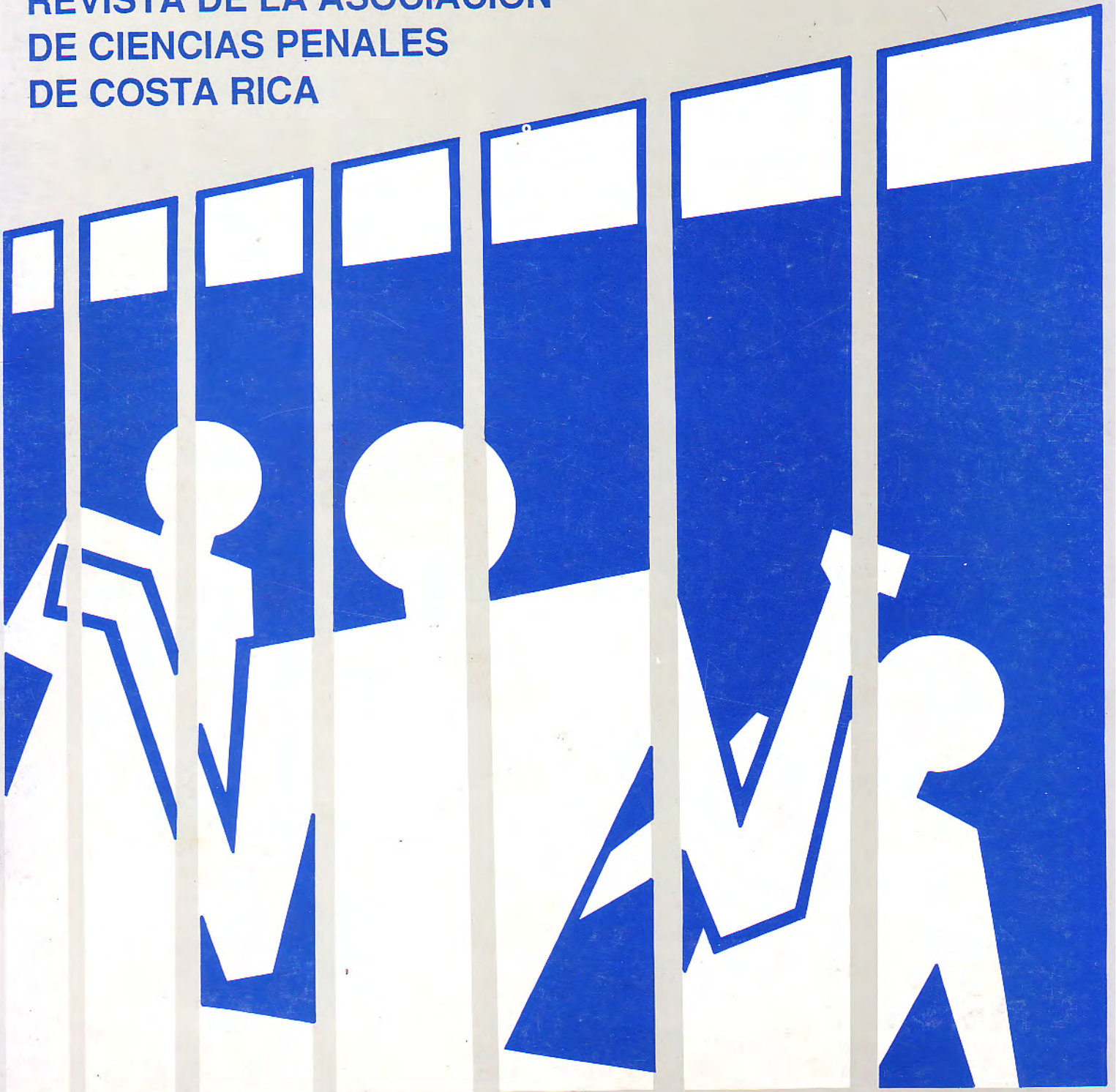


# CIENCIAS PENALES

MARZO 90

AÑO 2 Nº 2

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

Diseño gráfico, diagramación de textos y artes finales: E.G. LUGO

Portada: José Parini

Impreso por: Impresos TRES G, s.a.

## SUMARIO

### Doctrina extranjera

Acerca del principio del respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica ..... 5  
*Dr. Raúl Cervini*

### Doctrina nacional

Sobre la autodefensa ..... 16  
*Dr. José María Tijerino Pacheco*

Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva ..... 23  
*Lic. Javier Llobet Rodríguez*

Imputabilidad e intoxicación alcohólica ..... 27  
*Dr. Eduardo Vargas Alvarado*

Elementos que participan en la incidencia de accidentes de Tránsito ..... 30  
*Ing. Guillermo Matamoras Hidalgo*

### Comentario de sentencias

El daño reflejo o por rebote  
*Un cambio jurisprudencial en materia de responsabilidad civil* ..... 36  
*Dr. Diego Baudrit Carrillo*

Las garantías del tipo penal y la misión moralizante del juez. A propósito de un comentario jurisprudencial ..... 44  
*Lic. Henry Issa El Khoury*

La inmunidad parlamentaria ..... 50  
*Lic. Hernán Esquivel Salas*

Competencia de la Sala Constitucional en materia penal ..... 60  
*Lic. Cecilia Sánchez Romero*

# PRESENTACION

Luego de la buena acogida que recibió el primer número de la Revista de **Ciencias Penales**, presentamos ahora el segundo número. Como bien se dijo en el anterior, la Asociación de Ciencias Penales no pretende ser una asociación que esté integrada exclusivamente por profesionales en Derecho, sino que persigue que lleguen a formar parte de ella personas que laboren en otras profesiones. Dentro de esa misma línea, la revista, en el presente número, contiene un artículo escrito por un médico, el Dr. Eduardo Vargas Alvarado, y otro escrito por un ingeniero, Guillermo Matamoras Hidalgo. Se pretende incluir en cada número al menos un artículo de una persona de otro país. En el presente publicamos una investigación del profesor uruguayo Raúl Cervini.

El contenido de este número es el siguiente:

"Acerca del principio de respeto a las autonomías culturales y su trascendencia en Latinoamérica" es el nombre de la investigación aportada por el Dr. Raúl Cervini, profesor uruguayo. Deben resaltarse sus propuestas en el sentido de que a)- se hace imperioso excluir del marco normativo penal, aquellas prohibiciones que en virtud de las diferencias de pautas grupales no puede pretenderse que las minorías étnicas y otros grupos sociales culturalmente delimitados cumplan; b)- deben reconocerse como vigentes y válidas las normas de conducta social, sistemas de sanciones y procedimientos de aplicación de las mismas, tradicionalmente aceptadas por las minorías culturales, excepción hecha de los casos extremos, en que las normas y valores vigentes en esas culturas resulten directamente lesivas a bienes fundamentales (vida, integridad física, orden público; y c)- que en todo caso, en forma subsidiaria, se puede acudir a una causa de exculpación basada en la ausencia de conocimiento de la antijuridicidad de la acción para excluir de pena a aquel integrante de la comunidad minoritaria, que en el caso concreto no estuvo en posición de conocer que su acción estaba reprobada por el ordenamiento normativo nacional. La investigación del profesor Cervini tiene especial importancia con respecto a los grupos indígenas. En Costa Rica la aplicación de la ley penal a los indígenas fue estudiada por los licenciados Víctor Alfonso Dobles Ovares y Georgina Guillén Grillo en su excelente tesis de grado (Problemas en la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses, UCR; 1988). En ella señalaron, por ejemplo, que: para los cabécares del Atlántico, los bribris del Márciso y los guaymies, es común que la mujer elija compañero al inicio de la adolescencia, conducta que es sancionada por la ley penal (estupro: art. 159 del C.P.); entre los guatusos existe la arraigada costumbre de enterrar a sus difuntos (de muerte natural) debajo del piso de la cocina de sus casas, lo que podría configurar una conducta delictiva de acuerdo con el Código Penal (art. 260); la fabricación rudimentaria de chicha por parte de los indígenas, podría dejarlos incurso en la tipicidad del art. 269 del Código Fiscal; el incesto en los indígenas bribris o cabécares, es algo permitido en su cultura, ya que el sistema de consanguini-



nidad que siguen es matrilineal. Señalan Dobles Ovares y Guillén Grillo que el Tribunal Superior de Limón (del que formó parte hace algún tiempo el suscrito) ha sido incapaz de situarse en la condición de quienes participan de una cultura distinta de aquella que se nos impuso cuatro siglos y medio atrás, y de juzgar en consecuencia, de modo que en la mayoría de sus fallos, la diferenciada situación humana y cultural de los indígenas ha sido olvidada y desatendida, en todo sentido y para todo efecto. La investigación del profesor Cervini es importante para hacer conciencia sobre la existencia de culturas diferentes, que deben ser respetadas. En uno de los próximos números, el Lic. Víctor Dobles Ovares complementará la investigación del citado autor uruguayo, refiriéndose a la aplicación de la ley penal a los grupos indígenas costarricenses.

