uruguaya de Derecho Proceso Penal. No. 1, Montevideo, 1980. p. 22-38. FRESSIA, G. Los sujetos del proceso en el nuevo Código Procesal Penal. En: Curso sobre el Código del Proceso Penal. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Montevideo, 1981. p. 117-123. RETA, A. / GREZZI, O. Código Penal de la República Oriental del Uruguay. Anotado-concordado. Montevideo, 1984. p. 71-72. BAYARDO BENGOA, F. Derecho penal Uruguayo. Montevideo, 1981. p. 259-290.

ponsabilidad de los amos por sus sirvientes, de los tutores por sus pupilos, de los padres por sus hijos, del esposo por su esposa y del Estado por la víctima.³⁴

Esta institución se conoce solo en tres países de América Latina. En Perú (art. 77-80 C.P.), en Cuba (art. 73-75 C.P.), y en Bolivia (art. 94-95 C.P.).³⁵

Las víctimas en estos tres países latinoamericanos en lugar de dirigirse contra el delincuente, para lograr una indemnización, lo hacen directamente a la Caja de Resarcimiento.

En Perú se puede recurrir a la Caja de Resarcimiento en caso de insolvencia parcial o total del delincuente y cuando ha sido castigado con una pena de prisión. En esta caja se debe depositar los salarios o productos del trabajo del condenado.³⁶

En Bolivia se llama Caja de reparación y se puede pagar a la víctima de un delito una indemnización, en caso de insolvencia o incapacidad del condenado y a las víctimas de errores judiciales. Los fondos provienen del Estado, de las herencias vacantes, de los valores y bienes decomisados como objeto del delito y de donaciones.³⁷

En Cuba la Caja de Resarcimiento es el órgano encargado de hacer efectiva la responsabilidad civil, consistente en la reparación de los daños materiales y la indemnización de los perjuicios. el condenado debe pagar los montos o sumas directamente a la Caja de Resarcimiento y ésta entregarlo a la víctima, sus familiares, o a los centros de trabajo. El financiamiento proviene: 1) De los descuentos en las remuneraciones por trabajo de los presos. 2) Del importe de las multas impuestas. 3) Del dinero o valores decomisados productos del delito. 4) De los montos no reclamados y 5) Fianzas decomisadas. En caso de negativa a pagar, la Caja puede pedir se decrete embargo sobre los sueldos y bienes del condenado.³⁸

Lamentablemente no contamos con datos para informar sobre el funcionamiento práctico de estas instituciones, así como tampoco sobre sus resultados, aceptación o rechazo de parte de las víctimas. Sin embargo, pensamos que es un buen medio para proteger los derechos de los ofendidos del delito.³⁹

IV. La reparación de los daños y la compensación entre delincuente y víctima.

Actualmente uno de los objetivos de la política criminal, por lo menos en algunos países de Europa y Norteamérica, es buscar medios idóneos que ayuden a satisfacer el derecho de las víctimas.

La reparación de los daños causados por el delito se ha incluido como un presupuesto que también interesa a los fines resocializatorios de las penas. Tan importante es la reincorporación social del delincuente como la reparación a las víctimas de los daños materiales y morales. De ahí, que se discuta hoy sobre una nivelación entre los intereses del delincuente y víctimas del delito. Para lograr este objetivo se han desarrollado interesantes instituciones jurídicas en el derecho penal de adultos y de menores. Vamos a comentar algunas de estas instituciones jurídicas que buscan balancear intereses contrapuestos de delincuentes y víctimas.⁴⁰

4.1 Nuevas tendencias en la Política criminal y la Legislación.

En los años setenta los científicos sociales sobre todo en los Estados Unidos de América, pusieron un gran interés en la reparación de los daños a las víctimas de delitos, como un medio para evitar el ingreso, especialmente de jóvenes, a las pobladas cárceles norteamericanas. Estas ideas provocaron el nacimiento del instituto jurídico conocido como "restitution" y que en Alemania Federal se le llama "Movimiento Restitutivo". Este movimiento propugna por una reparación del daño causado a la víctima, cuando la sentencia condenatoria sea suspendida (Suspended Sentence), en sus modalidades de "probation" o de "parole". Pero también en otros casos, como sustituto de una pena de prisión o multa⁴¹.

Sin duda la reparación de los daños a la víctima puede funcionar no solo como un medio eficaz sustitutivo de la prisión, sino como una potencial forma pedagógica de resocialización, tanto para jóvenes como adultos. Esta es la razón, por la cual en los últimos años en los Estados Unidos se han establecido cientos de programas restitutivos con resultados positivos⁴².

34. V. LOBEDANZ, E. *op. cit.* p. 14.

35. V. LOBEDANZ, E. *Idem.* p. 85-95 ss.

36. V. Código Penal. Perú. Artículos 77-80. Lima, 1984. LAMA PUCCIO, L. Nueva dimensión de la criminalidad. En "Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. No. 1. Lima, 1986. p. 291-307.

37. V. HARB, M. Código Penal - Código de Procedimientos Penales de Bolivia. Comentado y ordenado. La Paz, 1987. p. 15-574. HUASCAR CAJIAS, K. Apuntes de derecho penal boliviano. 2. Ed. La Paz, 1966. p. 39-74. VILLAMOR, L. Apuntes de derecho penal boliviano. La Paz, 1985. p. 11-24, 230-238.

38. V. Código Penal de Cuba. La Habana, 1987, Art. 70-75.

39. Hemos tenido información a través de colegas cubanos sobre el positivo funcionamiento de la Caja de Resarcimiento y la aceptación que tiene en la mayoría de las víctimas.

40. V. SESSAR, K. Über das Opfer. Eine viktimologische Zwischenbilanz (sobre el ofendido. Un balance victimológico) En celebración de Hans - Heinrich Jescheck en sus 70 aniversario, 2 tomos Berlin, 1985. p. 1138-1157.

41. V. DÜNKEL, F. / ROSSNER, L. Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz. (Compensación entre delincuente - víctima en Alemania Federal, Austria y Suiza) ZSTW 99 (1987). p. 845-872.

42. V. DÜNKEL, F. Möglichkeiten und Praxis des Täter-Opfer-Ausgleich und Aspekte der Stellung des Opfers im Strafverfahren im europäischen Vergleich. (Posibilidades y práctica de la compensación entre delincuente - víctima, aspecto de la posición del ofendido en el derecho procesal penal en comparación europea). BewHi 1985, p. 358 ss.

En el ámbito de los países del common-law se puede mencionar la institución del derecho inglés conocida como la "compensation orders", la cual también existe en Escocia y Gales. En Inglaterra el juez penal puede evitar la imposición de una pena si ordena en casos leves la compensación del daño o puede simultáneamente imponer una pena y la reparación del daño.⁴³

También en Austria el Código Penal (art. 167 C. P.) da un gran valor a la reparación del daño causado al ofendido. El Ministerio Público puede prescindir de la prosecución penal, para casos de delitos contra la propiedad, cuando el autor previamente y espontáneamente haya reparado el daño o bien se haya comprometido en repararlo. Los resultados de esta institución jurídica austriaca conocida como arrepentimiento activo (tätige Reue) han sido muy positivos.⁴⁴

Iguales tendencias se encuentran en el derecho penal suizo, especialmente en los Cantones que poseen un derecho penal de origen germánico. Mientras que en los Cantones que poseen un derecho procesal penal de orientación francesa, el camino para la reparación material de los daños, sigue siendo de "action civile" en la forma procesal conocida en Alemania Federal de Proceso Adhesivo.⁴⁵

Desde los inicios de los años ochenta el movimiento americano de "restitution", fue adoptado en la República Federal de Alemania, bajo la frase o nombre compensación de delincuentes y víctimas (Täter - Opfer - Ausgleich). Con este título se han conocido interesantes investigaciones, reuniones o congresos especializados, además distintos proyectos que funcionan en todo el territorio de la República Federal.⁴⁶

Fue la criminología, la que primeramente se ocupó de la víctima del delito, aunque actualmente en Europa, y especialmente en la República Federal Alemana el tema es objeto de estudio de la totalidad de las ciencias penales, es decir, desde los aspectos de derecho penal material, procesal y criminológico. Existe la convicción cada vez más creciente en Europa, que la víctima necesita mayor protección dentro y fuera del proceso penal. Esto se observa con la promulgación de la reciente ley alemana para la protección de la víctimas (das Opferschutzgesetz) del 18 de diciembre de 1986, que entró en vigor desde el 1º de abril de 1987.⁴⁷

En el Código Penal Alemán (1975) también se encuentran otros institutos que tratan de promover la reparación del daño causado a la víctima. Podemos citar por ejemplo, el caso previsto en el artículo 46 parágrafo 2; que permite atenuar al pena, al autor que "se esfuerce" o que trate (sein Bemühen) en reparar los daños. También para el caso de la

condena con ejecución condicional (Strafaussetzung zur Bewährung) prevista en el artículo 56 y siguiente. Concretamente el artículo 56 b. parágrafo 2, faculta al juez para imponer al imputado la obligación de reparar el daño causado por el delito en la medida de sus posibilidades (nach Kräften).

La reparación del daño puede funcionar en Alemania, además como un sustituto de la sanción penal. Para los casos de amonestación con reserva de imposición de pena (Verwarnung mit Strafvorbehalt) previsto en el artículo 59 y siguientes, en donde el tribunal puede imponer al autor que repare el daño causado según sus posibilidades. El Ministerio Público, también puede archivar la denuncia en ciertos casos según el principio de oportunidad e imponer al acusado ciertas obligaciones, como reparar el daño causado (art. 153 C.P.P.).⁴⁸

4.2 Posibilidades de introducir el modelo de compensación entre delincuentes y víctimas en América Latina.

Aunque este modelo de reparación a través de una restitución o nivelación de los intereses del autor y la víctima es sumamente novedoso e interesante, somos de la opinión que es dudoso que tenga posibilidades de aplicación en países del área latinoamericana. La restitución o compensación entre delincuente - víctima, es un instrumento de política criminal que proviene de un sistema de derecho (common-law) muy diferente al latinoamericano.

En Europa y los Estados Unidos los resultados han sido positivos, pero en América Latina la realidad es otra. Las causas del delito en sociedades agrícolas y pobres como las latinoamericanas son muy diferentes en comparación de sociedades industrializadas y ricas⁴⁹.

Actualmente este modelo nos parece poco aplicable en América Latina, no solo por razón de su origen, sino también, por los altos costes y los recursos materiales y humanos que se requieren para llevar a la práctica estas ideas. Además, son muy pocos los programas de desinstitucionalización de las sanciones y prevención del delito los que se llevan a cabo en América Latina.⁵⁰

En el campo del derecho penal material la posibilidad de una compensación delincuente - víctima también son muy difíciles, debido a que el sistema de derecho penal latinoamericano ha creado sus propios institutos legales, para la participación del ofendido, en el proceso, para la reparación de los daños y para sustituir la pena privativa de libertad. Lo mismo podemos decir del derecho procesal penal, en donde se resalta el monopolio penal del Estado en la per-

43. V. DÜNKEL, F. *op. cit.* V 42.

44. V. DÜNKEL, F. / ROSSNER, L. *op. cit.* V 41.

45. V. *Idem.* p. 845-872.

46. V. *Idem.* p. 857.

47. V. JESCHECK, H. H. Einführung in das deutsche Recht. (Introducción al derecho alemán), München, 1988. 203-240.

48. V. ROXIN, C. Strafverfahrensrecht. (Derecho Procesal Penal). 20 Ed. München, 1987. p. 375.

49. V. LOPEZ - REY y ARROJO, M. Criminología Internacional, Madrid. 1983. p. 113-179. DEL OLMO, R. América Latina y su criminología. México, 1984. p. 54-155.

50. V. ZAFFARONI, E. Política Criminal Latinoamericana. Perspectiva - Disyuntiva. Buenos Aires, 1982. p. 7-113.

secución del delito y el punto central para la protección de los intereses del ofendido se encuentra en la acusación civil en el proceso penal (action civile).⁵¹

En la política criminal de los Estados Latinoamericanos, por lo menos en el caso de Costa Rica, podemos afirmar que el modelo compensación delincente - víctima ni siquiera se menciona. La mayor circunstancia negativa es que el tema es desconocido en Latinoamérica. Ni en las revistas especializadas ni en monografías el tema todavía ha sido tratado.⁵²

Nuestra opinión sobre el modelo compensación delincente - víctima es que nos parece interesante y positivo, que bien podría en el futuro ser incluido en un Plan de Política Criminal de Costa Rica. Como una alternativa más en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades tanto del delincente como del ofendido y al mismo tiempo, las de la administración de justicia.⁵³

V. La tendencia actual de la reforma sobre la posición jurídica del ofendido en América Latina.

En la década de los años ochenta ha habido en América Latina diferentes reformas legislativas, tanto en el campo del derecho penal material como procesal. En 1984 Honduras promulgó un nuevo Código Penal, Cuba decretó un nuevo Código Penal en 1987, Colombia modificó toda su legislación penal y con dos nuevos códigos, el Código Penal de 1984 y el Código Procesal Penal de 1986.

En el campo del derecho procesal penal, Uruguay y Perú tienen dos nuevos Códigos que entraron a regir en 1982. Chile en 1986 aprobó un nuevo texto oficial del Código Procesal Penal. En Argentina desde 1987 existe un nuevo proyecto de Código procesal Penal, conocido como el proyecto Maier. Vamos a presentar según esta nueva legislación penal, cual es la orientación de la figura del ofendido en el derecho material y procesal penal.

También en la criminología latinoamericana el tema de la víctima ha sido objeto de análisis durante los años ochenta. Conocer bajo cuál perspectiva ha sido estudiada esta figura, es el objetivo de esta sección.

5.1 Tendencia de la reforma en el campo del derecho penal material.

En los nuevos Códigos Penales de América Latina no se observan cambios de relevancia en lo que respecta a la figura del ofendido por delitos⁵⁴. En la parte general, se toma en cuenta al ofendido en algunos casos para la determinación de las penas o para disfrutar de algunos beneficios penales, tales como, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional o el perdón judicial. Lo mismo sucede en la parte especial, en donde generalmente las penas son más rigurosas si la víctima del delito es un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, o se trate de un funcionario público, o si la víctima es incapaz o menor de edad.⁵⁵

El principal derecho material del ofendido sigue siendo la indemnización civil. Tanto el Código Penal de Honduras (art. 105-115), como el de Colombia (art. 103-110), en la parte general, al final, han establecido un capítulo destinado a regular las consecuencias civiles del hecho punible. Esta responsabilidad civil del acusado o tercero responsable comprende tres importantes aspectos: La restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios.⁵⁶

Algunos otros países han escogido el camino de promulgar leyes especiales tanto para el caso de víctimas de delitos comunes como de actos violentos o delitos no convencionales.⁵⁷ Lo anterior para promover de una forma más activa tanto la prevención como la reparación de los daños, como por ejemplo, el caso de México que en 1969 decretó la Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito, con la que se busca una reparación de los daños materiales y morales causados a las víctimas, así como asistencia social terapéutica.⁵⁸

5.2 Tendencia de la Reforma en el Campo del Derecho Procesal Penal.

Actualmente en el proceso penal, aunque con mayores o menores diferencias según sea el país de que se trate, el ofendido realiza las siguientes funciones: A) Iniciar el proceso, sea como denunciante o como acusador privado o "querellante". B) Colabora con el Ministerio Público. C) Es un testigo de cargo. D) Puede terminar con el proceso y E) Influye en la sentencia final.⁵⁹

51. V. ANGEL, M. El problema de la víctima en el derecho penal positivo y la política criminal moderna. En: Derecho Comparado. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, No. 3. Buenos Aires, 1979. p. 13-31.
52. V. Una excepción a esto lo constituye el ensayo de RODRIGUEZ MANZANERA, L. Victimología y derecho penal. En: Ensayos Jurídicos en Memoria de Francisco González de la Vega. Durango (México), 1985. p. 229-509.
53. V. Plan de Política Criminal. Ministerio de Justicia. San José, 1981. p. 1-20.
54. La posición del ofendido continúa sin cambios significativos desde que se formuló el Código Penal Tipo para Latinoamérica; (1963). véase el trabajo elaborado por CRISOLIN, F. Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Santiago (Chile), 1973.
55. Véase p. ej. los artículos 112, inciso 1) y 2); 15; 157; 170 inciso 3) del Código Penal de Costa Rica.
56. V. Código Penal. República de Honduras. Exposición de motivos del Código Penal. Tegucigalpa, 1985, p. 56-138. VICENTE ARENAS, A. Comentarios al Código Penal Colombiano, Tomo I. Parte general. Bogotá, 1983. p. 71-87.
57. V. REYES TAYABAS, J. Reparación del daño en procesos penales. Necesidad de una nueva estructura jurídica para que los ofendidos consigan justicia pronto y expedita. En: Revista Mexicana de Justicia, Tomo I. No. 4. México, 1983. p. 69-97.
58. V. OLEA LEYVA, T. Resarcimiento del daño a las víctimas del delito. México, 1978. p. 11-113. Ley sobre auxilio a las víctimas del delito, Decreto No. 126. Legislación. México, 1969.
59. V. RODRIGUEZ MANZANERA, L. *op. cit.* V. 52. p. 229-509.