Dr. José María Tijerino, Fiscal General de la República y Profesor de la Universidad de Costa Rica, escribe el artículo "La autodefensa". Debe tenerse en cuenta que el profesor Tijerino es especialista en Derecho Procesal, y que precisamente su tesis para obtener el grado de Doctor, la realizó acerca del derecho de defensa del imputado. La valiosa investigación que nos presenta lleva a reflexionar acerca de si el nombramiento de un defensor puede ser rechazado por el imputado que no nombra uno, y a quien no se ha autorizado la autodefensa. Igualmente sobre en qué casos es que se puede autorizar a un sujeto para que se autodefienda, y en qué supuestos puede revocarse dicha autorización.

Uno de los mejores especialistas en Medicina Legal en Latinoamérica escribe sobre el "Imputabilidad e intoxicación alcohólica". Se trata del Dr. Eduardo Vargas Alvarado, Jefe del Departamento Legal del Poder Judicial y Catedrático de Medicina Legal de la Universidad de Costa Rica. Indica que en un caso, en que se analice la imputabilidad del individuo que cometió un delito con alcoholemia superior a 150 mg.%, no cabe aceptar la conservación de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, y al mismo tiempo disminución del control de impulsos, siendo imposible el desglose entre conciencia y voluntad. La relación entre intoxicación alcohólica e imputabilidad -agrego yo- no ha planteado mayor discusión en nuestros tribunales. Los anterior por cuanto se ha partido de la base falsa, de que el que ingiere licor voluntariamente responde de todas las consecuencias que provoque posteriormente, no pudiendo así alegar que se encontraba en un estado de inimputabilidad. Tal solución - una aplicación del "versarie in re illicita" (v. Zaffaroni, Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final), Argentina, Depalma, 1986, p. 36), y por consiguiente contraria al principio de culpabilidad (art. 39 de la Constitución Política) - ha encontrado acogida en otras legislaciones, pero no en la nuestra, en la cual para que no opere la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida, debe estarse ante el supuesto de la "actio liberae in causa" o perturbación provocada (art. 44 del Código Penal).

El ingeniero Guillermo Matamoros Hidalgo presenta el artículo "Elementos que participan en la incidencia de accidentes de tránsito". El autor es una de las personas que más conocen en Costa Rica sobre seguridad vial en la Ingeniería de Tránsito, materia en la cual realizó su tesis de grado, aprobada con honores ("Diagnóstico de incidencia de accidentes de tránsito en el área central de San José", U. de Costa Rica). El estudio llevado a cabo por Matamoros Hidalgo sin lugar a dudas contribuirá a la solución judicial de los asuntos en que se conozca un accidente de tránsito. Los conocimientos de los Jueces y Alcaldes sobre los factores que influyen en los accidentes de tránsito son muy escasos, a lo que se añade que la mayoría de los asuntos son fallados sin recurrir a prueba técnica, basándose así en prueba testimonial, ocurriendo que generalmente existen dos bandos de testigos, sin que el juzgador tenga mayores elementos para creerle a uno o a otro. La presente investigación debe llevarnos a reflexiones acerca de la necesidad de que se realicen estudios periciales para determinar las causas de los accidentes. Lo anterior, ya que nos plantea problemas pocas veces tomados en cuenta por los Tribunales, como por ejemplo el estado de la superficie de rodamiento. Generalmente se han utilizado tablas fijas de distancia de frenado, lo que es incorrecto, ya que se requiere, entre otras cosas, analizar el grado de rugosidad del pavimento.

El Dr. Diego Baudrid Carrillo, Catedrático de la Universidad de Costa Rica, renombrado especialista en Derecho Privado, se refiere al "daño reflejo o por rebote". A pesar de que la investigación es sobre responsabilidad civil, y que nuestra ley procesal penal sigue la teoría clásica sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible (v. Castillo, Enrique. Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal, San José, Colegio de Abogados, 1975, p. 135 y ss.), nos interesa el tema desde que es posible reclamar en la vía penal el pago de una indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible (art. 56 y ss. del Código de Procedimientos

Penales). Es importante sobre todo la mención que se hace en el artículo acerca de la indemnización a los parientes del difunto, por el daño moral sufrido, esto cuando ha ocurrido un delito de homicidio. Durante mucho tiempo la Sala Tercera, en contra de lo indicado por la doctrina, rechazó tal indemnización, hasta que por resolución de las 9:30 del 7 de agosto de 1987, citada por el autor, cambió de criterio.

"Las garantías del tipo penal y la misión moralizante del juez" es la denominación del artículo que nos presenta el Lic. Henry Issa El Khoury, Profesor de la Universidad de Costa Rica. Se comentan dos sentencias controversiales (la dictada por el Tribunal del Juicio, y la dictada por la Sala de Casación). A pesar de ser un comentario de sentencias, el artículo presenta ideas con implicaciones generales de gran importancia. Así el autor centra la atención en la necesidad de que los jueces tengan un concepto claro del dolo y juzguen a través de hechos probados, para evitar la interpretación extensiva de la ley penal y la analogía in malam partem. Sobre el concepto de dolo, señala que debe ser un término desprovisto de valoraciones morales; se trata así de un concepto jurídico y como tal debe ser aplicado por el juzgador. Los jueces, por tanto, son aplicadores racionales del derecho, no de normas morales.

Acerca de la inmunidad parlamentaria escribe el Lic. Hernán Esquivel Salas, Secretario del Tribunal Superior de Trabajo. El autor, abogado e historiador, es un estudioso de la materia, y prueba de ello es que realizó sobre ella su tesis de grado en Derecho. Comenta la sentencia No. 19 F de las 15:00 del 21 de enero de 1988, dictada por la Sala Tercera, en la que se desarrollaron los conceptos fundamentales sobre la inviolabilidad y la irresponsabilidad. El aspecto más relevante de dicha sentencia -criticado con propiedad por el autor - es el criterio restrictivo que sigue la Sala sobre la irresponsabilidad, puesto que partiendo de una interpretación literal del art. 110 de la Constitución Política, la limita a las manifestaciones que haya dado el diputado en el plenario, no abarcando lo dicho fuera de éste, aun cuando fuese en ejercicio de sus funciones.

La Lic. Cecilia Sánchez Romero, Directora del Digesto de Jurisprudencia del Poder Judicial, se refiere a la Sala Constitucional, de reciente creación, y a dos pronunciamientos dictados por dicha Sala. De gran actualidad, por la polémica que ha suscitado en los círculos judiciales (v. Carta dirigida por los Jueces y Actuarios a la Sala Constitucional, fechada 16-1-90), es la condenatoria al pago de daños y perjuicios en contra del funcionario respectivo cuando prospera un recurso de hábeas corpus. Lo anterior, ya que una interpretación literal del art. 26, último párrafo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, podría llevar a sostener que tal condenatoria es automática. (Consúltese: Informe de la Corte Suprema al Proyecto de ley de Jurisdicción Constitucional. pp. 17-18-33-35). Sin entrar a analizar si la condenatoria al funcionario en vía de hábeas corpus quebranta el debido proceso, al no otorgarse en forma debida el derecho de defensa al funcionario (art. 39 y 41 de la Constitución Política), es evidente - indico yo - que una condenatoria civil automática al funcionario, lesionaría el principio de igualdad ante las cargas públicas, y con ello el principio de igualdad consagrado en la Constitución Política (art. 33). Se basa lo anterior en que la procedencia de la indemnización al sujeto indebidamente detenido es indiscutible, pero el responsable debe ser el Estado, como un riesgo objetivo que debe asumir con respecto al funcionamiento de la Administración de Justicia (posición sostenida también por la autora del artículo). Pero si se exigiera una responsabilidad objetiva del funcionario, sea sin referencia a la existencia de dolo o culpa de su parte, el funcionario estaría siendo responsable de una indemnización que correspondería al Estado, por lo que se estaría quebrantando el principio de igualdad ante las cargas públicas. Por ello una interpretación conforme a la Constitución Política, lleva a exigir dolo o culpa de parte del funcionario (Luego señalaré que la culpa debe ser grave. Cecilia Sánchez dice que la responsabilidad del funcionario debe ordenarse únicamente en la medida en que su actuación pueda considerarse arbitraria o ilegal. La Carta de los Jueces y Alcaldes a la Sala Constitucional, antes citada, señala que la condena en daños y perjuicios al funcionario, debe proceder sólo cuando haya actuado dolosamente. La Sala Constitucional no ha condenado civilmente al funcionario en todos los casos en que ha prosperado un recurso de hábeas corpus. Sobre la responsabilidad de los funcionarios que administran justicia, véase: Tawil, Guido Santiago. La responsabilidad del Estado y los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia, Argentina, Depalma, 1989, p. 127 y ss.). La Ley de Jurisdicción Constitucional, en la regulación referente al amparo, exige que haya existido dolo o culpa grave del funcionario para que pueda hacerse responsable civilmente cuando prospera un recurso de amparo (art. 51). Una solución diferente cuando se trata de un recurso de hábeas corpus no se justifica, debiendo hacerse una aplicación analógica de lo regulado para el amparo. Una imposición automática del pago de daños y perjuicios desconocería en realidad la lógica del derecho. En éste no se aplica la lógica



tradicional pura, la cual sirve para extraer ideas intrínsecamente válidas, y en donde una causa da siempre como consecuencia un resultado. En el derecho no se pueden sostener verdades absolutas, así se encontrarán múltiples interpretaciones sobre una misma norma jurídica. Por ello se ha dicho que la lógica del Derecho debe ser llamada "lógica de lo razonable" (v. Recasens Siches. Introducción al Derecho, México, Editorial Porrúa, 1985, p. 231 y ss). Todo ello para señalar que la condena automática al funcionario al pago de daños y perjuicios partiría de una lógica tradicional y no de una lógica de lo razonable. Nótese que resoluciones como la No. 53-89, en la que se condenó al pago de daños y perjuicios al juzgador son harto discutibles (v. el texto en el artículo de la Lic. Sánchez Romero), y más bien yo personalmente considero en lo relativo a dicha resolución que la interpretación más razonable es que el hecho se cometió en el territorio nacional, ya que cuando ingresaron los asaltantes y la víctima a éste, aún no se había producido la consumación del delito (art. 20 inciso a) del Código Penal y 17 del Código de Procedimientos Penales). Lo mismo puede decirse en los asuntos en que el recurso de hábeas corpus prospera con base en una revaloración de la prueba que dio base al procesamiento, hecha por la Sala Constitucional (sumamente discutible como lo señala la Lic. Cecilia Sánchez). Debe tenerse presente que de acuerdo con nuestra ley, el dictado del procesamiento cuando el delito está reprimido con más de tres años, da lugar en forma automática a la prisión preventiva (art. 291 del C.P.P.), y que la Sala Constitucional ha entrado a analizar la procedencia del procesamiento para determinar si el dictado de la prisión preventiva es correcto. Digo que la solución es similar a la señalada sobre la interpretación de la ley, ya que en nuestro sistema procesal penal no rige un sistema de prueba tasada, sino de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 226, 393 párrafo 2º y 400 inciso 4º del Código de Procedimientos Penales), sistema que permite la libre valoración del juzgador (que debe hacerse en forma fundamentada), siempre que no quebrante las reglas de la lógica y la experiencia (algunos agregan la psicología). Dicha forma de valoración, necesaria dentro de un proceso que busque la verdad real, envuelve un ámbito de subjetivismo (que no debe ser confundido con arbitrariedad). Prueba de lo anterior es que son muchos los casos en que un Tribunal de Apelaciones revoca un procesamiento, sin que con ello se pueda decir que el Juzgador a quo procedió arbitrariamente. Por lo anterior, es grave que con base en una nueva valoración de la prueba se vaya a condenar al pago de daños y perjuicios al funcionario. Es también similar la crítica que se debe hacer si se condena automáticamente al pago de daños y perjuicios al funcionario, cuando se ha discutido la existencia de otro de los supuestos para ordenar la prisión preventiva, o bien de uno para denegar la excarcelación. Ello ya que nuestra ley da un gran ámbito valorativo al juzgador (arts. 291, 197 y 298 del C.P.P.) El problema que generaría la responsabilidad civil objetiva del funcionario, cuando prospera un recurso de hábeas corpus, no sólo atañe al funcionario, sino a la Sociedad misma, ya que podría llevar a la impunidad de una serie de sujetos (Consúltese Informe de la Corte Suprema de Proyecto de ley de Jurisdicción Constitucional p. 17). La incertidumbre con respecto a la interpretación de lo regulado por la Ley de Jurisdicción Constitucional al respecto, principalmente ocasionada por algunos fallos de la Sala Constitucional (especialmente el No. 53-89), ha provocado un temor fundado de parte de los funcionarios que administran justicia, el que está siendo aprovechado por algunos abogados litigantes para amenazar con presentar un recurso de hábeas corpus y una demanda millonaria si no se revoca una resolución. Ello podría producir la renuncia de una serie de funcionarios judiciales, no porque considerasen que podrían incurrir en una actuación culposa que les genere responsabilidad, sino porque tendrían la amenaza constante de ser condenados civilmente, con base en una interpretación diferente de la Ley por parte de la Sala Constitucional, o una diversa valoración de la prueba llevada a cabo por ésta.

El suscrito, Secretario de la Sala Tercera, se refiere a la indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva. Se indica que la regulación prevista al respecto en el Código Penal es muy limitada, y que es indiscutible que el sujeto que es absuelto (o sobreseído) luego de haber sufrido encarcelamiento preventivo durante la tramitación del proceso, ha sufrido un daño (material y moral) que debe ser indemnizado por el Estado. Ello con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Debido a un próximo viaje de estudios al exterior, éste es el último número que dirijo de la Revista. Agradezco a todos aquellos que colaboraron con la publicación de este número y el anterior.

**Javier Llobet Rodríguez**

## ACERCA DEL PRINCIPIO DEL RESPETO A LAS AUTONOMIAS CULTURALES Y SU TRASCENDENCIA EN LATINOAMERICA

*Dr. Raúl Cervini*

*Profesor Asistente de Derecho Penal  
(Uruguay)*

### SUMARIO

I. Subculturas y normatividad penal. II. Desencuentro entre los textos normativos y las culturas nativas en América Latina. A) Formas de control social en las culturas indo-americanas. B) Régimen jurídico penal aplicado a las comunidades indo-americanas. III. Soluciones de la doctrina latinoamericana respecto a la aplicabilidad de estas normas contrarias a lo culturalmente aceptado. IV. Conclusiones. A) Reconocimiento de la diversidad cultural. B) Sentido cultural de las normas y necesidad de un fundamento antropológico para un derecho penal garantizador. C) Propuestas desde el ideal de la mínima intervención penal.

### I. SUBCULTURAS Y NORMATIVIDAD PENAL

A. Señala ALESSANDRO BARATTA (1) que el principio del respeto a las autonomías culturales se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas minoritarias.

En otras palabras, la ley penal no debe incluir prohibiciones que violenten aquello culturalmente aceptado.

A nuestro juicio, la jerarquía innegable de este principio garantizador referido por el Profesor de Saarbrücken se reafirma si tomamos como punto de partida del análisis la moderna Teoría Normativa de la Cultura.

Los sociólogos americanos JAEGER y SELZNICK han hecho hincapié en los aspectos

simbólicos de la comunicación y el aprendizaje al proponer su teoría normativa de la cultura: "La cultura se compone de todo aquello que resulta de las experiencias simbólicas compartidas y de todo aquello que es capaz de mantenerlas" (2).

Observan los mismos autores que su concepción normativa de la cultura conlleva una correspondiente teoría de los valores, la cual demanda considerar a las normas como "culturales" no por su virtud de normas, sino nada más que en cuanto suscitan respuestas simbólicas que integran un sistema de significados antropológicamente compartidos.

B. Tradicionalmente se ha señalado que existen en las subculturas, como una parte de ese todo que es la cultura, ciertas notas características, que a la luz de las nuevas propuestas normativas de la cultura redimensionan su trascendencia, así:

1. Una subcultura implica que existen juicios de valor o todo un sistema social de valores que, siendo parte de otro sistema más amplio y central, ha cristalizado aparte. Vista la situación desde la cultura dominante y más amplia, los otros valores de la subcultura segregan a la primera y obstaculizan la integración total, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos.

Como resultado del aislamiento normativo de la subcultura y a su propia solidaridad, surgen valores

(1) BARATTA, Alessandro: Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal, en Revista de Criminología y Derecho, No. 1, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, pág. 11.

(2) JAEGER, Gertrude y SELZNICK, Philip: A normative theory of culture, en American Sociological Review, 1964, 29:653-669.



compartidos que sus miembros aprenden, adoptan e inclusive exhiben con trascendencia simbólica, y que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante.