La tendencia actual es fortalecer estas funciones del ofendido y aumentar su participación dentro del proceso penal. Por lo menos esto es lo que se observa en la legislación latinoamericana y en el nuevo Código de Procedimientos Penales de Colombia (1987) y en el Proyecto Maier para un nuevo Código Procesal Penal de Argentina (1987). También, en Costa Rica, se ha sentido la necesidad de dar mayor participación al ofendido dentro del proceso penal, aunque todavía estas ideas no se han materializado en una reforma legislativa o un proyecto de reforma.⁶⁰

En Colombia el actual C.P.P. aclaró o precisó que la acción civil para la reparación de daños, puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil, a elección del ofendido. Posibilitó al Ministerio Público para ejercer la acción civil cuando el perjudicado sea una entidad de derecho público. También, precisó los derechos del ofendido como por ejemplo: A) La demostración de la existencia del delito, B) Pedir embargo en bienes del demandado, C) Interponer recursos legales. Solo se excluye las facultades de la parte civil encaminadas a debatir el problema de la libertad del acusado.⁶¹

En el proyecto Maier de Argentina, lo más novedoso con respecto al ofendido es la llamada "querrela adhesiva" (art. 78-85 del Proyecto), similar a la institución del derecho procesal penal alemán, conocida como "El Acusador Accesorio" (Nebenklage). En esta "querrela adhesiva" se permite al ofendido provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público. El ofendido puede participar en los delitos de acción pública como un colaborador del Ministerio Público, solo está excluida su participación en el procedimiento para la ejecución penal.

Para los delitos de acción privada, el Proyecto Maier ha mantenido la conocida "querrela exclusiva" la que se rige en general por las reglas para este tipo de delitos que explicamos anteriormente (art. 374-382 del Proyecto). Se han previsto reglas que favorecen el resarcimiento al ofendido, a través de la "reparación privada" (art. 87-90 del Proyecto) y la acusación civil dentro del proceso penal, "acción civil" (art. 92-107 del Proyecto). El Proyecto también presupone la creación de un órgano diferente al Ministerio Público que ejerza o promueva la acción civil cuando el ofendido sea un incapaz que carezca de representación.⁶²

5.3 Enfoque de la Víctima bajo la perspectiva criminológica Latinoamericana.

Los problemas relacionados con la víctima y su situación jurídica son un tema de actualidad. En el pasado Décimo Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Hamburgo, el tema de la víctima y el delito fue incluido y ampliamente discutido.⁶³

También en América Latina se percibe un interés por el tema de la víctima, aunque el enfoque sea más académico y teórico que planteamientos prácticos o encaminados a la realización de proyectos pilotos e informes de resultados de planes en ejecución.

Según nuestras fuentes consultadas, principalmente la biblioteca de Max-Planck- Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Friburgo, Alemania) y la biblioteca del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito - ILANUD - (San José, Costa Rica), el estudio de las víctimas de delitos en América Latina, ha sido tratado sobre todo desde un plano jurídico, es decir la figura de la víctima en relación con la ley, sea penal o civil, en especial el tema del resarcimiento o reparación de los daños.⁶⁴ Son esporádicos los estudios empíricos y relacionados con aspectos psico-sociales o económicos.⁶⁵

Es mucho más difícil de encontrar datos relacionados entre lo establecido por la ley y su aplicación práctica. Por ejemplo, en México D.F. a pesar que la reparación del daño debe ser hecha por el delincuente y tiene carácter de pena pública (art. 34 C.P.), en la práctica un estudio sobre víctimas demostró que tan solo el 6.49% de las personas que declararon ser víctimas de delitos fueron compensadas en alguna forma por los daños sufridos.⁶⁶

En América Latina varios han sido los esfuerzos para realizar estudios o investigaciones sobre el tema de las víctimas, pero se han enfrentado con dificultades de tipo financiero, falta de información, y de tipo metodológico.

En 1982 el ILANUD promovió un estudio sobre Estigmatización, Conducta Desviada y Victimización, en áreas urbanas marginadas de la ciudad de San José. Este estudio luego fue comparado con otro similar realizado en la ciudad

60. En la comisión VI de Derecho Penal y Procesal Penal del X Congreso Jurídico Nacional 1989, (Costa Rica). Lic. Antonio Picado Guerrero, el tema de la situación del ofendido dentro del proceso penal, fue ampliamente discutido. Aunque no ha habido consenso sobre ampliar las facultades del ofendido, por ejemplo, el Colegio de Abogados de Costa Rica propuso en un proyecto de reformas al C.P.P. (1977) mayores posibilidades del ofendido y de los damnificados para intervenir en el proceso aún sin ejercer la acción civil resarcitoria. Sin embargo, este proyecto recibió fuertes críticas y concretamente estas ideas sobre el ofendido, fueron calificadas de falta de fundamento doctrinario y de finalidad práctica. Véase. Críticas al Proyecto de Reformas al C.P.P. elaborado por GUZMAN ZANETTI, D. y otros. San José, 1980, p. 4-57

61. V. VELASQUEZ, F. Consideraciones sobre los principios rectores del nuevo Código Procesal Penal. MARTINEZ RAVE, G. La acción civil dentro del proceso penal. Ambos en: Comentarios al nuevo Código de Procedimientos Penales de Colombia. Bogotá, 1987. p.p. 7-52, 331-369.

62. V. MAIER, J. B. El proyecto de Código Procesal de la Nación. Presentación, Exposición y Texto completo. Cuadernos de la Revista Doctrina Penal. No. 1 Buenos Aires, 1987. p. 702-707.

63. V. 10th. International Congress on Criminology. Tagesordnung, Sep. 4-9. Hamburg, 1988. p. 23.

64. V. RAMIREZ GONZALEZ, R. Victimología: estudio de la víctima del delito, su función en la prevención y el control de la criminalidad. Bogotá, 1983. p. 11-118. VAZQUEZ DE FORGHANI, A. La víctima como objeto de la criminología. En: Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. No. 1-12. México, 1983. p. 95-119. SOSA CHACIN, J. Victimología y derecho penal. En: Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, No. 2. Caracas, 1968. p. 191-244.

65. V. LOPEZ TAPIA, G. Victimología y compensación a víctimas. En: Criminalia Academia Mexicana de Ciencias Penales. No. 1-12. México, 1982. p. 29-47.

66. V. RODRIGUEZ MANZANERA, L. *op. cit.* (Amn. 45) p. 500.

de Panamá. De este estudio comparado se obtuvo en 1984 interesante información que con recuerda entre poblaciones marginadas de estos dos países, como por ejemplo: edad de la víctima, (menores, ancianos) sexo de víctimas (mujeres, niños), hora de mayor victimización (más en la noche que en el día), porcentaje de delitos (contra la propiedad mayormente que contra la vida o que contra la libertad sexual), características de agresores (jóven, masculino, desempleado, analfabeto), así como recomendaciones para la prevención victimal.⁶⁷

La criminología latinoamericana además, se ha dedicado al estudio de la víctima en sentido amplio y no solo las provenientes de un delito en particular. Como son las víctimas de accidentes de tránsito, de desastres económicos, ecológicos, o poblaciones determinadas como los indígenas. Así sobre este grupo victimizado podemos decir, que las poblaciones indígenas son objeto de estudio por la criminología latinoamericana, no solo como ofendidos por delitos, sino como víctimas de políticas de desarrollo que no han tomado en cuenta las costumbres, tradiciones o forma de vida de los indígenas. Las cuales ponen en peligro de extinción las poblaciones autóctonas de América Latina por lo que se promueve la creación de un nuevo delito denominado etnocidio, similar al genocidio codificado internacionalmente después de la segunda guerra mundial.⁶⁸

También la criminología latinoamericana se ha preocupado por difundir y promover la protección de las víctimas fuera del derecho penal. En Argentina, Brasil, México y Venezuela se han creado Centros de Asistencia a las Víctimas de delitos que prestan no solo asistencia económica sino también interdisciplinaria, como social, terapéutica o jurídica. En Costa Rica funciona con muy pocos recursos algunos programas institucionales y privados que dan asistencia a víctimas de delitos, en especial a niños y mujeres.⁶⁹

COMENTARIO FINAL

La tendencia creciente de la criminalidad en Costa Rica y en la mayoría de los países de la región es un hecho in-

discutible. Esta realidad nos obliga a la búsqueda de soluciones apropiadas, tanto para prevenir el fenómeno delictivo así como para atenuar sus consecuencias. Sobre este último objetivo se ha planteado el método de derecho comparado, el cual nos ofrece variedad de soluciones y una perspectiva más amplia del objeto de estudio, en este caso la situación jurídica del ofendido.

En América Latina el ofendido o más propiamente la víctima de delitos ha estado en un completo olvido. Aunque la ley procesal o material le conceda amplias facultades o tenga la categoría en algunos casos de parte procesal, todos sabemos que en nuestra América existe una enorme distancia entre lo que la ley dice y lo que en realidad se hace. Podría pensarse cómo no va estar abandonada la víctima, si ni siquiera se puede cumplir cabalmente con los fines resocializadores de los delincuentes. Sin embargo, no sólo por motivos legales debemos ocuparnos de la situación de las víctimas, sino por razones de equidad y solidaridad social, tanto de las víctimas de los delitos comunes, como las víctimas de los llamados delitos no convencionales.

Debemos dar mayor participación al ofendido en el proceso, después de todo es él quien ha sufrido el daño en forma directa, desde luego sin que llegue a una "privatización del derecho penal". Mejorar los medios de reparación de los daños y hacer efectiva la indemnización por el delito es una tarea urgente. No se trata solo de un derecho del perjudicado sino de un deber del Estado.

La tendencia actual por lo menos en Europa Occidental es mejorar cada día la posición del ofendido dentro y fuera del proceso penal. Los nuevos modelos son una esperanza como sustitutos de penas, como medios efectivos de reparación de daños, y para la delincuencia de bagatela, en fin son nuevas vías, que como señala el ilustre profesor Albin Eser reflejan el "Renaissance" de la víctima en el derecho procesal penal.

67. V. MARQUEZ DE VILLOBO, M. Notas preliminares para un estudio comparado sobre víctimas de delitos. En: Cuadernos Panameños de Criminología. No. 2. Panamá 1973. p. 129-132. Análisis comparativo de los estudios sobre victimología (Panamá y Costa Rica). En: Cuadernos Panameños de Criminología. No. 13 Panamá, 1984. p. 87-100.
68. V. BONFIL, G / VERISSIMO, D. / IBARRA, M. / TUMIRI, J. / VARESE, S. América Latina: Etnodesarrollo y Etnocidio. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). San José, 1982. p. 17 ss. GREGORINI CLUSELLAS, E. L. Genocidio su prevención y represión. Buenos Aires, 1961. p. 7 ss. CARRANZA, E. Desarrollo y Victimología. En: Nuevo Foro Penal. No. 32. Bogotá, 1986. p. 187-190.
69. V. BERISTAIN IPINA, A. Proyecto de decastración sobre justicia y asistencia a las víctimas. En: Criminalla. No. 1. 12. México, 1985. p. 106-115 Derechos Humanos de las víctimas del delito, Especial consideración de los torturados y aterrizados. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales. Tomo XXXIX, Fasc. III, 1986. p. 731-769. DUSICK, J. EL Defensor de víctimas. Una propuesta de servicios compensatorios para las víctimas. En: Capítulo Criminológico. No. 5. Maracaibo (Venezuela), 1977. p. 293-302. TARDITTI, A. Proyecto de creación de un centro de asistencia a la víctima de delito. En: Doctrina Penal. No. 32. Buenos Aires, 1985. p. 693-696. En Costa Rica, veáse las publicaciones del Centro Feminista de Información y Acción. p. ej: RADAN, A. / SOTO, T. Proceso de Ajuste psicológico de la víctima de violación. MOLINA SUBIRO, G. La administración de justicia en la violencia conyugal. En: Revista Mujer. San José, 1989. p. 24-35.

LA EXTRADICION

(Nociones y Principios Generales)

José Manuel Arroyo Gutiérrez

I. Antecedentes

Se tiene noticias muy remotas acerca de la exigencia que hacía una comunidad social (tribu) a otra, para que hiciera entrega de aquel de sus miembros que, habiendo quebrantado una norma importante de convivencia, buscaba refugio huyendo. Hay testimonio de ello en la Biblia para lo que al pueblo Israelita se refiere; así como en documentos históricos del Antiguo Egipto o Grecia¹. Sin embargo, las voces más autorizadas coinciden en señalar, que tales antecedentes de lo que hoy día se conoce como el instituto jurídico de la extradición, estaban muy lejos de configurar lo que se entiende en la actualidad por tal. Básicamente, no se trataba de reos de derecho común, sino de infractores a las normas fundamentales de convivencia tribal, que eran reclamados por su comunidad de origen para no dejar impune la violación que habían cometido y cuyo requerimiento por lo general, implicaba una amenaza de guerra, caso que la comunidad de refugio negara la entrega².

No fue sino con el advenimiento y desarrollo de la civilización romana, particularmente en la etapa del Imperio, que aparecen formas jurídicas más cercanas a lo que se conoce hoy día como extradición. En Roma se conoció la exigencia que se hacía a otros estados de un individuo (romano o extranjero) que había cometido infracción o delito en su territorio. Tal exigencia corría a cargo de la suprema autoridad del Estado, existiendo normas de derecho internas y llegando a suscribirse convenios o tratados entre Roma y naciones extranjeras para definir los términos y condiciones en que tal entrega (*deditio, remissio o intercum*) se hacía. Claro está que la preponderancia o fuerza que la Roma Imperial ejerció en el mundo occidental de la época, hizo que la petición de entrega implicara amenaza condicional de guerra frente a aquellas naciones independientes que la negaran, o bien se concretara en pura imposición de fuerza frente a aquellas comunidades sociales bajo el dominio jurídico de Roma³.