Así como el hombre nace dentro de una cultura, puede acontecerle también que nazca dentro de una subcultura. Pasa con él lo que SELLIN, ya en 1938, hacía notar (3): "Nace biológicamente equipado para recibir y adaptar conocimientos acerca de sí mismo y de sus relaciones con otros. Sus primeros contactos sociales dan inicio a un proceso de coordinaciones que durará de por vida y en el que él va absorbiendo y adaptando ideas que le son transmitidas, ya sea de manera formal o informal, mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas representan significados inherentes a las costumbres, a las creencias, a los artefactos, y a sus propias relaciones con sus semejantes y con las instituciones sociales. Vistas como unidades separadas, estas ideas pueden pasar como elementos culturales que van encajando en ciertos patrones o configuraciones mentales que tienden a fijarse en sistemas integrales de significados".

2. Los valores compartidos por una subcultura suelen evidenciarse y se pueden identificar fenomenológicamente en función de la conducta esperada: actos que van desde lo permitido hasta lo obligatorio en determinadas situaciones de la vida.

Cualquier norma o cuadro de valores debe ser capaz de gobernar naturalmente la conducta, en una variedad de situaciones, para que puedan calificarse legítimamente como antropológicamente fundadas.

Precisamente RADCLIFFE-BROWN (4), al estudiar el fundamento de las sanciones a través de las sociedades primitivas, subraya su indisoluble vinculación con los parámetros culturales de cada comunidad, ya que su eficacia deriva, entre otras razones, de que las normas se ajusten más o menos estrechamente a los valores que prevalecen en el substrato de la misma.

3. La misma subcultura puede también tolerar otros valores fuera de su propio sistema, con tal que no socaven la adhesión a los suyos propios que la caracterizan como tal, y siempre y cuando no se vea intrínsecamente amenazada su propia existencia (5).

C. El tema tiene especial importancia en América Latina donde nos limitamos a copiar nuestros Códigos Penales de Europa y agudamente manifiesta ZAFFARONI (6): "Si nosotros nos preguntamos qué tiene que ver la realidad del Paraguay con el Imperio alemán para tener el Código del Imperio alemán, no lo vamos a ver claro. Qué tiene que ver la realidad peruana para tener el proyecto suizo, tampoco lo vamos a ver claro. ¿Qué tiene que ver Venezuela con la Italia de la unidad para tener el Código Zanardelli? ¿Qué tiene que ver la Argentina con el reino de Baviera para tener el Código de Feurbach?"

Como vemos, durante un largo período -por no decir desde siempre- hemos estado dando la espalda a nuestra propia realidad cultural, tomando prestados fragmentos de ideologías penales a los países centrales que responden a otros parámetros socio-culturales.

Este desajuste, este desencuentro entre los Códigos importados y el medio cultural en que se pretenden aplicar, tiene profundas consecuencias en el campo de los Derechos Humanos de las comunidades indígenas y de otros colectivos sociales culturalmente diferenciados por historia, proveniencia, religión, aislamiento geográfico y otras características propias.

1. En lo referente a las etnias aborígenes debemos ante todo recordar que los textos latinoamericanos imbuidos de una visión etnocentrista parten de la base de que el indígena pertenece a un estadio inferior de la civilización y que el derecho debe esforzarse por elevarlo a uno superior, afectándose con ello claramente los principios de igualdad, libertad de cultos y derecho a la integridad psíquica de la persona, porque un hombre al que se pretende abruptamente sustraer de su cultura sufre una fractura en su sistema de significados con el consiguiente daño psíquico.

(3) SELLIN, Thorsten: Culture Conflict and Crime, en Social Science Research Council, Boletín No. 41, New York, 1938, pág. 11.

(4) RADCLIFFE -BROWN, A.R.: Estructura y Función en la Sociedad Primitiva, Ediciones Península, Barcelona, 1974, pág. 233. Sobre el mismo tema ver: BLALOCK, H.M.: Introducao a pesquisa social (2da. Edic.), Editorial Zahar, Rio de Janeiro, 1977, pág. 77.

(5) Conf. DA MATTA, Roberto: Relativizando: Una introducao a Antropologia Social, Petrópolis, 1981, pág. 86.

(6) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Problemas de Política Criminal Latinoamericana, en Revista de Derecho Penal No. 6, Edit. Fundación de Cultura Universitaria, 1984, pág. 28.

La propia Etnología nació con un prejuicio metodológico intrínseco, como teorización de un hombre "civilizado" sobre un "salvaje". Así indagó y comparó costumbres destacadas como exóticas, para aventurar luego consideraciones supuestamente universales. Su formulación científica requería un sujeto cognocente y un objeto de conocimiento, lo que llevó inevitablemente a sacrificar la dimensión humana de las etnias observadas (7).

La historia de las etnias aborígenes era cosificada, catapultada a un tiempo cíclico que se repetía sin posibilidades reales de cambio, esa "dance sur place" de que nos habla GURVICH.

Los países centrales se arrogaban entonces el papel mesiánico de romper el círculo, de liberarlas del eterno retorno de lo igual a través de una "transfusión de progreso", en realidad, a través de un agresivo cambio aculturativo.

Como bien señala ZAFFARONI en el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, esta antropología "victoriana" estaba elaborada para justificar las empresas colonialistas británica y francesa del siglo XIX, "que pretendían - particularmente en Africa- considerar a los africanos o colonizados en situación de infantilidad respecto del colonizador de cultura adulta o madura, como también a la ideología de nuestras elites del siglo pasado, contrarias a la democracia por considerar que nuestras razas indígenas o africanas aún no estaban preparadas para su práctica" (8).

El Evolucionismo atacó los viejos prejuicios eurocéntricos, pero no sin generar otros. Admitía que el hombre era homogéneo en naturaleza, pero situaba a los pueblos en distintos niveles de un mismo proceso de desarrollo cultural. Así MORGAN habló de tres estados: salvajismo, barbarie y civilización, dividiendo a los dos

primeros en tres momentos: inferior, medio y superior (9).

Significativamente, para los autores del Evolucionismo, los Aztecas, Incas y Mayas engrosaban la lista de pueblos calificados como "bárbaros" por desconocer la escritura alfabética, pese a su notable nivel de conocimientos y al monumentalismo de su arquitectura que asombró a los colonizadores. Este juicio era coherente con la idea de una secuencia evolutivo-cultural universalmente válida, medida con la vara de un criterio eurocéntrico.

Más adelante, el Funcionalismo reconoció la radical diferenciación de las culturas, pero las concibió como sistemas cerrados sin historicidad.

LEVI-STRAUSS en su "Antropología Estructural" (10) afina los conceptos expresando que "la Etnología, aquello que los ingleses llaman Antropología Social y los norteamericanos Antropología Cultural, no puede permanecer indiferente a los procesos históricos ni a las más altas referencias conscientes de los fenómenos sociales".

No obstante, habrá que esperar los estudios de HERSKOVITS (11) para que se desarrolle y acepte la idea de que existen vías multilineales de evolución cultural (relativismo cultural), o sea que cada cultura propone su propio modelo original de evolución sustancialmente válido.

Por otra parte, no hay un pensamiento racional y un pensamiento mítico radicalmente diferenciados. Hoy es incuestionable que todos los pueblos piensan, partiendo de premisas que se dan por aceptadas, en el proceso inconsciente de la socialización o endoculturación. Es decir que en toda mentalidad coexisten el logos y el mito; no se da una mentalidad prelógica en forma pura como tampoco una mentalidad racional pura (12).

- 
- (7) CONF. CALAN, Hilary: *Etnología y Sociedad*, Breviarios No. 235, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1973, Méjico, pág. 11 y ss.; y MAUSS, Marcel: *Mentalidade primitiva y participacao en Antropologia*, San Pablo, 1979, pág. 150 y ss.
- (8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe final)*, Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986). Coordinador Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 56.
- (9) Conf. CARO BAROJA, Julio: *Ritos y Mitos equívocos*, Ediciones Istmo, Madrid, 1974, pág. 12; y ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)* op. cit. pág. 55.
- (10) LEVI-STRAUSS, Claude: *Anthropologie Structurale*, Editorial Plon, Paris, 1958, pág. 34.
- (11) HERSKOVITS, Melville: *El Hombre y sus Obras. La ciencia de la Antropología Cultural*. Edic. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1964
- (12) Conf. CARO BAROJA, Julio: op. cit., pág. 60 y ss., y MALINOWSKI, Bronislaw: *Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1985, pág. 103 y ss.