Esa misma preponderancia de Roma hizo que su jurisdicción cubriera tanto a los ciudadanos romanos, aunque se encontraran en el extranjero, como a los extranjeros que se encontraran en territorio romano. El ciudadano romano solo quedaba excluido de la jurisdicción de Roma, cuando a-

bandonaba el territorio romano, o cuando se hacía ciudadano de otro Estado reconocido por Roma. A esta forma de sustraerse de la jurisdicción romana se le conoció como "salida" o "exilium", también conocida como "autodestierro", forma que se aplicó, con fines estrictamente políticos, posteriormente⁴. Para quien se autodesterrara y que, antes de hacerlo, hubiera contraído alguna deuda o cometido delito, quedaban varias opciones a saber, podía ser llevado ante la justicia del Estado en que buscaba refugio, por otra parte "... no era tampoco imposible, ... que la comunidad romana, solicitara la extradición del fugitivo, ... a no ser que hubiere convenios internacionales que lo impidieran, ..." ⁵ en cuyo caso, de ser otorgada la extradición, se le seguía proceso en Roma ante el tribunal legalmente competente para conocer del caso. Finalmente, también existían la posibilidad de que ese proceso se llevara a cabo en jurisdicción romana, para el caso en que voluntariamente el fugitivo regresara a su territorio. Pese a que la extradición funcionó como mecanismo para hacer efectiva la aplicación de penas personales, a quien mediante la huida pretendiera sustraerse de ellas, lo cierto fue también que esa huida implicaba la posibilidad de poner al acreedor en posesión de los bienes del deudor fugitivo, o bien facilitaba el concurso de acreedores y, hasta en el supuesto de delito con pena capital, el autodestierro fue una forma de evitarse la muerte el fugitivo y evitarse las autoridades judiciales aplicar tan severa medida⁶. El enfoque hecho hasta ahora describe algunas de las características de la extradición activa (desde la perspectiva de Roma), pero, como se dijo, existió legislación interna y correspondió a tribunales especializados, los llamados *Recuperatores*, decidir sobre la entrega de individuos requeridos a Roma, cuestión que nos hace ver cómo en los albores de la institución que analizamos, ella tuvo un carácter eminentemente judicialista, cuestión que no se mantuvo siempre así en su desarrollo histórico posterior.

Durante la Alta Edad Media, la influencia del Imperio y del Papado fueron factores que frenaron el desarrollo de instituciones jurídicas como la extradición. Al ser éste un instituto destinado a regir las relaciones internacionales entre Estados independientes y soberanos, la hegemonía imperial y papal no fueron el clima propicio para este desarrollo. No fue sino cuando esas hegemonías se desintegraron y surgieron las pequeñas unidades políticas que conformarían

1. JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1964, T. II, p. 892.

2. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 892.

3. MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1976, p. 75.

4. MOMMSEN, T., *op. cit.*, p. 49.

5. MOMMSEN, T., *op. cit.*, p. 49.

6. MOMMSEN, T., *op. cit.*, p. 75.

an la modernidad europea, que vuelven a darse condiciones propicias para el desarrollo de la extradición. Aunque con carácter eminentemente político, distintas unidades estatales llegaron a pactar convenios para la recíproca entrega de fugitivos, generalmente enemigos políticos de los príncipes y señores feudales que, por esta vía, alargaban el brazo de su justicia. La entrega o *deditio* llegó a constituirse en una verdadera excepción al derecho de asilo, alentado por la doctrina cristiana y la filosofía patristica, en aras del poder y vengaza de los señores con poder político⁷.

La modernidad hizo surgir los estados nacionales europeos (siglos XVI, XVII y XVIII), unidades políticas fuertes, centralizadas y jurídicamente delimitadas, que propiciaron un nuevo clima para el desarrollo de instituciones como la extradición. Se desarrolló la suscripción de tratados y convenios entre esos modernos Estados para la recíproca entrega de fugitivos, pero se conservó el carácter eminentemente político de esas entregas. El puro capricho arbitrario y deseos de venganza de los señores feudales, fue sustituido por eufemismos como "la razón de estado" o "el deber internacional", tras de la cual se escondía la verdadera razón: perseguir y eliminar enemigos políticos⁸.

La Revolución Francesa (finales siglo XVIII) que vino a sentar las bases del moderno Estado de Derecho republicano y, con ello, toda la ideología iluminista, liberal en lo económico y humanista en lo político, pone en el centro de discusión los derechos del hombre y, por esa vía, en punto al Derecho Internacional y a la extradición - ya con el contenido actual de su término - la necesidad de deslindar la persecución política susceptible del derecho de asilo y la persecución por delincuencia común, propia de la extradición. Ya el convenio de 29 de setiembre de 1765 entre Carlos III de España y Luis XV de Francia, habla de la entrega del delincuente común por faltas graves, pero siempre sin excluir la entrega por razones políticas. Pero no es sino hasta el siglo XIX y con el antecedente de la Revolución Francesa y el moderno Estado de Derecho que, a partir del "Tratado de Paz de Amiens" (1803) entre Francia, España e Inglaterra, donde claramente se habla de delincuencia común y no se menciona la política y, a partir de la Ley interna belga de 1º de octubre de 1833, se perfila la estructura formal y material de las leyes de extradición actuales, referidas exclusivamente a la entrega de delincuentes comunes y expresamente excluyentes del perseguido por razones políticas⁹.

II. CONCEPTO

Las múltiples definiciones que sobre extradición pueden encontrarse, presuponen los siguientes elementos constitutivos:

- a. Existencia de relaciones entre Estados independientes y soberanos.
- b. Existencia de uno o varios individuos que son requeridos en entrega por uno de esos estados a otro para ser sometidos a juicio o a la imposición de una pena, y
- c. Esa entrega consiste en un acto jurídico, de carácter fundamentalmente procesal, regido por convenios y leyes internas sobre la materia.

Pueden encontrarse definiciones simples y sintéticas como la de Soler quien refiere:

"Llábase extradición al acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama a objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena"¹⁰; o bien la de Jiménez de Asúa:

"...la extradición consiste en la entrega que un Estado hace a otro Estado de un individuo acusado o condenado, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena"¹¹.

Así como también pueden hallarse definiciones bastante más elaboradas:

"Constituyen el proceso de extradición el conjunto de actuaciones, ordenadas legalmente, para garantizar, y en su caso disponer, la entrega por las autoridades del Estado donde se halla una persona reclamada por las autoridades de otro Estado, con el fin de responder de actividades delictivas, al objeto de que sea juzgada por sus órganos jurisdiccionales o cumpla la pena o medida de seguridad que se le impuso"¹².

Si bien es cierto, en los tratados internacionales o en las leyes internas no se da una definición propiamente dicha de la extradición, sí se formulan definiciones tácitas sobre la base de los presupuestos inicialmente expuestos. Así la Convención de Extradición entre Costa Rica e Italia (1873-1875)¹³ establece:

"Artículo 1º. El gobierno de Costa Rica y el gobierno de Italia contraen la obligación de entregarse recíprocamente los individuos que habiendo sido condenados ó estando acusados por algunos de los crímenes o delitos indicados en el artículo 2º, cometidos en el territorio de uno de los dos es-

7. GALLINO YANZI, C.V. *Extradición*, En Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XI Esta-Fami, Diskril S.A., Buenos Aires, 1977. p. 684.

8. GALLINO YANZI, C.V., *op. cit.*, p. 685.

9. JIMENEZ DE ASUA, L., *op. cit.*, T. II, p. 895; GALLINO YANZI, C.V., *op. cit.*, p. 685.

10. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, T. I., p. 177.

11. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 884.

12. ALMAGRO NOCETE, JOSE. *El Proceso de Extradición Pasiva, en Derecho Procesal, El Proceso Penal* (2), Tomo II (Vol II), Edita Tirant le Blanch, Valencia, 1988, p. 249.

13. *Convención de Extradición entre Costa Rica e Italia*, firmado en roma el 6-V-1873, aprobada por Ley Nº LIII de 24-IV-1874, Sancionada por el Poder Ejecutivo el 14-IX-1874, canjeada el 14-IX-1875.

* Primera fecha corresponde a la firma; la segunda al canje o ratificación.

tados contratantes, se hubieren refugiado en el territorio del otro".*

Por su parte, el conocido como Código de Bustamante¹⁴ en su artículo 344 expresa:

"Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, cada uno de los Estados contratantes accederá a la solicitud de cualquiera de los otros, para la entrega de individuos condenados o procesados por delitos que se ajusten a las disposiciones de este título, sujeto a las previsiones de los tratados o convenios internacionales que contengan listas de infracciones penales que autoricen la extradición".

Finalmente, sirve de ilustración el Tratado de Extradición entre Costa Rica y los Estados Unidos de América¹⁵ que en lo pertinente establece:

"Artículo I. El gobierno de Costa Rica y el gobierno de los Estados Unidos de América convienen en entregar a la justicia a petición uno de otro hecha con arreglo a lo que en este Convenio se dispone, a todos los individuos acusados o convictos, en cualquiera de los delitos especificados en el artículo II de este Tratado, cometidos dentro de la jurisdicción de una de las Partes Contratantes, siempre que dichos individuos estuvieren dentro de dicha jurisdicción al tiempo de cometer el delito y que busquen asilo o sean encontrados en el territorio de la otra;..."

III. NATURALEZA

Sobre la naturaleza de la extradición se ha librado un arduo debate. Al preguntarse por la naturaleza se trata de responder a la pregunta qué es en esencia, o cuál es el rasgo fundamental de esta institución. Existen enfoques generales que, como el de Jiménez de Asúa, basado en Franz von Liszt la ven como "un acto de asistencia jurídica internacional"¹⁶ criterio por cierto muy difundido. Pero otros puntos de vista, quizá mucho más técnicos, señalan la naturaleza eminentemente normativa de la extradición¹⁷. Esa percepción lleva a tener como fuentes de extradición los tratados, las leyes y, aún ahí donde se reconoce fuerza de derecho positivo, las costumbres y la reciprocidad¹⁸, trasladándose la discusión al terreno de si la materia extradicional es Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, parte del Derecho Internacional Público o bien una rama del Derecho totalmente autónoma e independiente, el llamado Derecho Extradicional**. De todo ese debate lo importante es tener claro que el

instituto de la extradición es en efecto normativo. Su existencia es posible gracia al derecho positivo vigente y su regulación se encuentra en los convenios y tratados internacionales, tanto como en las constituciones y leyes internas de cada nación moderna. En ese sentido los tratados declaran expresamente la materia que rigen y subsidiariamente la ley interna, como es el caso para Costa Rica de la número 4795 de 16 de julio de 1971 y sus reformas, que en su artículo primero expresa:

"A falta de tratados, tanto las condiciones como el procedimiento y los efectos de la extradición, estarán determinados por la presente ley, que se aplicará también a los aspectos que no hayan sido previstos por los tratados"¹⁹. Optar por concebir la naturaleza de la extradición como "acto de asistencia jurídica internacional, o bien, como "instituto eminentemente normativo", tiene sus consecuencias importantes en el terreno de la práctica. Así, quienes dan prioridad a la concepción de la extradición como instrumento de recíproco auxilio internacional, tenderían a concederla aún en los casos en que violenten ciertas disposiciones legales y constitucionales del Estado requerido, tales como la calificación delictiva del hecho, el juzgamiento en ausencia o la entrega para que el perseguido sea juzgado por un tribunal de excepción. Por el contrario, una concepción que dé prioridad al carácter normativo de la extradición, reparará en todos y cada uno de los preceptos que la reglan (tratados, Constitución, leyes, etc.) y optará por conceder o denegar la extradición en apego estricto a esas disposiciones de derecho positivo, sin flexibilizar, ni mucho menos violentar, normas fundamentales y derechos humanos básicos del perseguido.

IV. FUNDAMENTO

Si al preguntarnos por la naturaleza de la extradición estamos tratando de responder qué es esta institución; la pregunta sobre su fundamento pretende contestar su justificación, por qué existe la extradición. Han quedado atrás los criterios moralistas que creyeron ver en la extradición un deber ético de un Estado para con otro en la entrega de los fugitivos por delitos importantes²⁰ y la mayoría de los autores se inclinan por señalar el carácter eminentemente práctico de este instituto, así, Jiménez de Asúa apunta:

* Se respeta ortografía original.

14. *Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*, firmado en La Habana, Cuba el 13-11-1928, aprobado por Ley Nº 50 de 13-XII-1982, Instrumento de Ratificación del 4-11-30. Esta convención fue originalmente suscrita por Perú, Ecuador, Uruguay, México, Panamá, El Salvador, Guatemala, Argentina, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, Haití, Venezuela, República Dominicana, Colombia, Honduras, Estados Unidos, Costa Rica, Chile, Brasil y Cuba.

15. *Tratado de Extradición entre Costa Rica y los Estados Unidos*.

16. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 884.

17. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 899.

18. GALLINO YANZI, C.V. *op. cit.*, p. 686.

19. *Ley de Extradición*, Nº 4795 de 16 de julio de 1971, reformada por Leyes Nºs 5497 de 21 de marzo de 1974 y 5991 de 9 de noviembre de 1975.

* Tal criterio es expuesto por González, Eugenio en la obra: *La Extradición ante la Doctrina y la Jurisprudencia*.

20. GALLINO YANZI, *op. cit.*, p. 686.

"En puridad, deben aunarse en los fundamentos de la extradición la base jurídica del auxilio internacional - que es su esencia - y los motivos de índole práctica"²¹.

Esos motivos prácticos se concretan en la necesidad de no dejar impunes crímenes de cierta importancia y en llevar obligadamente a los responsables a rendir cuentas a un proceso en marcha o a enfrentar las decisiones tomadas en uno ya concluido. Fenech sintetiza estos conceptos de la siguiente manera:

"El fundamento de esta institución radica en la comunidad de intereses de todos los Estados para asegurar la persecución de los delitos poniendo los imputados que se hallaren en sus respectivos territorios a disposición de los titulares penales de los órganos de la jurisdicción de otros Estados, siempre que concurren los presupuestos que lo hacen admisible y eficaz, y que se consignan en los tratados o en el derecho consuetudinario".²²

V. FUENTES

Ya quedó dicho atrás que el común de los autores, dada la naturaleza normativa de la extradición, señala como fuentes de ella, en primer lugar a los convenios y tratados internacionales; en segundo lugar, a las leyes internas y, finalmente, a las costumbres y declaraciones de reciprocidad ahí donde tienen fuerza de derecho positivo²³.

El tratado de extradición es un acuerdo entre dos o más Estados soberanos mediante el cual se comprometen a la entrega recíproca de los fugitivos por delitos comunes. Contiene el tratado generalmente una serie de condiciones y formalidades que definen en qué casos procede la extradición. El tratado es sin duda el instrumento más utilizado modernamente para regir esta materia.

A la par de los tratados, se encuentran las leyes internas de cada país. Debe anotarse que los sujetos de unos - los tratados, y otros - leyes - son distintos, pues los primeros se dirigen a reglar las relaciones entre Estados, mientras los segundos regulan los órganos estatales internos de cada nación²⁴. La legislación interna en materia extradicional suele encontrarse en los códigos penales, procesal penales (como lo era el caso de Costa Rica mientras rigió el Código Procesal Penal de 1910) y las leyes especiales cuando se han promulgado, como lo es el caso de Costa Rica en la actualidad.

Entre tratados y leyes internas hay por lo general remisiones expresas o tácitas de unos a otros. Entendemos que prevalece el tratado sobre la legislación interna en virtud del principio de primacía de los tratados sobre las leyes:

21. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 887.

22. FENECH, MIGUEL. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor S.A., 1960, Vol. I, p. 345.

23. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 899.

24. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, pp. 900-901.

25. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 902.

26. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 903.

27. GALLINO YANZI, *op. cit.*, p. 686.

28. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 888.

del principio de especialidad de los tratados sobre la generalidad de las leyes internas. Así, éstas últimas tienen carácter supletorio respecto de los tratados, tal y como lo estipula el artículo 1º de la citada ley 4795 para el caso de Costa Rica. Aun en el supuesto de que la citada ley interna sea posterior al tratado, deberá prevalecer el predominio de éste, ya que el tratado representa ley especial respecto de la otra, que pese a ser anterior, es de carácter general. Sólo queda planteado el problema de si una nueva ley general interna se opone radicalmente al texto de un tratado especial anterior, en cuyo caso sí puede cuestionarse la primacía de éste²⁵.

El futuro, un tanto idealizado, apunta a concebir "tratados tipo" de extradición, tal y como lo fue el Código de Bustamante, de indudable vigencia y resultados positivos en muchos países de América. La existencia de este tipo de tratados permitiría unificar las reglas de extradición en una mayoría importante de países²⁶.

Conviene ilustrar este aspecto, aparte del mencionado artículo primero de nuestra Ley 4795, donde se declara el carácter supletorio de ella, con el artículo 360 del Código de Bustamante que textualmente dice: "La legislación (en materia extradicional, entendemos) del Estado requerido posterior al delito, no podrá impedir la extradición".

VI. CLASES DE EXTRADICION

1. Extradición Activa

La extradición activa se define desde la perspectiva del Estado que demanda o requiere al delincuente.

"Se dice que la extradición es activa cuando un Estado requiere la entrega de un delincuente a otro Estado donde reside..."²⁷

Se ha señalado, con acierto, que el carácter de la extradición activa es administrativo y político; se trata de la demanda por voluntad política de un Estado para que se le entregue a un fugitivo con el propósito de no dejar impune un delito. Esa demanda supone un procedimiento y una serie de requisitos administrativos con los que debe cumplirse para que la extradición se haga efectiva²⁸.

2. Extradición Pasiva

La extradición pasiva, por el contrario, se define desde la perspectiva del Estado al que se demanda o al que se requiere la entrega del delincuente.

"...pasiva es aquella en que el Estado requerido que lo tiene en su poder lo entrega para su juzgamiento o el cumplimiento de una condena"²⁹.

El carácter de la extradición pasiva, también en contraste con la anterior, es eminentemente jurídico y jurisdiccional. Se trata de establecer, para el caso concreto, si de conformidad con las normas vigentes procede acceder a la demanda recibida. Los problemas que suscita la extradición, por ser de carácter jurídico y jurisdiccional, se refieren a esta forma pasiva³⁰.

El artículo 3º de nuestra Ley 4795 se encarga de regular lo que se refiere tanto a la extradición activa como a la pasiva cuando expresamente dice: "No se ofrecerá ni concederá la extradición: ..." "Lo propio se desprende del artículo 2º del Convenio con Italia, artículo 334 del Código de Bustamante y artículo 7 del tratado con los Estados Unidos de América.

3. Extradición Voluntaria

En esta modalidad de extradición se presenta el caso de que el requerido, por sí, renunciando a todas las formalidades legalmente previstas, consiente voluntariamente su entrega.

"...la extradición es voluntaria cuando el individuo reclamado se entrega, a petición suya, sin formalidades"³¹.

No contempla la legislación costarricense esta forma de extradición, como sí lo está expresamente previsto en otras, por ejemplo en España, que en el articulado 12.2 de la ley dice;

"Identificado el detenido, el juez le invitará a que manifieste, con expresión de sus razones, si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella; si consintiere y no se suscitaren obstáculos legales que a ello se opongan, el Juez podrá acceder, desde luego, a la demanda de extradición"³².

4. Extradición en Tránsito

Los componentes de esta modalidad de extradición son:

- a) necesidad de transitar con el extraditado por territorio de un tercer Estado, distinto al que demandó su entrega y distinto al Estado que lo entregó;
- b) Eliminación de formalidades, bastando para que la extradición en tránsito se concrete, la exhibición del original o copia auténtica del acuerdo que otorgó la extradición,

29. GALLINO YANZI, *op. cit.*, p. 686.

30. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 888.

31. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 888.

32. RODRIGUEZ DE VESA, J. M. *Derecho Penal Español, Parte General*, Editorial Dykinson, Madrid, 1985, p. 241, nota 12.

33. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 888.

34. FLORIAN, citado por Jiménez de Asúa, L., *op. cit.*, p. 888.

35. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 889.

Jiménez de Asúa sintetiza esta concepto así:

"Existe extradición en tránsito cuando los individuos, cuya extradición ha sido concedida por el Estado requerido al país demandante, son conducidos en detención por el territorio de un tercer Estado o son llevados en buques o aeronaves bajo pabellón de este país"³³.

Hay razones para estimar, como lo hace Florián³⁴ que esta modalidad de extradición es un mero acto administrativo y coincide con ello, la forma en que el Código de Bustamante, la define:

"Artículo 375: El tránsito de la persona extraditada y de sus custodios por el territorio de un tercer Estado contratante, se permitirá mediante la exhibición del ejemplar original o de una copia auténtica del documento que concede la extradición".

Tampoco se define en la legislación interna de Costa Rica (Ley Nº 4795) esta forma de extradición, como si lo hacen el artículo 661 del Código de Procedimientos Penales para la Justicia Federal Argentina y la Ley de Extradición Española, número 4 de 21 de marzo de 1985, artículo 20.1.

5. La Reextradición

La hipótesis de la reextradición se formula en el siguiente caso:

- a) Se ha concedido la extradición por parte del Estado original de refugio a favor de un primer Estado reclamante.
- b) Sobreviene una nueva solicitud, por hecho delictivo sucedido anteriormente, por parte de un tercer Estado, sea al Estado original de refugio, sea al segundo si ya se concretó la primera extradición.

Jiménez de Asúa resume este supuesto en los siguientes términos:

"Puede acontecer que el individuo cuya extradición se obtiene del Estado de refugio, sea reclamado al Estado en que se le persigue judicialmente, por una tercera potencia, a causa de un delito anterior a aquel por el que ha sido entregado"³⁵.

La doctrina coincide en señalar que, la autorización de la reextradición, debe ser otorgada por el país que originalmente sirvió de refugio al perseguido y concedió su primera extradición.

No se encuentra expresamente prevista la hipótesis de la extradición en el texto de nuestra Ley Nº 4795, aunque sí se prevén en ella, artículo 4º, el orden de prioridad en que deben ser atendidas varias demandas de extradición contra un mismo sujeto. Lo propio ocurre con los artículos 347 a 350 del Código de Bustamante. El tratado de Montevideo de 1889, no suscrito por Costa Rica, en su artículo 28 sí es explícito respecto de la reextradición:

"Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviene respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido a la misma nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiere sido puesto en libertad"³⁶.

VII. PRINCIPIOS DE LA EXTRADICION*

El tratamiento de la extradición ha incluido siempre el desarrollo de una serie de conceptos claves, que pueden denominarse principios orientadores en orden a cuatro aspectos fundamentales de esta materia:

1. Principios relativos a los hechos delictivos,
2. Principios relativos a la persona del delincuente,
3. Principios relativos a la pena, y
4. Principios relativos al debido proceso.

Veamos en detalle su contenido:

1. Principios relativos a los hechos delictivos

a) Principio de legalidad

Como una extensión del principio de la legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*) se postula el principio de legalidad en materia extradicional (*nulla traditio sine lege*)³⁷.

Esto significa que para que la extradición pueda proceder, el hecho por el cual se persigue al presunto delincuente, debe estar calificado como delito y previsto como tal en el tratado o ley correspondiente³⁸. Fue criterio muy utilizado el de hacer listados o enunciaciones expresas, sobre todo en los convenios o tratados internacionales, de los delitos por los cuales se consideraba necesario solicitar y conceder la extradición. A este respecto pueden verse artículo 2º del Convenio Costa Rica-Italia y artículo II del Tratado Costa Rica-Estados Unidos de América. Sin embargo, este criterio ha cedido paso, recientemente, al criterio indirecto de determinar esa procedencia de conformidad con la entidad de la pena que corresponda imponer³⁹. Es así como el artículo 353 del Código de Bustamante señala:

36. Citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.*, T. II, p. 889.

Para el desarrollo de este capítulo, se ha adoptado el esquema de desarrollo sistemático contenido en el trabajo de Almagro Nocete, José. *El Proceso de Extradición Pasiva*, incluido en *Derecho Procesal*, Tomo II (Vol. II); *El Proceso Penal* (2), Edita: Trant Le Blanch, Valencia, 1988, pp. 252 a 256. Hay algunas variantes en la nomenclatura cuando se ha creído necesario hacerlas en aras de la claridad expositiva y de una mejor adaptación al lenguaje vernáculo.

37. JIMENES DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 933.

38. GALLINO YANZI, *op. cit.*, p. 688.

39. ALMAGRO NOCETE, *op. cit.*, p. 252.

40. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 945.

41. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, T. II, p. 943.

"Es necesario que el hecho que motive la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente, y en la del requerido".

Y en el siguiente, artículo 354 se estipula:

"Asimismo se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados..., no sea menor a un año de privación de libertad..."

La Ley de Extradición costarricense (Nº 4795) adopta el sistema de definir por negación los casos en que no se ofrecerá ni concederá la extradición. Es así como, el artículo 2º de esta ley estipula que no procede la extradición:

"d) cuando el hecho imputado no fuere delito,....", o bien

"e) cuando la pena asignada a los hechos imputados,...., sea menor a un año de privación de libertad..."

Con lo anterior se aprecia que estos puntos son copia de las estipulaciones del Código de Bustamante, y conllevan sustituir el anacrónico sistema de enunciar, mediante listado, los delitos por los que procede la extradición adoptado, un criterio más práctico de conformidad con la calidad delictiva del hecho y la gravedad de la pena a imponerse. Interesa señalar en todo caso que tanto en el sistema taxativo como en el que prefiere la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena, quedan fuera de las conductas extraditables las simples contravenciones y los delitos culposos⁴⁰.

b) Principio de la doble incriminación o identidad de la norma

Este principio consiste en la exigencia de que el hecho por el cual se concede la extradición, esté previsto como delito en la legislación del país requirente tanto como en la del requerido. Es importante apuntar que tal identidad debe existir al momento en que ocurrió el hecho por el que se pide al extradición. Asimismo, no es estrictamente necesario que ese hecho tenga o reciba el mismo nombre o calificación por parte de ambas legislaciones, es decir, no es necesario que el hecho tenga el mismo *nomen iuris* en una y otra legislación⁴¹.

El artículo 353 del Código de Bustamante, a este respecto, expresa:

"Es necesario que el hecho que motive la extradición tenga carácter de delito en la legislación del Estado requirente y en la del requerido".

La ley costarricense no habla expresamente del principio de identidad. Se limita a hacer la exigencia de que el hecho debe ser delito para la legislación nacional (artículo 3º inciso d) y que la demanda de extradición debe contener, entre otros requisitos, "...las disposiciones legales sobre calificación del hecho,...". (Artículo 9º inciso e) punto 4) con respecto a la legislación costarricense tanto como para la extranjera. Aunque tampoco hay referencia expresa a ella, es criterio nuestro que la modalidad de delito en grado de tentativa, queda incluida dentro de las acciones extraditables, dado que son punibles conforme la ley nacional y, siéndolo también para la ley foránea, procede la extradición.

c) *Principio de Especialidad*

En los siguientes términos define Jiménez de Asúa la especialidad: "...el Estado que recibe al sujeto no puede extender el enjuiciamiento ni la condena a hechos distintos de los que específicamente motivaron la extradición, ni someterle a la ejecución de una condena distinta".⁴²

De este principio se pueden derivar las siguientes conclusiones:

- i) El sujeto extraído sólo puede ser juzgado o penado por el delito autorizado al concederse la extradición.
- ii) Para poder ampliarse el alcance de ese enjuiciamiento a hechos nuevos o diferentes se requiere de una nueva autorización del Estado requerido.
- iii) No basta la sola voluntad del extraído para ser sometido a acusaciones o penas nuevas.
- iv) Debe existir un plazo mínimo, que la legislación establece en dos o tres meses, para que el requerido liberado de una primera demanda, pueda ser perseguido por un hecho nuevo.

El artículo 377 del Código de Bustamante reza:

"La persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante a quien se entregue, por un delito distinto del que hubiere motivado y cometido con anterioridad a la misma, salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que permanezca el extraditado libre en el primero, tres meses después de juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición o de cumplida la pena de privación de libertad impuesta".

De igual forma, la Ley 4795 en su artículo 9º inciso f) en lo que toca a la legislación interna costarricense establece:

"...En todo caso, (el tribunal costarricense que conoce del caso), deberá solicitar y obtener del país requirente, promesa formal de que el extraditado no será juzgado por un hecho anterior diverso ni sometido a sanciones distintas en la condena respectiva...".

El artículo 3º de la Convención de Extradición Costa Rica-Italia contiene el mismo principio de especialidad apuntado en su párrafo segundo; y lo propio ocurre con el artículo IV del Tratado de Extradición Costa Rica-Estados Unidos de América.

d) *Principio de exclusión de los delitos políticos*

La no procedencia de la extradición tratándose de delitos políticos o conexos con delitos políticos, está en la raíz misma del origen de este instituto jurídico. Cuando se comienza a concebir la extradición como instrumento de auxilio internacional referido a la delincuencia común, se fortalece como contrapartida, el derecho de asilo para los perseguidos por hechos políticos o conexos con ellos. El artículo 3º de la Ley 4795 en su inciso g) incluye esta razón para no ofrecer ni conceder la extradición:

"g) Cuando el delito sea político o cuando aunque común, fuere conexo con el delito político, según la ley costarricense".*

En punto a este tema, la discusión doctrinal se traslada a definir lo que deba entenderse por delito político. Ya desde los primeros tratados de Extradición y en leyes internas sobre la materia, se excluyó el magnicidio, abarcando incluso los atentados contra familiares del Jefe de Estado, como hecho que pudiera calificarse de delito político. Para el caso de los convenios vigentes en Costa Rica, el artículo 357 del Código de Bustamante señala:

"Artículo 357. No será reputado delito político, ni hecho conexo, el de homicidio o asesinato del Jefe de un Estado contratante o de cualquier persona que en él ejerza autoridad".

Véase que esta norma, abre, a nuestro juicio exageradamente, la posibilidad de conceder la extradición al negarle la condición de delito político al homicidio de "cualquier persona que...ejerza autoridad".

En el mismo sentido, el artículo III del tratado Costa Rica-Estados Unidos de América señala:

"Cuando el delito que se impute entrañe el acto de homicidio, de asesinato o de envenenamiento consumado o intentado, el hecho de que el delito se cometiera o intentara contra la vida del soberano o jefe de un "Estado extranjero, o contra el presidente de cualquiera de las Repúblicas signatarias, no podrá considerarse suficiente para sostener que el crimen o delito es de carácter político". Ergo, un atentado de ese tipo podría considerarse de carácter político y por eso hemos subrayado nosotros la frase "no podrá considerarse suficiente" porque parece dejarse la posibilidad de denegar la extradición, aun en el caso de que se trate de un atentado contra la vida del Jefe de Estado de uno de los países signatarios.

42. JIMENEZ DE ASUA, L.. *op. cit.*, T. II, p. 936.

Este inciso está completado por el siguiente que dice: "h) cuando se trate de un delito común, si el objeto de extradición se fundamenta en razones políticas". No acabamos de comprender la necesidad de este inciso. Nos parece reiterante.

En legislaciones modernas, como la española, se excluye de ser calificados como delitos políticos y, por tanto, podrá concederse la extradición, actos de terrorismo, crímenes contra la humanidad como el genocidio y el ya citado atentado contra la vida de un Jefe de Estado o su familia⁴³.

e) *Principio de exclusión de los delitos militares y otros.*

Merece mención aparte el caso de los perseguidos por delitos militares y los desertores en general. La legislación y doctrina no se han puesto de acuerdo. Mientras en Europa la tendencia es a no entregar a este tipo de infractores, en América Latina, a través del Código de Bustamante, se defiende la posición contraria:

"Artículo 361. Los...agentes consulares, pueden pedir que se arreste y entregue a bordo de un buque o aeronave de su país, a los oficiales, marinos o tripulantes de sus naves o aeronaves de guerra o mercantes que hubieren desertado de ellas".

La legislación interna costarricense a este respecto es omisa. Puede sin embargo concluirse del caso concreto, que la demanda de extradición se apoya en delito político, conexo con político o común por motivaciones políticas, en cuyos casos, se puede denegar la extradición de perseguidos por delitos militares o simples desertores.