Actualmente está fuera de toda duda que no existe una categoría de "pueblos primitivos", que cada cultura propone un modelo original de evolución, y que así como el autodesarrollo evolutivo persigue el engrandecimiento de una cultura, el cambio aculturativo lleva a su destrucción (Etnocidio), para ser reemplazada por la cultura dominante.

En mérito a ello, puede afirmarse que el cambio aculturativo a que tienden los Códigos Latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación racial a fin de facilitar la asimilación de las comunidades minoritarias, representa una forma de agresión contra la especificidad cultural de esas etnias aborígenes, claramente violatoria de los Derechos Humanos.

2. Además de las minorías étnicas referidas, en todos nuestros países, caracterizados por esa marginalidad estructural de que nos habla ZAFFARONI, existen otros grupos que se encuentran culturalmente aislados, por diversas causas, tanto en el ámbito rural como en el urbano y que merecen, a nuestro parecer, un tratamiento diferenciado por parte del sistema penal.

Al finalizar la década del 50, el antropólogo norteamericano OSCAR LEWIS daba a luz la primera de sus obras "Antropología de la pobreza" (13), libro especialmente destacable, pues a la vez de brindar un cuadro íntimo y objetivo de la vida diaria de cinco familias mejicanas -en su mayoría pertenecientes al sector de ingresos más bajos- nos enseña que la llamada "cultura de la pobreza" se manifiesta no sólo en la privación económica, sino también en una especial capacidad creativa que provee adaptaciones a los desposeídos frente a su posición marginal. Muchas de las particularidades subculturales de estas poblaciones, pueden considerarse como tentativas de solucionar localmente problemas que las instituciones de la sociedad global no resuelven y es ese aislamiento relativo, una de las características más importantes que influyen en la conservación de los rasgos de la cultura de la pobreza. "Fuera de mi barrio ya no me siento en México", dice entrevistado Manuel Sánchez.

En otra obra posterior (14), el mismo autor destaca que los patrones compartidos dentro de estas comunidades minoritarias muchas veces coliden con los de una sociedad intolerante que no reconoce la diversidad.

Precisamente, una investigación de campo, que desarrollamos con un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en dos "cantegriles" (barrios marginales) de la ciudad de Montevideo y de la cual hasta la fecha sólo existen resultados fragmentarios e inéditos, confirma el concepto anterior: un sustancial porcentaje de los encuestados mayores de edad, íntimamente, no consideran ni comprenden como ilícitas, algunas conductas que se encuentran formalmente tipificadas como delictivas en los textos susceptibles de serles aplicados. Así a vía de ejemplo: un 67% de los encuestados ignora que mantener relaciones sexuales con una persona menor de 15 años, aún en caso de que ésta hubiera prestado su total consentimiento, configura el delito de violación "ope legis" al presumirse violencia (art. 272 del C. Penal), y lo que es más importante, el 94% de los mismos encuestados -en virtud de las pautas de su propio grupo cultural- no puede comprender que haya un ilícito en tal conducta, ya que en su ambiente juega como un imperativo subcultural categórico, el hecho de que las jóvenes se relacionen sexualmente a partir de los 12 años y con una cierta vocación de estabilidad.

De la misma encuesta resulta que el 82% de las personas interrogadas al azar en esos mismos barrios manifiesta que no comprende la razón por la cual el contrabando y la ulterior comercialización de los productos así ingresados al país son considerados actividades delictivas en los códigos, cuando para ellos son un simple medio de vida que cuenta, por lo demás, con cierta aquiescencia de los terceros.

En el mismo contexto subcultural existen auténticas acciones prohibidas, y entre ellas tal vez la delación constituya el caso más claro. Estar considerado en esos medios como "batidor" o "dortiba" (expresiones del lunfardo criollo que definen a quien denuncia un hecho tipificado como ilícito) constituye un estigma vergonzante para la absoluta mayoría de quienes allí viven.

También en el ámbito de otra subcultura marginal: las "favelas" de Río de Janeiro, los equipos de trabajo coordinados por el Profesor JOAO MARCELLO DE ARAUJO JR., analizando las implicancias subculturales de la droga en esos conglomerados, detectaron numerosos ejemplos de conducta que han sido formal-

(13) LEWIS, Oscar: Antropología de la pobreza, Edit. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1961.

(14) LEWIS, Oscar: A study of Slum Culture, Edit. Random House, New York, 1968, citado por HERRAN, Carlos: La cultura de la pobreza, Editorial Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1972.

mente criminalizadas a través de normas que carecen del más mínimo fundamento antropológico, principalmente entre los numerosos inmigrantes procedentes del Nordeste brasileño (15).

3. Aclarado el alcance y variado espectro de pautas sociales diferenciadas a las que se vincula el principio del respeto a las autonomías culturales, nos ocuparemos en los dos capítulos siguientes, fundamentalmente de las minorías culturales indígenas, cuya existencia genera una problemática que, a nuestro modo de ver, tiene en la mayoría de los casos, una solución ligada a la propuesta decriminalizadora.

## II. DESENCUENTRO ENTRE LOS TEXTOS NORMATIVOS Y LAS CULTURAS NATIVAS EN AMERICA LATINA

### A) *Formas de control social en las culturas indo-americanas*

Un estudio serio sobre la situación de estas comunidades ante las normas penales de las culturas dominantes hace insoslayable un conocimiento cabal de los exactos términos en los que se desarrolla la vida del aborigen. Para ello, como paso previo, es necesario "descolonizarse" mentalmente.

En tal sentido la venezolana GLADYS YRURETA (16), citando a REYES POSADA, sostiene que "el derecho de una cultura tribal no se expresa mediante reglas explícitas que puedan ser captadas por personas ajenas a su cultura, a menos que se profundice en el estudio de las instituciones que le son propias, como

tampoco aparecen evidentes el aparato coactivo que obliga al cumplimiento de las normas y su cuerpo de sanciones. Pero que no obstante ello, cada una de las instituciones, desarrolladas en la comunidad, relaciones de parentesco, organización política, organizaciones del trabajo y educativas, la mitología y la religión, entre las más destacadas, tienen una enorme fuerza social y no son confusas en el ámbito de su cultura".

El "derecho" de los pueblos precolombinos tenía su mayor expresión, precisamente en el ámbito penal (17), imponiendo una normativa de gran fuerza, con sistemas propios suficientemente eficaces, para hacer cumplir sus normas, como ha señalado SOLER (18) al tratar el carácter público del derecho penal entre los Incas.

Pero, si algo caracteriza esta particular normativa es su diversidad, ya que no siempre los hechos que configuran delitos para nosotros, son tenidos por estos pueblos como tales, pues en muchos casos estos forman parte de sus costumbres y ritos. Así, por ejemplo, el rapto, el cual constituye una tradición que se efectúa antes del matrimonio en algunas tribus, lo mismo que la posibilidad que tiene el marido de convivir con dos o tres mujeres, además de la esposa, e incluso, el suministro de ciertas drogas, constituyen en algunas de estas etnias un imperativo vinculado a propósitos religiosos, rituales y militares (19).

Por otro lado, algunas tribus indoamericanas, embuidas de un sentido altamente solidario, sorprendente para nuestra cultura, consideran delitos, al egoísmo, la acumulación de riquezas y en algunos casos, la mentira y la cobardía (20). También las res-

- 
- (15) Trabajo de campo preparatorio aún inédito sobre aspectos subculturales del consumo de drogas, coordinado por el Catedrático de la Universidad del Estado de Río de Janeiro JOAO MARCELLO DE ARAUJO JURNIO, en el marco del denominado: "Proyecto Alternativo de Río".
- (16) YRURETA, Gladys: El Indígena ante la Ley Penal, Edición conjunta de la Universidad Central de Venezuela y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981, pág. 11, op. cit: REYES POSADA, Alejandro, El Sistema Jurídico de los Guahibos en Colombia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Kelly, Bogotá, 1974, págs. 12 y 13.
- (17) Conf. RODRIGUEZ ROUANET, Francisco: Prácticas Tradicionales de los Indígenas, en Revista Guatemala Indígena. Volumen IV, No. 2, Publicación editada por el Instituto Indigenista Nacional, Guatemala, 1969, pág. 51.
- (18) SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tercera Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1956, pág. 96.
- (19) GARCIA RAMIREZ, Sergio: El Nuevo Régimen Penal y Administrativo sobre Estupefacientes y Psicotrópicos en Méjico, en Criminología, Marginalidad y Derecho Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 36.  
CARDENAS DE OJEDA Y col: Toxicomanía y Narcotráfico, Aspectos Legales, Fondo de Cultura Económica, 2da. Edic., Méjico, 1967, pág. 10.  
SIMOES, LUIZ: Cultura y Control en las Primitivas Sociedades Indo-americanas, cuadernos del Sur, Vol 2, Edit. Diana, Caracas, Venezuela, 1969.
- (20) RAMIREZ MIRANDA, Miguel: Delitos y sanciones tribales, en Revista Guatemala Indígena, Vol. IV., No. 4, 1969, pág. 120.



puestas grupales suelen ser especiales, ej.: soluciones composicionales, y la exclusión del grupo étnico, con la consiguiente pérdida de identidad que es la más grave de todas las sanciones (21).