2. Principios relativos al delincuente

a) *Principio de exclusión del nacional*

Es este un punto que ha ofrecido polémica. Los defensores de la tesis de la no entrega del nacional, las más de las veces, esgrimen argumentos más emotivos que jurídicos. Se percibe esta eventual entrega como el acto de la "mala madre que descuida a sus hijos y los abandona a su suerte" la otra posición, sin reparar en estos argumentos, considera que en esa labor de auxilio recíproco que tienen las naciones modernas, debe entregarse a todo delincuente, aun a los nacionales, para que enfrenten las consecuencias de sus actuaciones en el extranjero.

La Ley N° 4795 da alta prioridad a la negativa de entregar a los costarricenses:

"Artículo 3º. No se ofrecerá ni concederá la extradición:

a) Cuando al cometer el hecho punible el reclamado fuera costarricense por nacimiento o naturalización...".

Aquí importa destacar que tal condición de costarricense debe tenerse al momento de perpetrarse el hecho por el que se le persigue. Se pretende así no proteger a quien adopta la nacionalidad costarricense con el solo propósito de burlar al acción de la justicia. No obstante, el criterio de abarcar tanto al costarricense por nacimiento como por naturalización, se inscribe dentro de las más modernas corrientes judiciales⁴⁴.

43. ALMAGRO NOCETE, J., *op. cit.*, p. 253.

44. CALLINO YANZI, *op. cit.*, pp. 390-391.

45. ALMAGRO NOCETE, J. *op. cit.*, p. 254.

La no entrega del nacional también está prevista en el artículo 5º del Convenio Costa Rica-Italia, artículo VIII del Tratado Costa Rica-Estados Unidos de América y artículo 345 del Código de Bustamante.

b) *Principio de exclusión del asilado político*

Otro de los supuestos comúnmente aceptado por los Convenios Internacionales y leyes internas es la denegatoria de entrega para quienes hayan adquirido en el país de refugio el status de asilado político. Así lo prevee nuestra Ley N° 4795 en el artículo 3º, inciso K) donde se determina que no procede la extradición:

"k) cuando el inculpado se encuentre amparado a la condición de asilado político".

Esta norma no se encuentra con frecuencia en tratados y convenios internacionales, quizá por referirse a una situación interna de cada país o quizá por entenderse que las disposiciones sobre perseguidos políticos son suficientes para normar esta materia.

c) *Principios de protección al menor*

Medidas tendientes a proteger a los menores de dieciocho años, si con la extradición se estima, por parte del Estado requerido, que puede peligrar su reinserción social, han sido tomadas en legislaciones modernas como la española⁴⁵. Tales medidas no están previstas en la legislación costarricense interna ni en ninguno de los tratados suscritos por nuestro país.

3. Principios relativos a la pena

a) *Principio de entrega condicionada a la no ejecución de ciertas penas.*

Básicamente, en cuanto a este punto, se trata de evitar, en aquellas naciones que por principio de civilidad han prohibido la pena de muerte, que esta extrema medida se posibilite por vía de extradición. Nuestra ley interna estipula que ésta no procede:

"j) Cuando los delitos por los cuales se solicita la extradición fueren sancionados con privación de la vida excepto cuando el Estado requirente se obliga a imponer la pena inmediata inferir a esta. Caso de no obtener esta seguridad, el imputado será juzgado por nuestros tribunales con fundamento en la documentación que se remita."

Ha surgido ya el caso en nuestra jurisprudencia de que la seguridad no pudo ser obtenida, alegando el Estado requirente que, en virtud de la división de poderes, el Ejecutivo encargado de hacer todos los trámites de extradición, por vía diplomática, no podía adquirir tal compromiso, por ser esa decisión del exclusivo resorte del Poder Judicial.

- b) *Principio que excluye extradición por causa de extinción de la acción penal o de la pena.*

Está generalmente reconocido en los convenios internacionales y leyes nacionales, la prohibición de entrega a quien haya sido absuelto en el país de refugio por el hecho que se le persigue. Lo propio ocurre cuando, de conformidad con las leyes del país requerido, ha pasado el tiempo suficiente para operar la prescripción de la acción penal o de la pena como la amnistía y el indulto.⁴⁶

Se pronuncia nuestra Ley N° 4795 en los siguientes términos, uno de los supuestos para denegar la extradición:

"Artículo 3º... inciso b)

Cuando la solicitud de extradición se fundamenta en delitos cometidos por personas que se estén juzgando o sancionando en Costa Rica por los mismos hechos, o cuando como consecuencias del proceso incoado a que se refiere este inciso, éstas hayan sido absueltas, indultadas o perdonadas o hayan cumplido la condena impuesta".

En términos semejantes se pronuncia el Código de Bustamante en sus artículos 358 y 359.

- c) *Principio de suspensión de la entrega*

Puede ocurrir que, al momento de recibirse la demanda de extradición, el perseguido se encuentre sometido a proceso o se encuentre descontado una pena, ya impuesta, por otro delito en el país requerido. En esta hipótesis opera la suspensión de la entrega, es decir, la demanda de extradición no se rechaza, sólo se deja en suspensión, hasta que el sujeto requerido salde sus cuentas pendientes con el país en que se refugió⁴⁷. La ley costarricense, artículo 3º inciso c) resuelve el punto en los siguientes términos negando la extradición:

"c) Cuando el reclamado esté siendo juzgado o haya sido condenado por delito o delito culposo cometido en la República, con anterioridad al recibo de la solicitud de entrega; pero si se le absolviera o una vez extinguida la pena impuesta, podrá decretarse la extradición".

El Código Bustamante, en su artículo 346 al incluir una cláusula que dice:

"Puede definirse la entrega hasta que se le juzgue y cumpla la pena", se refiere a esta situación en que el requerido tiene asuntos pendientes en el país de refugio y debe enfrentar ante todo ese proceso o esas penas impuestas.

4. Principios relativos al debido proceso

- a) *Principio que prohíbe violación a la regla "non bis in idem"*

Ya mencionamos, cuando se anotó el principio que excluye la extradición por causa de la extinción de la acción penal o de la pena, que un supuesto para esa denegatoria es el de que el delincuente haya sido o esté siendo juzgado por el mismo hecho que se le persigue en el Estado requerido. Este es un principio de naturaleza formal o procesal que merece mención aparte.

"Artículo 3º. No se ofrecerá ni concederá la extradición:

- b) Cuando la solicitud de extradición se fundamente en delitos cometidos por personas que se estén juzgando o sancionando en Costa Rica por los mismos hechos...".

En parecidos términos se pronuncia el artículo 358 del Código de Bustamante:

"No será concedida la extradición si la persona reclamada ha sido ya juzgada y puesta en libertad, ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud".

- b) *Principio de atracción de la propia jurisdicción excluyente de la extranjera*

No existe en Costa Rica, como sí ocurre en España, que el Estado se reserve el necesario enjuiciamiento de ciertos delitos, aunque hayan sido cometidos en el extranjero. Sin embargo, es este un principio que podría tenerse presente en una futura reforma legislativa⁴⁸.

- c) *Principio que excluye las jurisdicciones de excepción*

Este principio tiende a garantizar un debido proceso prohibiendo la extradición de aquél que pueda ser sometido a un tribunal de excepción. En este principio está de por medio no sólo la ley sino también el mandato constitucional de "Juez Natural" (artículo 35 de la Constitución Política de la República de Costa Rica) que debe respectarse en los procedimientos de extradición. El artículo 3º, inciso j) espresamente deniega la extradición:

"j) Cuando el inculpado hubiere de comparecer ante un tribunal o juzgado de excepción en el Estado requirente..."

46. JIMENEZ DE ASUA, L., op. cit., T. II, p. 948.

47. JIMENEZ DE ASUA, op. cit., T. II, p. 953.

48. ALMAGRONOCETE, J., op. cit., p. 255.

d) *Principio que garantiza audiencia al reo en determinados casos*

Puede suceder - como en efecto ha ocurrido recientemente en Costa Rica - que se solicite la extradición de un individuo juzgado en ausencia por el Estado requirente. La jurisprudencia argentina⁴⁹ y la española⁵⁰ se han pronunciado por denegar la extradición de quien ha sido requerido en estas condiciones, señalándose además que puede accederse a esa extradición si se obtiene garantía suficiente del Estado requirente de que el individuo perseguido ha de so-

meterse a nuevo proceso. Para nosotros es claro que el juzgamiento en ausencia viola de manera terminante el principio constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna donde se establece la imposibilidad de sufrir pena por delito si no se ha concedido "...previa oportunidad...al indiciado para ejercitar su defensa..." La obligada colaboración internacional que se manifiesta mediante el instrumento de la extradición, no puede violentar derechos humanos fundamentales, estén o no reconocidos formalmente en el Estado que requiere la entrega de un prófugo de la justicia. Definición expresa de este punto no lo hay en la legislación interna costarricense.

BIBLIOGRAFIA

ALMAGRO NOCETE, J. *El Proceso de Extradición Pasiva en Derecho Procesal, El Proceso Penal (2), Tomo II (Vol. II)*. Edita: Tirant Le Blanch, Valencia, 1988.

CLARIA OLMEDO, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar S. A., Editora, Córdoba, 1969.

FENECH, M. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor S. A., 1960.

GALLINO YANZI, C. V. *Extradición*, En Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI Esta-Fami, Diskril S. A., Buenos Aires, 1977.

JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1964.

MAURACH, R. *Tratado de Derecho Penal*, Trad. Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MOMMSEN, T. *Derecho Penal Romano*, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho Penal Español, Parte General*, Editorial Dykinson, Madrid, 1985.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1977.

SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976.

49. SOLER, Sebastián; citado en Jiménez de Asúa, op. cit., p. 950.

50. ALMAGRO NOCETE, J., op. cit., pp. 255-256

LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

Dr. Mario A. Houed V.

BREVE INTRODUCCION

Con el fin de desarrollar un tema como el presente, debemos recordar que su estudio estará referido a los actos procesales - que constituyen sin duda alguna una categoría dentro de la teoría general de los actos jurídicos - y más específicamente a los *actos procesales penales*, por ser en éstos donde pueden producirse los vicios que dan origen al título de la presente investigación. "La calificación de *penales* respecto de estos actos, deviene únicamente en cuanto integran o refieren al proceso penal y no a la naturaleza de la cuestión en análisis, ya que ésta puede ser penal o civil y en este último caso el acto procesal mantiene su calificativo de penal, en tanto la cuestión civil dentro de este proceso se muestra sólo como un objeto accesorio. De esto se infiere que sea cual sea la naturaleza de la cuestión a tratar dentro de un proceso penal, los actos procesales que hacen a ella, dentro de un proceso penal, los actos procesales que hacen a ella, dentro del mismo, son siempre penales, aunque contengan pretensiones referidas a responsabilidades de otra naturaleza"¹.

PERFECCION E IMPERFECCION DE LOS ACTOS PROCESALES

Siguiendo la estructuración correspondiente establecida por Carnelutti², podemos hablar de ACTOS PROCESALES PERFECTOS y ACTOS PROCESALES IMPERFECTOS. Los primeros, que siempre son eficaces, son aquellos que cumplen con todos los requisitos exigidos por la ley³, es decir, cumplen con las "formas"⁴ que han sido prescritas para su realización en el proceso (v.g. idioma, escritura, sujeto que lo produce, etc), mientras que los segundos - que no siempre son ineficaces - adolecen de determinados defectos por incumplimiento de alguno o varios de los requisitos anteriormente referidos.

Ahora bien, dentro de los actos procesales *imperfectos*, dependiendo del defecto o de la deficiencia del requisito del acto, encontramos que puede darse la simple irregularidad, la inadmisibilidad o la nulidad. (Carnelutti, ob. cit. ps. 182 y ss.).

Para Carnelutti la IMPERFECCION es un concepto intermedio entre la PERFECCION y LA INEXISTENCIA, pues en ésta hay una falta total de los requisitos del acto; "el acto inexistente es verdaderamente un no acto; esto es, no es un acto, ni perfecto ni imperfecto; el acto imperfecto no es un acto perfecto pero es un acto". (Carnelutti, ob. cit. p. 182).

Puesto que hemos llamado vicio al defecto o deficiencia de un requisito del acto, podemos afirmar que no de todo vicio deriva la ineficacia del acto, sino solamente de los vicios más graves. Por esta razón, no siempre los actos procesales imperfectos son ineficaces, según explicamos.

LA IRREGULARIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

"Quien quiera...sistematizar con cuidado los conceptos relativos a la imperfección de los actos jurídicos, debe atribuir a ellos un valor específico, que implica la imperfección pero que excluye la ineficacia, y llamar por tanto, irregular a un acto jurídico y, particularmente a un acto procesal cuando está afectado por un vicio que no excluye su eficacia". (Carnelutti, ob. cit. p. 183). Es decir, existen actos procesales que pese a ser irregulares o defectuosos, son eficaces, produciendo efectos jurídicos válidos. Este es el caso de los actos procesales realizados fuera de los plazos *ordenatorios* que señala nuestra ley (artículo 199 del CPP). Sin embargo, debe aclararse que aunque la simple irregularidad no trae consigo una sanción procesal, si puede acarrear para el funcionario que incurre en ese defecto, medidas de orden disciplinario (ver, entre otros, el artículo 111 del Código de Procedimientos Penales).

1. DE QUIROS, CARLOS y RODRIGUEZ, WALTER, *Nulidades en el Proceso Penal*; ediciones jurídicas Cuyo S. R. L., Mendoza, 1982, p. 11.

2. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones sobre el Proceso Penal*; EJea, 1950. Vol. III, ps. 171 y ss.

3. CARNELUTTI habla de requisitos principales y secundarios. La diferencia consiste - según su autor - en que mientras los primeros deben existir a fin de que el acto se convierta en jurídico, la existencia de los segundos por el contrario, excluye o modifica su juridicidad. "Por eso, los requisitos principales se dicen también constitutivos, mientras los requisitos secundarios se distinguen en requisitos impeditivos y modificativos, según que su existencia reaccione en el sentido de impedir a los requisitos producir su efecto o de modificar el efecto mismo (*ob. cit.* p. 172).

4. La estructura del acto procesal ha sido estudiada por diversos tratadistas, estableciendo la mayoría de ellos, distintos elementos que lo integran. Así por ejemplo para DE LA RUA el "acto procesal es una declaración de voluntad con incidencia directa en el proceso que consta de un *elemento subjetivo* (*contenido*) y de un *elemento objetivo* (*forma*). El contenido del acto (elemento interno) se refiere a los aspectos regulados por la ley civil en cuanto a su causa, intención y objeto. La forma del acto es el elemento externo mediante el cual la voluntad se manifiesta en la realidad: ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste (C. civil, art. 913 - sic -). La forma requiere ciertos elementos de modo, lugar y tiempo que la ley procesal regula para asegurar la eficacia del acto. Pero además de ese contenido sustancial y de la exteriorización formal, el acto procesal requiere para su validez un fundamento jurídico que consiste en el poder conferido por la ley procesal a un sujeto para cumplirlo: es el contenido formal del acto". (DE LA RUA, FERNANDO, "Proceso y Justicia" (Temas Procesales) Ed. Lerner, 1980, p. 53). Debe aclararse que, para efectos de nuestra exposición, hemos decidido prescindir de este interesante examen doctrinario del acto procesal, con el fin de dirigarnos más específicamente al tema que nos ocupa.

LA INADMISIBILIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

"El concepto de inadmisibilidad se refiere particularmente a las instancias y peticiones que el juez admite o no admite; se distingue por tanto, la inadmisibilidad de una instancia, de su falta de fundamento; el primero de estos conceptos concurre en lugar del segundo cuando la instancia es o no fundada y, por eso, de aceptarla o rechazarla, la cuestión, en torno a la admisibilidad, es, por tanto, una cuestión de orden mientras la cuestión en torno al fundamento es una cuestión de mérito. Por tanto, la inadmisibilidad es una especie de ineficacia (Carnelutti la denomina "ineficacia atenuada", ob. cit. p. 194). De acuerdo con nuestro Código Procesal Penal, serían inadmisibles, entre otros, aquellos actos de los sujetos del proceso que se interponen o presentan fuera de los plazos que la ley concede (v. g. los recursos, art. 464 CPP), o contra resoluciones que no están expresamente declaradas como apelables o que causen gravamen irreparable (art. 463 ibid). Ciertamente cabe la posibilidad de que un acto inadmisiblemente por las razones anteriormente expuestas fuese admitido, derivándose entonces una nulidad (v. g. un recurso de apelación admitido fuera de plazo).

LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Suele definirse la nulidad como la sanción procesal con que la ley determina un acto procesal, privándolo de sus efectos jurídicos por haberse apartado de los requisitos o formas que la misma ley señala para la eficacia del acto^{5 6}.

Es importante dejar establecido que la función de nulidad en cuanto sanción procesal "no es la de afianzar el cumplimiento de las formas porque sí, sino el de consolidar los fines asignados a éstas por la ley" (De Quirós y Rodríguez, ob. cit. p. 21).

CLASES DE NULIDAD

La distinción más conocida y la que nos permite comprender mejor el funcionamiento concreto de las nulidades, es aquella que las divide en ABSOLUTAS y RELATIVAS, siendo importante hacer la observación que hoy día en el proceso penal la regla es la de la nulidad relativa (en especial en los Códigos modernos) (cfr. en este aspecto ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, en ps. 27 y ss.).

Las nulidades absolutas "son las que existen de derecho y que, como tales, deben ser declaradas por el órgano jurisdiccional aún de oficio en cualquier estado y grado del proceso", pudiendo ser denunciadas por cualquiera de las "partes"⁷ y no sólo por la "parte" interesada, que no pueden ser convalidadas o sanadas⁸, pudiendo ser alegadas en

cualquier estado del proceso y que son de carácter excepcional. (Cfr. ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, p. 30, así como otras obras de Derecho Procesal Penal o que desarrollan temas de esta materia donde se analiza este concepto, entre ellas; de Clariá Olmedo, J.; Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, 1964, ps. 185 y ss.; De la Rúa, Fernando, "Proceso y Justicia" (Temas Procesales) Ed. Lerner, 1980, ps. 51 y ss.; Dall'Anese R., Francisco, y Lobet R., Javier, "La imperfección de los actos del proceso penal", en Revista Judicial N° 40 de marzo de 1987, ps. 83 y ss.).

Las nulidades relativas, son en principio, aquellas que no deben ser consideradas insanables o no convalidables (Cfr. ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, p. 32), que se establecen primordialmente en interés de las "partes", a los fines de permitirles eludir los perjuicios que les podría acarrear un vicio o defecto procesal. Las características básicas de esta clase de nulidades son las siguientes: a) No pueden ser declaradas de oficio (sin perjuicio de la potestad del juez de eliminar de oficio cualquier causa de nulidad si fuere posible - art. 146 CPP). b) No pueden ser opuestas por quienes la hubieren provocado - art. 147 ibid. c) Sólo puede ser opuesta por la parte que tenga interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (ibid). ch) Deben ser opuestas dentro de los plazos o momentos procesales señalados por la ley (art. 148 ibid). d) Son subsanables o convalidables de acuerdo con las circunstancias que establece la ley (art. 149 ibid).

EFFECTOS DE LA NULIDAD

Una vez que un acto procesal se declara nulo por estar viciado, pierde eficacia dentro del proceso y se le tiene como no ocurrido. Es decir, se le priva de los efectos que normalmente debía producir, privando igualmente de esos efectos a los actos que de él dependían.

CLASES DE NULIDAD EN NUESTRO CODIGO PROCESAL PENAL

Nuestro Código Procesal Penal no establece el distinción referido anteriormente utilizando las denominaciones que fueron comentadas, sino que se refiere a *nulidades declarables de oficio* y *nulidades declarables a petición de parte*, sin embargo, cada una sigue los mismos lineamientos que se apuntaron para las nulidades absolutas y relativas, respectivamente. El artículo 146 señala en su segundo párrafo que "solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior, que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente", de ahí se desprende entonces que las causales para decretar la nulidad de oficio (absoluta) son: a) Cuando estamos ante una nulidad genérica (art. 145 CPP que contiene

5. CARNELUTTI al contrario de un gran sector de la doctrina opina que no es admisible el carácter de sanción que se le atribuye a la nulidad (ob. cit. p. 185).

6. Otros autores prefieren definir la nulidad como "el vicio que afecta a un acto, consistente en la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario para su validez" (NUÑEZ, RICARDO. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ed. Lerner, Argentina, 1978; p. 139).

7. Debe recordarse que el concepto de "parte" en el proceso penal ha sido sumamente controvertido, de ahí que la gran mayoría de los procesalistas de esta materia haga el distinción entre "parte" en sentido material (concepto que viene del proceso civil) y "parte" en sentido formal, o que se prefiera hablar simplemente de "sujetos del proceso".

8. El concepto de "sanatoria" también ha sido criticado, siendo más oportuno hablar de "convalidación" del acto imperfecto o viciado. (Cfr. al respecto ob. cit. de CARNELUTTI, p. 196).

los presupuestos procesales) y además se violen normas constitucionales. b) Cuando se regule expresamente la nulidad declarable de oficio para un acto determinado. (Cfr. sobre este tema, ob. cit. de Dall'anese y Llobet, en ps. 85 y 86).

La conminación o nulidad genérica que establece nuestro Código en el artículo 145 se refiere a la garantía de los presupuestos básicos para la validez del proceso, como lo es el nombramiento, capacidad y constitución de los tribunales; la intervención y participación del Ministerio Público en los actos en que su presencia es obligatoria; y todo lo que se refiere a la intervención, asistencia y representación del imputado de acuerdo con la ley; por ello, si en relación con esos presupuestos se violan normas constitucionales (v. g. el principio del debido proceso - art. 41 de la Constitución Política -; el principio del non bis in idem - art. 42 ibid-; el principio del juez legal o natural - art. 35 ibid -, etc.), la nulidad debe declararse de oficio según se explicó.

Por último debe decirse que la moderna doctrina (bastante inclinada por ir eliminando los motivos de nulidad que no sean de verdadera importancia), así como la moderna jurisprudencia de tribunales españoles y argentinos, han venido determinando que no deben decretarse nulidades por el mero interés de la ley o por la simple salvaguarda de las formas (Cfr. al respecto ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, p. 21), sino que en cualquier caso, aún para las nulidades absolutas o declarables de oficio, debe observarse el principio del interés (que la mayor de las veces se traduce en un efectivo o potencial perjuicio). Debe, pues, abandonarse de una vez para siempre, el frágil y engañoso principio de la "nulidad por la nulidad misma", al cual a veces acudimos los jueces en forma casi inconsciente, para intentar remediar alguna situación que ante nuestros ojos aparece como defectuosa, pero que no necesariamente afecta el desarrollo normal del proceso.

EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Javier Llobet Rodríguez

Sumario. **Introducción.** I. El desistimiento voluntario en la ley costarricense. II. Fundamento de la no punición de la tentativa desistida. III. Naturaleza Jurídica del desistimiento voluntario. IV. Voluntariedad del desistimiento. V. El desistimiento en la tentativa inacabada y en la tentativa acabada. VI. Desistimiento del partícipe. VII. Límites del desistimiento. Jurisprudencia. Conclusiones.

INTRODUCCION

Uno de los temas más interesantes de la teoría del delito es el *itercriminis*. Dentro de este tres subtemas sobresalen por la polémica que se ha realizado alrededor de ellos: la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución; el desistimiento voluntario, y el delito imposible. En el año 1985, siendo estudiante del Posgrado en Ciencias Penales, junto con Francisco Dall "Anese, hice una investigación titulada "El *itercriminis*", la que fue publicada en 1988 por el Centro Universitario de Occidente de la Universidad de Costa Rica. En dicho trabajo, el tema del desistimiento no fue expuesto en forma lo suficientemente exhaustiva, por lo que a través de la presente investigación pretendo completarlo. He tenido en cuenta para ello que el desistimiento voluntario ha sido poco estudiado en nuestro país, y prueba de ello son las escasas resoluciones judiciales que se han referido a él. Recurrí no sólo a material bibliográfico, sino que también a la jurisprudencia que con respecto al desistimiento ha sentado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense.

I. El Desistimiento voluntario en la ley costarricense

Dice el art. 24 del Código Penal costarricense: "Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad"¹. En dicha nor-

ma no se menciona expresamente al desistimiento. Sin embargo, éste se deduce a través de una interpretación a contrario sensu de la referencia que se hace de la tentativa, ya que en ésta se indica que la no consumación debe producirse por causas ajenas al agente. Así si la no consumación del delito se debe a la voluntad de éste, habrá desistimiento², y por consiguiente la acción del sujeto no será punible.

II. Fundamento de la no punición de la tentativa desistida

Se han formulado una serie de teorías para explicar la impunidad de la acción dirigida a la realización de un delito que fue desistida voluntariamente.

La más antigua de las fundamentaciones dadas es la teoría del "puente de plata". Indica ésta que debe estimularse el desistimiento, ofreciéndole al sujeto la impunidad si desiste de su tentativa e impide al producción del resultado³. Se ha criticado a esta teoría, indicando que la promesa de no penalización generalmente no es la causa por la que el sujeto desiste, resultando que muchas veces ni siquiera conoce dicha promesa⁴.

La teoría del premio o de la gracia, señala que la impunidad del desistimiento es un premio que se da al sujeto que ha desistido, el que ha borrado la mala impresión que su hecho ha causado en la comunidad. A lo que se añade que la culpabilidad propia de la tentativa se ve compensada hasta cierto punto por la actividad meritoria reflejada al desistir de la tentativa⁵.

La teoría de la culpabilidad insignificante dice que el fundamento de la no punición de la tentativa desistida, es que en tal supuesto la culpabilidad del sujeto es insignificante⁶.

La teoría del fin de la pena indica que el sujeto que se aparta voluntariamente de la comisión del delito, demuestra que su voluntad de cometer éste no era lo suficientemente

1. El Código Penal argentino en su art. 42 dice: "El que con fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44". el art. 43 del mismo Código señala: "El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito", el art. 30 del Código Penal español indica: "... Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". Señala también dicho Código que hay tentativa en sentido estricto "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".

2. Así: DALL "ANESE y LLOBET, p. 16; PADILLA. Exposición de motivos del Código Penal.

3. Así: GOMEZ BENITEZ, pp. 256-257.

4. Así: JESCHECK, T. II, p. 737; BACIGALUPO, Manual, ..., p. 174.

5. Así: JESCHECK, T. II, p. 738; WESSELS, p. 183; ZAFFARONI, T. IV, p. 483.

6. Así: WELZEL, p. 271.

enérgica, no siendo necesaria la imposición de una pena, atendiendo a los fines de prevención general y especial que tiene ésta⁷.

Algunos, dentro de los que me ubico, pretenden la aceptación de varios argumentos. Así existirían razones de política criminal que tienden a facilitar y estimular el desistimiento. Además tendría cabida la idea de que el sujeto es menos culpable en la consideración global del hecho, haciendo innecesaria la pena⁸.

III. Naturaleza jurídica del desistimiento voluntario

Discute la doctrina acerca de si el desistimiento voluntario constituye una causa personal de exclusión de la penalidad (excusa legal absolutoria), o una causa de atipicidad. La decisión al respecto tiene gran importancia para determinar si el desistimiento del autor beneficia a los partícipes. Esto por cuanto si fuera una causa personal de exclusión de la penalidad el desistimiento del autor no beneficiaría a los partícipes, siguiendo la teoría de la accesoriedad limitada hoy dominante⁹. Lo anterior de acuerdo con la regla sobre la no comunicabilidad de las circunstancias personales que excluyen la penalidad, establecida en el art. 49 del Código Penal. Si se dijese que el desistimiento voluntario produce la atipicidad de la conducta, entonces los partícipes se beneficiarían del desistimiento del autor, ya que al no ser típica la acción de éste no podrían responder penalmente, de acuerdo con la accesoriedad limitada.

La posición mayoritaria es que el desistimiento voluntario es una causa personal de exclusión de la penalidad, y por consiguiente no beneficia a los partícipes si estos no han desistido¹⁰.

Un sector importante de la doctrina, interpretando textos legales similares al nuestro, ha llegado a otra conclusión. Ha partido de una interpretación literal de la ley en cuanto indica en sus respectivos países (por ejemplo: España y Argentina) que la tentativa requiere para su configuración la ausencia de desistimiento, de lo que ha deducido que si hay desistimiento no existe tentativa, y por consiguiente la conducta es atípica¹¹.

Debe notarse, que a pesar de que nuestra ley menciona en el art. 24 del Código Penal que en la tentativa no debe haberse producido la consumación por causas independientes al agente, no debe concluirse que por ello el desistimiento es una causa de atipicidad. Lo anterior ya que desde que se realizan actos de ejecución del delito se penetra en el campo de lo prohibido, y no puede luego el desistimiento voluntario posterior borrar los actos llevados a cabo con anterioridad.¹² De lo contrario se caería en el sin sentido de que para la determinación de si el sujeto que lleva a cabo actos de ejecución realiza una conducta típica, deberíamos esperararnos a que se pueda saber si el delito se consuma o no, y en caso en que no ocurra la consumación, si ello se debió a la voluntad del agente o a factores externos a éste. Se añade a lo anterior que el hecho de que el desistimiento no se establezca en forma aparte de la norma que regula la tentativa, como ocurre en otras legislaciones como la alemana, sino que se regula en la misma que contiene el tipo de la tentativa, no es suficiente para considerar que se trata de un elemento del tipo de ésta, de modo que cuando opera el desistimiento la conducta del sujeto es atípica. Lo anterior ya que la ley en ocasiones establece dentro del artículo correspondiente a un delito determinadas condiciones personales de exclusión de la penalidad, condiciones objetivas de punibilidad o bien condiciones de procedibilidad, sin que por ello deban considerarse elementos del tipo.¹³

IV. Voluntariedad del desistimiento

Es desistimiento para que de lugar a la no punición de la acción del que lo lleva a cabo, supone la voluntariedad. Generalmente se expresa que el desistimiento es voluntario, siguiendo la fórmula de Frank, cuando el sujeto se ha dicho "no quiero aunque puedo"; y que no es voluntario cuando ha expresado "no puedo aunque quisiera".¹⁴ Esta posición, que sostengo, es conocida como teoría psicológica del desistimiento.

Dentro de ella algunos limitan los casos de desistimiento voluntario a cuando el sujeto se abstiene de proseguir ejecutando, aun cuando considere posible la consumación de acuerdo con su representación.¹⁵ Así el desistimiento es voluntario si el sujeto abandona por temor a que testigos presenciales que no pueden evitar la consumación lo denuncien posteriormente.¹⁶ Otros consideran que tam-

7. Así: GOMEZ BENITEZ, p. 267; DE TOLEDO y UBIETO y HUERTAS TOCILDO, pp. 188-189.

8. Así: BACIGALUPO, Manual..., p. 174; BACIGALUPO, Lineamientos..., p. 105.

9. Debe recordarse que cuando opera una causa personal de exclusión de la penalidad, el sujeto realiza una acción típica, antijurídica y culpable, pero no será punible, no beneficiándose los partícipes en lo relativo a la punición. De acuerdo a la teoría de la accesoriedad limitada para que los partícipes puedan ser responsables penalmente se requiere que el autor haya realizado una acción que reúna al menos los atributos de típica y antijurídica.

10. Así: CAVALLERO, p. 31; WESSELS, p. 183; ZAFFARONI, Manual..., p. 651; ZAFFARONI, Teoría..., p. 694; SOLER, T. II, p. 236; WELZEL, p. 271; JIMENEZ DE ASUA, p. 484; BACIGALUPO, Manual..., p. 277; DALL ANESE y LLOBET, p. 16; MUÑOZ CONDE, p. 191; NUÑEZ, p. 272; MAGGIORE, T. II, p. 85; MAURACH, T. II, p. 203; BREGLIA Y GAUNA, p. 141; RANIERI, T. II, P. 70; BETTIOL, p. 488; RODRIGUEZ RAMOS, p. 238.