*B) Régimen jurídico penal aplicado a las comunidades indo-americanas*

1. La dominación española significó un virtual aplastamiento de las manifestaciones nativas. Los colonizadores desorganizaron meticulosamente las estructuras tradicionales de las culturas aborígenes. Los indígenas perdieron sus tierras, se vieron obligados a ceñirse a reglas de vida para ellos incomprensibles, forzados a abjurar de sus creencias y a adoptar otras que les eran ajenas.

Enseña la profesora G. YRURETA (22) en su profundo estudio del indígena ante la ley penal, que una simple revisión de la Recopilación de las leyes de los reinos de Indias nos permite verificar la existencia de un buen número de normas que atacaban la autonomía cultural de las comunidades indígenas: quitándoles sus ídolos, altares y adoratorios; apartándoles de sus hechicerías y sacerdotes (23), implantándoles la lengua del conquistador (24), prohibiendo su "amancebamiento" y su relación poligámica (25), etc.

También figuraban en esta Recopilación, reglas penales formalmente benevolentes, destinadas a aplicarse a los indígenas, ejemplo: las que establecen sanciones especiales para su amancebamiento (26) o procedimientos especiales contra los nativos en causas

de inquisición (27), incluso algunas que procuran evitar que se les someta a vejaciones y prisiones largas (28); pero ciertamente, con este tratamiento, propio de menores o de seres inferiores bajo tutela del colonizador, no se hacía sino degradar a esas comunidades en su dignidad.

2. En la actualidad, la situación del indígena en los Códigos y Proyectos Penales latinoamericanos se puede sintetizar de la siguiente manera:

a. Por un lado existen muchos textos normativos que se caracterizan por la ausencia de previsiones expresas, lo que implica un grave desconocimiento de la ambivalencia cultural de países en los cuales los indígenas constituyen la mayoría o una parte muy apreciable de la población, caso del Código mejicano para el Distrito Federal del 13 de agosto de 1931, o del Código Penal de Puerto Rico del 22 de julio de 1974.

b. Otros países poseen en su derecho positivo claros ejemplos de prohibiciones contrarias a lo culturalmente aceptado, como lo son el Decreto Ley del 5 de setiembre de 1935 de Haití, que reprime el culto del vudú como práctica supersticiosa, en una isla donde el 75% de la población profesa ese rito; y el art. 391 del Código Penal de Costa Rica, que sanciona "las prácticas de brujería o cualquier otro culto o creencia contrario a la civilización o a las buenas costumbres", norma que soslaya la diversidad cultural de la costa del Caribe de ese país. Por otra parte, en Colombia, una disposición con rango constitucional (art. 53) prohíbe: "los cultos contrarios a la moral cristiana" (29).

(21) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Sistemas Penales ... op. cit. pág. 58.*

(22) YRURETA, Gladys: *El Indígena ante la Ley Penal, op. cit. pág. 28.*

(23) Ley 2, tit. I, lib. 1; Ley 3, tit. I, lib. I; Ley 4, tit. I, lib. 1; Ley 5, tit. I, lib. 1; Ley 7, tit. I, lib. 1 y Ley 15, tit. I, lib. 1. cit. por YRURETA, Gladys, op. cit. pág. 29.

(24) Ley 18, tit. I, lib. 6. cit. ibidem.

(25) Ley 4, tit. I, lib. 6; Ley 5, tit. I, lib. 6, cit. ibidem.

(26) Ley 6, tit. 8, lib. 7 y Ley 8, tit. 8, lib. 7, cit. ibidem.

(27) Ley 17, tit. 19, lib. 1, cit. ibidem.

(28) Ley X, tit. X, lib. V-cit. ibidem.

(29) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final) op. cit. pág. 56.*

Por lo demás, el Código Penal del Perú de 1924 en sus arts. 44 y 45 (30) divide a los peruanos en: "hombres civilizados" e "indígenas semicivilizados" (a los cuales asimila aquellos que están "degradados por la servidumbre y el alcoholismo") y "salvajes". El Código Penal de Bolivia de 1973 también vigente, en sus arts. 17 y 18 (31) habla del "indio selvático" como inimputable y del "inadaptado cultural" como semi-inimputable. Por último, también el Código Penal de Colombia en su art. 96 refiere al indígena como inimputable por "inmadurez psicológica".

En Colombia, "las medidas" a que se somete al indígena suelen tender a su incorporación cultural, es decir, que se parte de la base de que el derecho debe esforzarse por "elevar" a esos seres que se encuentran en un estadio inferior, sobre el modelo de la cultura dominante y sus valores jurídicos (32).

### III. SOLUCIONES DE LA DOCTRINA LATINO-AMERICANA RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE ESTAS NORMAS CONTRARIAS A LO CULTURALMENTE ACEPTADO

Intentaremos exponer en forma breve la diversidad de criterios ensayados a través de los años.

**A.** Desde un enfoque rígidamente positivista, JOSE MEDRANO OSSIO (33) ha sostenido que con el fin de proteger del delito a la sociedad y al propio individuo delincuente, deben establecerse medios defensivos variados en su forma e indeterminados en su intensidad, cuya medida solamente habrá de estar en el peligro que representa la causa del delito, con el fin de ver eliminado el mismo.

Por consiguiente, para este autor, aun tratándose del indígena, no interesa un examen de su imputabilidad o una declaración de su responsabilidad, sino que debe procurarse la defensa social ante su delito, declarándolo peligroso y sometiéndolo a las medidas apropiadas no penales que eviten su reincidencia.

Ciertamente, pese a la distinta denominación, en los hechos para los indígenas no integrados, la reacción difiere muy poco de las penas comunes.

**B.** En la mayoría de los casos se ha enfocado la solución del problema desde la óptica de la Dogmática Penal, básicamente desde dos puntos de vista:

(30) Arts. 44 y 45 del Código Penal del Perú de 1924.

"Art. 44 - Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años".

"Cumplidos dos tercios de tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años".

"Un reglamento del Poder Ejecutivo determinará las condiciones de vida de los salvajes colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país".

Y al art. 45 agrega:

"Art. 45 - Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del art. 90. Podrán asimismo, en estos casos sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el art. 42".

(31) Arts. 17 y 18 Código Penal de Bolivia de 1973:

"Art. 17 - (In imputabilidad). Son inimputables:

5) (indio selvático). El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización".

El inciso segundo del Art. 18, sobre semiimputabilidad, dice:

"El juez procederá en igual forma (esto es, atenuando la pena o decretando la medida de seguridad más conveniente), cuando el agente sea un indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción".

(32) ZAFARONI, Eugenio Raúl: *Sistemas Penales ...* (Informe Final) op. cit. pág. 55.

(33) MEDRANO OSSIO, José: *Responsabilidad Penal de los Indígenas*. Potosí, 1941. págs. 11 y ss. Citado por YRURETA, Gladys, op. cit. pág. 48-49.



1. Algunos (34) sosteniendo que aun en el caso de los indígenas debe ser mantenido a toda costa el principio de igualdad ante la ley, ya que la organización de los países americanos descansa precisamente en los principios y sentidos democráticos de igualdad, no pudiendo, por ende, tolerar jerarquías de grupo o de raza.

Esta posición ha sido fuertemente criticada, en el entendido de que "es absurdo pensar que las reglas comunes del derecho público y privado pueden ser observadas y observables por poblaciones que tengan tan diversa estructura social, tan diversas tradiciones y costumbres, tan distinto género de vida familiar y social" (35).

2. En otros casos se ha sostenido la necesidad de aplicar un sistema jurídico penal específico, para los indígenas.

Dentro de esta posición existe un sector minoritario, que sostiene la necesidad de que los indígenas sean juzgados en materia penal por un sistema completo especial aplicable a ellos (36), y aquella parte de la doctrina penal ampliamente predominante, que estima que en la ley penal general deben existir algunos preceptos especiales para considerar las características particulares de los indígenas, pero que no van hasta el punto de aceptar un régimen jurídico completo destinado especialmente a ellos.