11. Así: MIR PUIG, Adiciones..., p. 750; FONTAN BALESTRA, T. II, pp. 401-402; PAVON VANCONCELOS, pp. 105-106; BUSTOS RAMIREZ, pp. 315-316; ARROYO DE LAS HERAS, p. 705; CORDOBA RODA, Notas..., T. II, p. 200; CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, T. I, p. 126; REYES ALFONSO, p. 175.

12. Así: ZAFFARONI, Manual..., p. 651; ZAFFARONI, Teoría..., p. 694.

13. Así: DE TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO, p. 190.

14. Así: BACIGALUPO, MANUAL..., p. 176; BACIGALUPO, Lineamientos..., p. 106; PAVON VANCONCELOS, p. 102; CAVALLERO, p. 31; MANIGOT, T. I, p. 130; SOLER, T. II, p. 233; DALL ANESE y LLOBET, p. 15.

15. Así: CURY, p. 124.

16. Así: CURY, p. 124.

co existe desistimiento voluntario cuando la consumación todavía es posible, pero el proseguir en la ejecución del delito puede producirle al sujeto consecuencias tan graves que racionalmente no podía haberlas aceptado.¹⁷ Se cita como ejemplo el desistimiento de violación al ser reconocido por la víctima.¹⁸ Esta última posición es la que debe ser aceptada, ya que existe imposibilidad de consumación no sólo en los casos en que la imposibilidad es física, sino también cuando es psíquica.

La teoría valorativa del desistimiento señala que a través de la fórmula Frank no queda claro cuando es que el sujeto puede o no puede. Dice que deben seguirse criterios valorativos, "... fundados sobre la prevención general (sólo cuando el desistimiento implica borrar totalmente el mal ejemplo del comportamiento respecto de la sociedad) o de prevención especial, es decir cuando el sujeto se ha vuelto a someter a las reglas sociales".¹⁹ Esta posición es propia de los que sostienen que el fundamento del desistimiento es que es innecesaria la pena atendiendo criterios de prevención general y especial.

El hecho de que el temor del sujeto fuese infundado, no hace que el desistimiento deje de ser involuntario²⁰. Tampoco el desistimiento es voluntario cuando la consumación del delito deja de tener sentido para el autor, debido a la insignificancia de lo que obtendría con ésta, con relación a lo que esperaba obtener, por ejemplo el botín hallado en la caja de caudales es insignificante²¹.

No es necesario que el sujeto abandone definitivamente la resolución delictiva. Solamente bastará que no pretenda aprovecharse para la ejecución posterior, de los actos de ejecución realizados.²² Por ejemplo no existiría desistimiento si el sujeto penetra en una casa que se encuentra sin ocupantes, y separa los objetos que desea sustraer, pero decide postergar dicha sustracción, para el día siguiente (pensando aprovechar lo ya hecho), debido a que le ha tomado mucho tiempo la selección de los objetos, y debe acu-

dir a laborar; pero sí habría desistimiento si inmediatamente después de penetrar en la casa, decide que la sustracción de objetos la llevará mejor el día siguiente, ya que la selección de los objetos a sustraer, tardará mucho tiempo, y ese día no dispone de suficiente por cuanto pronto debe acudir a trabajar.

En la tentativa acabada la doctrina ha dicho que el desistimiento es posible antes de que el hecho sea descubierto por una tercera persona de quien se pueda esperar que evitará la consumación o que denunciará el hecho.²³ Por supuesto que el descubrimiento debe ser conocido por el agente para que el desistimiento no sea voluntario.²⁴ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que "el descubrimiento no excluye el desistimiento cuando es necesario de acuerdo con el tipo en cuestión, como en los delitos en los que se emplea violencia o intimidación, ya que de lo contrario resultaría prácticamente imposible en estos delitos el desistimiento".²⁵ Por ejemplo el conocimiento por la víctima en estos delitos, de la identidad del autor, que no ha sido ocultada por éste.

No se requiere que el desistimiento esté fundado en motivos éticos valiosos,²⁶ por ejemplo remordimiento, arrepentimiento vergüenza, piedad, etc.²⁷ Por ejemplo no deja de ser voluntario el desistimiento en una tentativa de violación, si es como consecuencia de la promesa de la mujer de tener relaciones sexuales con posterioridad;²⁸ o bien a causa de la promesa de la víctima de pagar una cantidad de dinero.²⁹

V. El desistimiento en la tentativa inacabada y en la tentativa acabada

Distingue la doctrina entre tentativa inacabada (o tentativa propiamente dicha) y tentativa acabada (o delito frustrado). Un sector de la doctrina, principalmente de la española, estima que la distinción debe llevarse a cabo atendiendo criterios objetivos.³⁰ Así hay tentativa inacabada cuan-

17. Así: JESCHECK, T. II, p. 743; WESSELS, p. 186; ANTOLISEI, p. 363.

18. Así: JESCHECK, T. II, p. 743.

19. BUSTOS RAMIREZ, p. 316.

20. Así: CURY, pp. 126-127; SOLER, T. II, p. 235; ZAFFARONI, Teoría..., p. 697; ZAFFARONI, T. IV, p. 490.

21. Así: BACIGALUPO, Manual..., p. 176; JESCHECK, T. II, p. 742; CURY, p. 126. En contra: ZAFFARONI, Manual..., p. 643.

22. Así: MAURACH, T. II, p. 206; MEZGER, p. 293; ZAFFARONI, T. IV, p. 495; CURY, p. 128; En contra: WELZEL, p. 273; NUÑEZ, p. 276.

23. Así: BACIGALUPO, Lineamientos..., p. 106; BACIGALUPO, Manual..., p. 177; JESCHECK, T. II, p. 745; MEZGER, p. 294; MAURACH, T. II, p. 208; WELZEL, p. 274.

24. Así: BACIGALUPO, Manual..., p. 177. En contra: WELZEL, p. 274.

25. JESCHECK, T. II, p. 745.

26. Así: BACIGALUPO, Manual..., p. 176; WESSELS, p. 186; JESCHECK, T. II, p. 742; CURY, p. 125; MEZGER, p. 292; JIMENEZ DE ASUA, p. 484; CUELLO CALÓN, T. I, V, II, p. 629; ZAFFARONI, Teoría..., p. 697.

27. Sin embargo, señala MUÑOZ CONDE (p. 192), que los motivos interesados, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente la finalidad preventiva, general y especial, y una consideración moral o política extraña al derecho penal. Debe tenerse presente que dicho autor sigue la teoría del fin de la pena en lo concerniente al fundamento de la tentativa.

28. Así: JESCHECK, T. II, p. 742; MAURACH, T. II, p. 206; WELZEL, p. 274.

29. Véase: Sala 3a, No. 8 F de 10:05 del 8-1-88.

30. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 729-730; JIMENEZ DE ASUA, pp. 484-485; CORDOBA RODA, Notas..., p. 202; BREGLIA Y GUANA, p. 150; CUELLO CALÓN, T. I, V, II, p. 624; CAVALLERO, pp. 30-31; ARROYO DE LAS HERAS, p. 707; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON, pp. 607-608; QUINTERO OLIVERES, pp. 234-235. En otra investigación según un criterio objetivo, véase: DALL'ANESE Y LLOBET, pp. 11-13. La doctrina española generalmente indica que su legislación, a diferencia de la alemana, sigue un criterio objetivo.

do el sujeto llevó a cabo actos de ejecución, pero no todos aquellos que debieran ocasionar la consumación, no produciéndose así ésta. En la tentativa acabada,³¹ el sujeto realizó todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado la consumación del delito, pero ésta no se produjo.

Otros, dentro de los cuales me encuentro, siguen un criterio subjetivo para diferenciar la tentativa inacabada de la tentativa acabada.³² Indican estos que al respecto solamente con un criterio subjetivo puede realizarse dicha distinción, ya que la cuestión de si tiene todavía que realizar algo el autor depende solamente de su plan de ejecución del hecho. Existe tentativa inacabada - dicen - cuando el autor aún no hizo todo lo que según su plan era necesario para la consumación del delito. Hay tentativa acabada, si el autor según su plan realizó todos los actos necesarios para la consumación, y ésta no tuvo lugar.

La diferenciación entre tentativa inacabada y tentativa acabada en otros países, como por ejemplo en España, tiene importancia para la fijación de la pena, ya que se establece una pena menor para la tentativa inacabada.³³ La legislación costarricense no hace tal distinción en lo referente a la penalidad. Sin embargo, ello no hace que pierda importancia la diferenciación entre tentativa inacabada y tentativa acabada, ya que la actuación del agente para que pueda operar el desistimiento voluntario es distinta en cada una de las especies de tentativa citadas. En efecto, en la tentativa inacabada el desistimiento consiste en una actitud pasiva del sujeto, que voluntariamente no continúa con los actos de ejecución. Por el contrario, en la tentativa acabada, se necesita una actitud activa del agente, de manera que ejecute actos que tiendan a impedir la consumación del delito.³⁴ Por ejemplo: el sujeto luego de haber colocado una bomba en un edificio con el objetivo de matar a una persona que estará en el edificio a determinada hora, cambia de opinión en lo referente a la comisión del delito, y desactiva la

bomba. Para explicar la distinción entre el desistimiento en la tentativa inacabada y en la tentativa acabada, se dice que el primero supone "detenerse", mientras en el segundo implica "echar marcha atrás".

Algunos casos han dado lugar a polémica acerca de si se está ante una tentativa inacabada o ante una tentativa acabada, por ejemplo cuando el sujeto desde el primer momento planea conseguir el resultado con varias acciones, pero antes de alcanzar al consumación desiste de la posterior ejecución del hecho; o cuando ha pensado realizar una sola acción que, en contra de lo esperado no produce el resultado, pero no sigue actuando hacia la consumación de éste, a pesar de que puede hacerlo.³⁵ Por ejemplo A después de disparar dos veces en contra de B, y no logrando herirlo, decide no continuar disparando, a pesar de que le quedan aun balas en su revólver. Si se dijese que se está ante una tentativa acabada ya no sería posible el desistimiento, puesto que se trataría de una de las situaciones en que es seguro que el resultado no se producirá. Si por contrario se sostuviese que se está ante una tentativa inacabada sí sería factible el desistimiento. La no admisión de la posibilidad de desistimiento llevaría al absurdo de tratar con mayor severidad al que disparó y se detuvo sin herir a la víctima; que al que disparó e hirió a ésta aunque no mortalmente, ya que en el primer caso no sería posible el desistimiento, mientras en el segundo sí.³⁶ Algunos han dicho que se está ante una tentativa inacabada siempre que el sujeto hubiese proyectado de antemano realizar varios disparos de ser necesario.³⁷ Se critica a esta posición indicando que privilegia al delincuente peligroso que desde el primer momento tiene en cuenta todas las posibilidades del transcurso del hecho, y se perjudica al delincuente irreflexivo.³⁸ Es necesario transcribir la solución dada por Jescheck,³⁹ a la que me adhiero. "La correcta solución de esta cuestión requiere la unión de criterios objetivos y subjetivos. Si el único medio disponible para realizar el hecho según la representación del autor ha sido ineficaz, la tentativa habrá fracasado y es

31. Generalmente la doctrina que se basa en la distinción objetiva prefiere la denominación de "delito frustrado" en vez de "tentativa acabada"; y la de "tentativa propiamente dicha" en lugar de la de "tentativa inacabada" se dice son propias de los que siguen un criterio subjetivo. Así: RODRIGUEZ DEVESA, p. 729, dice: "No debe confundirse la frustración con la tentativa acabada ya que esta última según la doctrina alemana se hace depender de la opinión del autor del delito y no de los actos realizados".

32. Así: JESCHECK, T. II, pp. 739-742; BACIGALUPO, Lineamientos..., pp. 105-106; STRATENWERTH, p. 221; MEZGER, p. 221; WESSELS, p. 184; MAURACH, T. II, p. 202. Debe tenerse en cuenta que la doctrina alemana comúnmente no identifica la tentativa acabada con el delito frustrado. Esto sería un tipo de tentativa acabada en el cual ya no sería posible el desistimiento. Véase: MEZGER, p. 292; p. 184.

33. La atenuación obligatoria de la pena para los delitos tentados, y la diferenciación entre la pena para la tentativa inacabada y la acabada, es propugnada por aquellos que indican en lo referente al contenido de la antijudicialidad que lo preponderante es el desvalor del resultado. Los que sostienen que lo fundamental es el desvalor del acto, indican que no debe diferenciarse la penalidad de la tentativa inacabada y la acabada. Sobre la discusión acerca de la preponderancia del desvalor del resultado o del acto véase: LLOBET RODRIGUEZ, JAVIER. La teoría..., pp. 110, 114 y 118; HUERTAS TOCILDO. El contenido..., 147 p.; NOVOA MONREAL, pp. 102-107; MIR PUIG. Función..., pp. 66-67). Nuestra legislación establece una atenuación facultativa de la pena para los casos en que el delito quedó en estado de tentativa. Por ello podemos situarla en un plano intermedio. Debe tenerse en cuenta tanto el desvalor del acto como el del resultado.

34. "En la tentativa acabada la mera renuncia al plan del hecho no resulta suficiente porque el autor ya ha creado todos los presupuestos que aparecen como necesarios para la producción del resultado. Por lo tanto, tendrá que actuar, y por cierto voluntariamente, mediante acciones adecuadas para impedir el resultado. A tales efectos, naturalmente, se le permite contar con la ayuda de terceros, como el médico o el bombero, sólo el impedir la consumación es lo que se requiere. Si el autor no consigue evitar la producción del resultado, su hecho será punible en toda la extensión legal" (STRATENWERTH, p. 225). En algunos países, como por ejemplo en Italia, el desistimiento en la tentativa acabada no da lugar a la impunidad del sujeto, sino que simplemente supone una atenuación de la pena (véase: RANIERI, T. II, p. 73; MAGGIORE, T. II, p. 87).

35. JESCHECK, T. II, pp. 740-741.

36. CURY, p. 87.

37. Así: WESSELS, p. 185.

38. Así: JESCHECK, T. II, p. 741.

39. JESCHECK, T. II, p. 741. En igual sentido: BACIGALUPO, Manual..., pp. 175-176.

imposible el desistimiento... Lo mismo debe valer si existe todavía otro medio de ejecución del hecho, pero no entra en el plan del autor el emplearlo (el marido rechaza la taza de café envenenado). En todos los demás casos en que vienen en consideración varias acciones para la consecución de la meta, deberá aceptarse siempre tentativa inacabada, cuando los nuevos actos parciales de los que el autor desiste, formen una unidad de acción con los anteriores que realizó sin éxito... Presupuesto de ello es la estrecha relación temporal de los actos parciales, el aumento sólo cuantitativo del contenido del injusto por la repetición de los actos de la tentativa y la persistencia de la situación motivadora unitaria". Razones de equidad hacen que deba acogerse esta posición.

Debe tenerse en cuenta que en los casos en que el sujeto disparó hiriendo gravemente a la víctima no le bastará no continuar disparando, sino se requiere que realice un comportamiento activo tendiente a evitar la muerte de la víctima, por ejemplo tratando de curarla, o bien llevándola a un hospital.

No basta la voluntariedad del desistimiento, para que no sea punible el sujeto, sino se requiere que no se produzca la consumación del delito. Así en los casos en que a pesar del desistimiento se produce ésta, no dejará de ser punible el sujeto.⁴⁰ Debe reconocerse, sin embargo, que algunos estiman que los casos de "desistimiento malogrado", sea cuando a pesar de los esfuerzos del sujeto se produce la consumación del delito, deben ser tratados como supuestos de concurso real entre la tentativa de delito doloso y un delito culposo consumado.⁴¹ En nuestro país tal solución llevaría al ilógico de castigar con más severidad el desistimiento malogrado que el mismo delito consumado.