En este último sector se encuentran, conforme a la sistematización propuesta por la Profesora YRURETA (37), los que propician la declaración de inimputabilidad del indígena (a), los que estiman que sus particularidades deben ser consideradas dentro de un examen de la personalidad del delincuente que permita una mejor individualización de la pena (b), y por último quienes parecen ubicar el problema dentro de los variados campos de la culpabilidad (c).

#### (a) Criterio de la Inimputabilidad

Se funda en una pretendida inferioridad en el indio, ya sea psicológica, social y económica, o debida a su "decadencia" por factores de vicio o ambientales y declaran que se debe contemplar dentro de la legislación penal una regla que reconozca su inimputabilidad.

El tratadista brasileño ANIBAL BRUNO (38) nos plantea que los salvajes no adaptados a la vida social de nuestro nivel, a las normas complejas que la regulan y a los criterios de valor de nuestros juicios, deben ser asimilados, desde el punto de vista de la inimputabilidad penal, a la categoría de los sordomudos, pues aunque no haya allí nada de teratológico o patológico, su condición los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva, en la cualidad y grado exigidos por el Código.

Agrega BRUNO que en los indígenas existen, además, ciertas tonalidades en sus procesos psíquicos y ciertos complejos afectivos que los determinan, bastantes para confirmar esa inimputabilidad.

Diversos autores han compartido esta posición (39), la que ha sido recogida por los Códigos Penales de Bolivia (arts. 17 y 18) y Código Penal de Colombia (art. 96).

Por cierto que este criterio se funda, como señalamos, en una posición paternalista o tutelar y en el supuesto de una pretendida inferioridad del indígena.

Francisco OLESA (aun tratando de pueblos africanos) explica que el indígena vive en un mundo diferente al nuestro, fruto del particular contacto del hombre con el medio que le influye y que a su vez, y en cuanto frente a él reacciona, es influido ... lo que impide que debamos juzgarlo psicológicamente con arreglo a nuestros propios patrones culturales... y exige apartar la idea de que la no coincidencia signifique en él mengua de facultades psíquicas (40).

(34) Así: GALLINO YANZI, Carlos: Imputabilidad (Los estados de barbarie), Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XV, pág. 243.

(35) COSENTINI, Francisco: Código Agrario para la República de Méjico, Revista Cubana de Derecho, Sección Doctrinal, Imprenta O Reilly 62, La Habana, enero-junio 1957, págs. 62 y 63; citado por YRURETA, Gladys, en op. cit. pág. 52.

(36) Posición del Profesor José R. MENDOZA en: Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del Indio, 2da. Edic., Madrid, 1956.

(37) YRURETA, Gladys: op. cit. pág. 57.

(38) BRUNO, Anibal: Direito Penal, Parte Generale, Tomo II, Editora Jurídica, San Pablo, págs. 137 y ss.

(39) En ciertos casos especiales así lo admite el tratadista español Luis JIMENEZ DE AZUA en su Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, pág. 847 y ss.

(40) OLESA MUÑIDO, Francisco: Régimen Jurídico-Penal del indígena en los territorios españoles del Golfo de Guinea, en Estudio Jurídico Penal y Penitenciario del indio, Edit. Instituto de Cultura Hispánica de Madrid, Madrid, 1956, pág. 231.

(b) Criterio de la regulación de la pena de acuerdo con el examen de la personalidad del delincuente.

De acuerdo con esta posición, la particular situación del indígena puede ser considerada penalmente como una circunstancia de atenuación de su responsabilidad penal, o como antecedente sobre su personalidad como imputado (41).

(c) Criterio que ubica el problema del indio dentro de la consideración de la culpabilidad.

En su Manual, ZAFFARONI, al referirse a la exclusión de la culpabilidad, observa certeramente que el error de prohibición cuando es invencible elimina la comprensión de la antijuridicidad; en ocasiones porque impide el propio conocimiento de la antijuridicidad, otras veces, porque aún existiendo tal conocimiento, falta en el sujeto una internalización suficiente de ella que le permita comprenderla. Expresa textualmente: "Se llama error de prohibición, al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza..." (42).

O sea que el problema del indígena queda así calificado como un error de comprensión culturalmente condicionado. Con ello el Profesor argentino alude y jerarquiza, siguiendo las modernas concepciones sobre la cultura, la internalización (aprendizaje) que desde niño se hizo de pautas de conducta diferentes. Más adelante agrega que este condicionamiento cultural no sólo puede originar el error de prohibición, sino que puede dar lugar también a otros tipos de errores tales como justificantes putativas, errores de tipo, etc.

3. A nuestro modo de ver, ZAFFARONI, al redactar el Informe Final sobre Sistemas Penales y Dere-

chos Humanos en América Latina, redimensiona sus conclusiones, en forma totalmente congruente con sus anteriores aportes sobre la necesidad de un fundamento antropológico del derecho penal.

a. Con relación al fundamento antropológico del derecho penal, el Profesor argentino ha escrito:

"En nuestra cultura el derecho penal es para el hombre y no el hombre para el derecho penal; el derecho penal es algo que le sirve al hombre para algo (que es significativo), y si no desentrañamos para qué sirve (su significación), le quitaremos al derecho penal su característica de hecho humano" (43).

Expresa más adelante:

"Para que el derecho penal tenga efectividad será menester que respete la condición humana: que sirva al hombre a partir de un reconocimiento del ser del hombre. Esto es la fundamentación antropológica. El derecho penal efectivo deberá estar antropológicamente fundamentado..." (44).

Para este autor, el derecho penal que no tenga la capacidad de servir como garantía externa de la existencia de los individuos integrantes de una comunidad dada, no será efectivo, sino que por el contrario generará permanentes tensiones sociales y conflictos que destruirán su eficacia.

Consecuentemente, no todo lo que tiene forma de ley es derecho, ni toda "Ley Penal" es "derecho penal", ya que cuando el Estado desconoce al individuo como "persona humana" rompe con una estructura lógico-objetiva, la norma no estará antropológicamente fundada y se reducirá su accionar a un mero ejercicio de poder que no es Derecho.

b. En el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, en estas elaboraciones sobre la necesidad de un fundamento antropológico del derecho penal se desarrollan e inspiran muchas de sus recomendaciones, especialmente al tratar el tema: "Desconocimiento de las culturas diferenciales".

(41) En esta posición: CENICEROS, José A.: Responsabilidad penal de los indígenas en Revista Jurídica de Criminología y Ciencias Penales, Bolivia, mayo 1945, págs. 59 ss, citado por YRURETA, Gladys, op. cit. pág. 65.

(42) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 4ta. Edición, 1985, pág. 543.

(43) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual... op. cit. pág. 301.

(44) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual ... op. cit. pág. 302.



En el citado capítulo expresa:

“Si bien no puede considerarse al indígena inimputable por el mero hecho de ser indígena, no cabe duda de que no puede exigírsele que internalice las pautas de una cultura que no es de su crianza y por ende, debe respetarse en relación al mismo el principio de culpabilidad y declararlo inculpaible cuando la diferencia de pautas grupales sea tal que no pueda reprochársele su conducción conforme a la pauta jurídica” (45).

Pero insistimos, será en las recomendaciones finales sobre el tema donde se plasma, en una síntesis admirable, la real proyección del pensamiento del Profesor argentino, por lo que nos permitimos transcribir su texto:

“Por lo expuesto, creemos que debe recomendarse:

1. La supresión de cualquier “medida” o “pena” que pretenda sustraer forzosamente a una persona de las pautas de su grupo cultural, salvo que se trate de pautas que atenten directamente contra la vida o la integridad física o la libertad de las personas.

2. La supresión de toda persecución o criminalización de grupos culturales o religiosos, sea en forma directa o con el pretexto de tutelar otros bienes jurídicos, por vía penal o policial.

3. La elaboración de conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpaibilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes.

4. Posibilitar la extinción de la acción penal o de la punibilidad en los casos en que haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o composición conforme a las pautas tradicionales de su grupo indígena y ello no repugne al respeto debido a la dignidad humana” (46).

(45) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Sistemas Penales ...* (Informe Final) op. cit. pág. 57.

(46) *Ibid.*, pág. 58.

(47) STAVENHAGEN, Rodolfo: *Derechos Humanos y Derechos Indios*, en *Revista Jurídica y Paz*, Año 1, No. 2, Méjico, febrero de 1986, pág. 9 y ss.

(48) BATISTA, Nilo: *Práticas penais no direito indígena*, en *Revista de Direito Penal*, orgao oficial do Instituto de Ciencias Penais do Rio de Janeiro, No. 31, Editorial Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 75.  
En el mismo sentido: FRIEDLANDER, Judith: *Ser indio en Hueyapan. Un estudio de identidad obligada en el Méjico contemporáneo*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1977.