Puede discutirse qué ocurriría en los casos de tentativa acabada en que el sujeto desiste voluntariamente, pero la no producción del resultado no es en definitiva consecuencia de dicho desistimiento. En tal supuesto debe admitirse que basta que el sujeto contraactúe, sin que sea necesario que haya una relación de causa a efecto entre tal de-

stimiento y la no consumación del delito.⁴² Ello tiene importancia, siguiendo a Cury,⁴³ en varias situaciones: a) cuando el sujeto cree erradamente que ya hizo todo lo necesario para ocasionar el resultado típico, y por eso, despliega una actividad destinada a evitarlo, que en rigor es inútil; b) cuando se está ante una tentativa inidónea, en la que la contraactuación del sujeto no es la causa de la no consumación del delito; y c) cuando a los esfuerzos del autor se unen los de terceras personas que actúan independientemente, y la causalidad de la evitación es dudosa o bien debe atribuirse a estas últimas. Nuestra ley indica, a través de la interpretación a contrario sensu que hice, que la no consumación del delito debe deberse a causas dependientes de agente, para que éste no sea punible, por lo que podría sostenerse que sigue un criterio causal para la eficacia del desistimiento. Sin embargo, debe aplicarse analógicamente la ley a los casos en que el sujeto llevó a cabo un esfuerzo serio y voluntario de desistir aunque el resultado no se produjo por causas distintas al desistimiento. Dicha analogía no estaría prohibida, por tratarse de analogía in bonam partem (art. 2o. del Código Penal).

VI. Desistimiento del partícipe

Ya sea que se acepte que la naturaleza jurídica del desistimiento es el de una causa personal de exclusión de la penalidad o bien una causa de atipicidad, debe sostenerse que el autor no se ve beneficiado con el desistimiento del partícipe.

Siguiendo a Wessels,⁴⁴ existe desistimiento del partícipe que da lugar a su no castigo, en los siguientes casos: "a) cuando (haciendo inofensiva su contribución al hecho o de otro modo) impide espontáneamente la consumación del hecho en cuya tentativa había participado, o b) cuando se empeña espontánea y seriamente en impedir la consumación, si el hecho (como por ejemplo, en una tentativa inidónea), no se consuma sin su intervención o se comete independientemente de su anterior contribución".⁴⁵

40. Así: MEZGER, p. 293; MAURACH, T. II, p. 210; ESTRADA VELEZ, p. 264. Algunos han dicho que ello puede suponer una supervivencia del "versari in re illicita" (Véase: CURY, p. 132). En general, la doctrina opina lo contrario, basándose en que el desistimiento voluntario no tiene relación con la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, puesto que se trata de una causa personal de exclusión de la penalidad. Señala ZAFFARONI (T. IV, P. 497), que cuando ha sobrevenido una desviación del curso causal esencial, a consecuencia de la cual es que se produce el resultado que el sujeto trató de evitar a través de su desistimiento, no deja de tener eficacia liberadora de responsabilidad éste.

41. Así: MUÑOZ CONDE, pp. 192-193. Es importante lo que indica STRATENWERTH, p. 221, en el sentido que el criterio subjetivo en lo relativo a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, conduce a problemas en los casos de error: "El autor ya puede haber producido todas las condiciones previas para la consumación del resultado sin saberlo; haber dado a la víctima, por ejemplo, una dosis de veneno mortal creyendo todavía que la víctima sobrevivirá si no continúa con el hecho. La concepción representada ocasionalmente, según la cual el autor habría desistido de la tentativa también en este caso y se beneficiaría con la impunidad, quedando quizá un resto de responsabilidad por la producción culposa del resultado..., se contradice, por su lado, con la circunstancia de que ya nada queda en tentativa, sino que el delito se consuma; por lo tanto, la desviación del nexo causal resulta irrelevante... Por otra parte, sería contradictorio no mantener a favor del autor del esfuerzo inútil para evitar el resultado en los casos de tentativa acabada..., pero proceder de otra manera en la tentativa inacabada. Por consiguiente, en estos casos el desistimiento no puede liberar de pena" (Consúltese además: DE TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO, p. 194).

42. Así: CURY, p. 132; JESCHECK, T. II, p. 744; MAURACH, T. II, P. 210-211. En el mismo sentido dice STRATENWERTH, p. 225: "Si hay otras razones que impiden la producción del resultado, distintas de las acciones llevadas a cabo por el autor que quiere desistir, el esfuerzo serio y voluntario por impedir la consumación tiene efecto excluyente de la punibilidad... En realidad, sería una injusta exageración de la idea del premio, sobre la base de la teoría subjetiva de la tentativa, sancionar al autor solamente porque el resultado no se puede producir o ha dejado de poderse producir... Únicamente se requeriría que el autor no supiese que el resultado de todos modos no se produciría. Serán considerados "serios los esfuerzos cuando el autor, desde su punto de vista, haya emprendido aquellos pasos necesarios para impedir el resultado".

43. CURY, pp. 132-133.

44. WESSELS, pp. 188-189.

45. Debe tenerse en cuenta que la legislación alemana regula expresamente lo relativo al desistimiento del partícipe, y en ello es que se basa WESSELS en su comentario. Sin embargo, la regla establecida en dicha legislación es aplicable por vía de interpretación a la nuestra. Sobre el desistimiento del partícipe consúltese: ZAFFARONI, Teoría..., p. 700; ZAFFARONI, Tratado..., pp. 498-500; JESCHECK, T. II, p. 749; MAURACH, T. II, p. 203.

VII. Límites del desistimiento

En principio el desistimiento produce la impunidad de la acción del sujeto que desistió. Sin embargo, existe un límite a la no punibilidad del desistimiento, éste es que se debe responder por parte del agente de aquellos actos de ejecución que por sí solos constituyen un delito consumado.⁴⁶ Por ejemplo: si el agente con el fin de cometer un delito de robo, realiza fuerza sobre las cosas, pero antes de la consumación de dicho delito desiste voluntariamente, debe responder por los daños que hubiere causado (art. 228 del Código Penal); si el sujeto desiste voluntariamente de consumar la violación que pretendía, debe responder por los tocamientos libidinosos que hubiese realizado en su intento, por lo que debe ser condenado por abusos deshonestos.⁴⁷

JURISPRUDENCIA

A) Sala Tercera, No. 45 F de 5 de junio de 1981

La Sala de Casación en la resolución No. 45 F de 5 de junio de 1981, recalificó los hechos tenidos por probados por el Tribunal Superior de Alajuela, variando la calificación de violación a abusos deshonestos.

La resolución recurrida tuvo por probado que el imputado salió a pasear con la ofendida a caballo en una finca; en un determinado momento se bajaron de los caballos y el imputado lanzó al suelo a la ofendida, la que opuso resistencia, empezando así un forcejeo. El imputado logró bajarle los pantalones y los calzones a la ofendida, prendas que quedaron entre sus tobillos y las rodillas. Poniéndola boca arriba trató de penetrarla carnalmente, quedando la ofendida semi-inconciente. Al tomar plena conciencia de lo que sucedía, la ofendida vio que entre los muslos tenía semen y también en la vagina. Debido a que el himen de la ofendida era anular dilatado no se consideró demostrada la penetración.

Casación dijo que si bien se tuvo por demostrado que el imputado intentaba penetrar el pene en la vagina de la ofendida, no se explica en la resolución recurrida la razón por la que no se consumó el coito. Bien pudo haber sido por causas ajenas a la voluntad del agente, como podría ser el haber sido sorprendido por terceras persona, o por impotencia temporal, etc., o bien porque voluntariamente el agente desistiera de la intención de violar a la ofendida. Si ocurriera esto, sólo podría atribuírsele los hechos consumados, en este caso el abuso deshonesto. Por ello al no plantearse esto en la sentencia - señaló la Sala - procede recalificar el hecho como abusos deshonestos, ya que no caben presunciones en la interpretación de la prueba, cuando resulten perjudiciales para el imputado.

B) Sala Tercera, No. 8 F de 10:05 del 8 de enero de 1988.

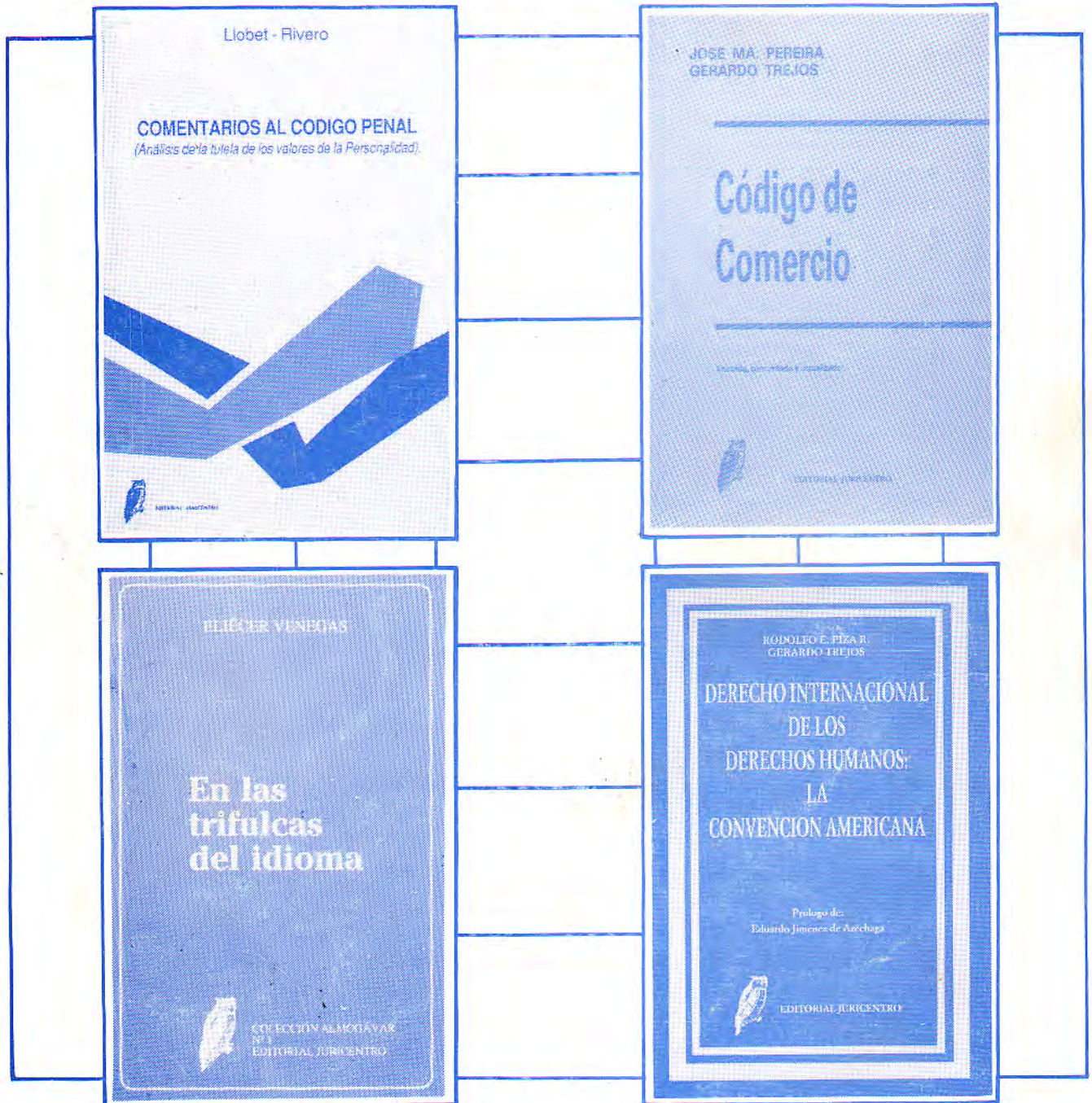
La Sala de Casación en esta resolución dijo: "La representante del Ministerio Público acude a esta vía alegando como primer motivo de su impugnación por el fondo, la inobservancia por parte del tribunal de mérito del artículo 161 en relación con el inciso 3o. del 156, ambos del Código Penal. El fundamento de su reclamo lo hace consistir en que el citado tribunal estimó "... que no se configura el delito de Abuso Deshonesto porque lo que existió fueron actos preparatorios de una violación..." y que si bien este último ilícito no se configuró ante el desistimiento del imputado, éste ya había llevado a cabo actos ejecutivos que integran por sí solos el delito de abuso deshonesto. Conforme al hecho probado A del fallo, se obtiene que la proposición del imputado hacia la ofendida para que tuviera relaciones sexuales "llegó hasta las vías de hecho cuando... tumbó a la ofendida sobre la playa, cayendo encima de la misma, procediendo a tocarla por todo el cuerpo siempre bajo la insistencia que quería hacer el amor con ella...", lo que acredita la existencia del abuso deshonesto que se reprocha, pues aunque en tal situación no es dable jurídicamente atribuir la tentativa del delito propuesto por el agente (violación), sí lo es el ilícito que con sus actos se hubiere consumado. En este aspecto la doctrina se ha pronunciado en forma reiterada "... se requieren para que exista tentativa de violación: a) actos que importen un comienzo de ejecución del delito; b) intención de consumarlo mediante el acceso carnal..., y c) interrupción de la ejecución por causas ajenas a la voluntad del autor... Cuando alguno de estos elementos esté en duda, el acto no deja de ser abuso deshonesto..." (López Bolado, Jorge Daniel y otros. Violación, Estupro, Abuso Deshonesto, edit. Temis, s.f.e., ps. 63-64). En el mismo sentido se afirma que "... se el autor de tentativa de violación desistió voluntariamente, la impunidad de ese hecho no excluye la condena por los actos cometidos durante el proceso ejecutivo del delito incompleto y que, a su vez, sean constitutivos de otro delito. Esto, porque el desistimiento voluntario del hecho más grave excluye la punición de la tentativa, pero deja subsistente la responsabilidad por todas las infracciones progresivas que se han consumado hasta el momento del desistimiento,; y, por otra parte en el caso, el dolo de violación abarca sin esfuerzo alguno el correspondiente a la figura del abuso deshonesto, ya que éste se configura no sólo mediante la comisión de actos de lascivia perpetrados sobre el cuerpo de la víctima sin el propósito de llegar al acceso carnal, sino, también por actos preparatorios de la cópula, y además, por actos ejecutivos de violación cuando el agente ha desistido voluntariamente de consumarla..." (López Bolado y otros, *op. cit.*, pp. 205 y 206)"

En el caso a que se refiere la sentencia el imputado decidió no continuar en su intento de penetrar carnalmente a la ofendida, debido a que esta le ofreció a cambio la entrega de una cantidad de dinero que guardaba en el hotel en que estaba hospedada.⁴⁸

46. Así: DALL ANESE y LLOBET, p. 16; MEZGER, p. 259; DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTAS TOCILDO, p. 193; MAGGIORE, T. II, p. 86; WESSELS, p. 187; MAURACH, T. II, p. 221; SOLER, T. II, p. 236; MANIGOT, T. I, p. 130; ZAFFARONI, T. IV, p. 501; ODERIGO, p. 59; TERAN, T. I, p. 121; ANTOLISEI, p. 364; Sala Tercera, No. 45 F de 5 de junio de 1981; y No. 8 F de 10:05 del 8 de enero de 1988.

47. En la Revista No. 4 de Jurisprudencia Crítica, el profesor Henry Issa hace un comentario a esta sentencia, aunque no referido al desistimiento voluntario del delito de violación, sino a si el hecho de que el agente aceptara la promesa de dinero a cambio de la no consumación, implica la comisión de algún otro delito (v. g. coacción, extorsión), o se trate de un hecho impune.

Editorial Juricentro presenta sus últimas publicaciones



**Librería y Editorial Juricentro, Costado Norte
del Edificio de los Tribunales en San José
Teléfono: 21-1407**