## IV. CONCLUSIONES

### A) *Reconocimiento de la diversidad cultural*

1. En América Latina hay alrededor de 30 millones de indígenas distribuidos en más de 400 grupos lingüísticos (sólo en Méjico existen 56 grupos indígenas con una población total de cerca de 10 millones). En numerosos países del continente, los indígenas constituyen minorías demográficas, pero en algunos (Bolivia, Guatemala) son mayoría absoluta. En otros países, como en Méjico, aunque están en minoría en el nivel nacional, representan una neta mayoría en ciertas regiones o provincias (47).

2. El Profesor brasileño NILO BATISTA (48) en la misma línea de ROBERTO LYRA, -entre otros- ha subrayado acertadamente la existencia en las comunidades indígenas latinoamericanas de una normativa penal diferenciada que, aunque sencilla y a veces imbuída de elementos mágicos, tiene las características de un verdadero “derecho” por su probada efectividad para mantener el orden y el equilibrio necesarios dentro de esas comunidades.

3. Desde hace muchos años, a través de innumerables pronunciamientos y declaraciones, los propios grupos indígenas del continente reclaman el respeto a sobrevivir y desarrollarse como indios, concretamente como mayas, nahuas, miskitos, aymaras, quechuas, mapuches, yanomani, etc., en el marco de las sociedades nacionales. Reclaman el derecho a su cultura, a su lengua, a sus modos de vida y sus tradiciones a regirse por sus normas y jueces, y no aceptan que la modernización y el desarrollo signifiquen necesariamente la desaparición de sus culturas, algunas veces milenarias. En otras palabras, al etnocidio planteado por tecnócratas, juristas e indigenistas más o menos bien intencionados, los indios de hoy contraponen el etnodesarrollo cultural enraizado en su propia identidad y basado en su propia creatividad y dinámica.

4. Por último, debemos reiterar que en Latinoamérica existen otros grupos sociales en grado

de aislamiento cultural o de incorporación relativa, con patrones de regulación propios y ciertamente efectivos en su medio. En esa situación se encuentra un importante porcentaje de la población del continente debido a circunstancias derivadas del condicionamiento económico (habitantes de "villas miseria", "pueblos jóvenes", "cangreiles" "favelas", etc.), del aislamiento geográfico, religioso, etc.

*B) Sentido cultural de las normas y necesidad de un fundamento antropológico para un derecho penal garantizador*

A nuestro entender, la Cultura es un almacén de pautas de conducta (normas culturales), y el Derecho a un orden externo de conducta que refiere a la formalización normativa. Siendo el Derecho un orden externo de conducta no es posible concebir a un ser humano que haya internalizado totalmente el orden jurídico. Pero, precisamente para cumplir su función, el Derecho debe encerrar una aspiración ética: la de convertirse en pauta de conducta individual, debe aspirar a que los individuos puedan internalizar sus normas y se conduzcan de acuerdo con ellas.

Esta aspiración ética conlleva una obligación del Estado: la de reconocer la autonomía cultural del individuo y en tal sentido es un límite a su acción y un freno a sus desbordes. Entendemos, siguiendo a ZAFFARONI que cuando el Estado desconoce al individuo como persona culturalmente referida, rompe con una estructura lógico-objetiva, la norma no tendrá fundamento antropológico, quedando su accionar en mero ejercicio de poder que no es derecho.

Desde este enfoque, el derecho penal debe traducirse en su orden regulador de la conducta humana que en sus valoraciones reconozca la identidad cultural de los individuos, de lo contrario, se estará regulando la conducta de ficciones y no de hombres reales.

*C) Propuestas desde el ideal de la mínima intervención penal*

1. Estimamos finalmente que se hace imperioso excluir del marco normativo penal, aquellas prohibicio-

nes que en virtud de las diferencias de pautas grupales no puede pretenderse que las minorías étnicas u otros grupos sociales culturalmente delimitados cumplan. Este proceso decriminalizador, se ajusta a lo proclamado en varias Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos (49).

2. Acorde con ello, y a fin de cumplir con las exigencias mínimas de un orden justo, deben reconocerse como vigentes y válidas las normas de conducta social, sistemas de sanciones y procedimientos de aplicación de las mismas, tradicionalmente aceptados por esas mismas minorías culturales, excepción hecha de los casos extremos, en que las normas y valores vigentes en esas culturas resulten directamente lesivas a bienes fundamentales (vida, integridad, física, orden público).

3. En todo caso y subsidiariamente, de acuerdo con lo ya expresado, se puede acudir a una causa de inculpabilidad basada en la ausencia del conocimiento de la antijuridicidad de la acción para eximir de pena a aquel integrante de una comunidad cultural minoritaria, que en el caso concreto no estuvo en posición de conocer que su acción estaba reprobada por el ordenamiento normativo nacional.

No queremos terminar este tema sin recordar la Recomendación No. 3 de la Declaración de Barbados, documento indigenista fundamental, surgido del Simposio de antropólogos sobre fricción interétnica en América del Sur (enero, 1971).

"...3) El Estado debe reconocer el derecho de las entidades indígenas a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural, lo que en ningún caso puede limitar a sus miembros para el ejercicio de todos los derechos ciudadanos, pero que, en cambio, los exime del cumplimiento de aquellas obligaciones que entren en contradicción con su propia cultura" (50).

(49) Textos comprometidos según el Informe Final sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos, op. cit. pág. 55, son: la Declaración Universal, arts. 2 y 18; el Pacto Internacional, arts. 4, 14, 18, 26 y 27; la Declaración Americana, arts. 2 y 3, y la Convención Americana, arts. 1 y 12.

(50) Copilación del Proyecto Marandú. Documentos y Testimonios, Ediciones del Sol, Serie Antropológica, Buenos Aires, 1975, pág. 23.



## SOBRE LA AUTODEFENSA

**Dr. José María Tijerino Pacheco**  
*Fiscal General de la República*  
*Profesor de Derecho Procesal Penal*  
*Universidad de Costa Rica*

### SUMARIO

I. Noción de autodefensa. II. Exclusión de la heterodefensa. III. Exclusión de la autodefensa.

#### I. Noción de autodefensa

Entendemos por autodefensa la que ejerce el imputado por sí mismo, en contraposición con la heterodefensa o defensa ejercida en pro del imputado por un tercero. La autodefensa puede coincidir con la defensa material, que puede definirse como todo deliberado comportamiento del imputado con miras a obtener una resolución favorable en el proceso (1), pero no cabe identificar una con otra, en tanto y en cuanto la segunda se contrapone al concepto de defensa técnica o letrada, ya que la autodefensa puede (y generalmente debe) ser técnica, como cuando el imputado es profesional en Derecho. De manera que si bien toda defensa material es siempre autodefensa (2), no toda manifestación de la autodefensa es defensa material. La heterodefensa en nuestro sistema solo se admite en cuanto es técnica, de allí que no haya riesgo alguno de confusión si identificamos estas últimas y sí se vea como un contrasentido la heterodefensa que supuestamente ejercen quienes no son técnicos en Derecho, como por desgracia aún sucede en algunos rincones de nuestro país.

#### II. Exclusión de la heterodefensa

##### a) Normativa

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito en esta ciudad el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y ratificada por el Gobierno de Costa Rica el 2 de marzo de 1970, establece entre las garantías procesales el "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección..." (art. 8,2,d).

El más remoto antecedente de ese texto, en cuanto a la opción que plantea, parece ser el artículo 12 de la Declaración de Derechos de Massachusetts, de 1780, que habla del derecho del imputado "a que se le escuche suficientemente en su propia defensa a él o su abogado, cualquiera que sea la opción que prefiera..."(3).

No vuelve a ser enunciado en esa forma el derecho de defensa sino hasta en la última postguerra, en la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en 1950, concretamente en el artículo 6to, 3,c), que es precisamente el que ha dado lugar a una polémica en

(1) El concepto que tenemos de "defensa material" excluye todo lo que no sea deliberado comportamiento del imputado con miras a obtener una resolución favorable a sus intereses en el proceso. Disentimos así del criterio de BELING (Derecho Procesal Penal, trad. de FENNECH, Barcelona, Labor, 1943, p. 111) y PRIETO-CASTRO (Derecho procesal penal, con GUTIERREZ DE CABIEDES, 3ra ed., Madrid, Tecnos, 1987, ps. 131-132, y "La defensa", en Temas de derecho actual y su práctica, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979, p. 122), quienes incluyen en ella cierta actividad de los órganos encargados de la represión penal.

(2) Porque sólo puede ser ejercida por el imputado mismo.

(3) Cit. por ARTOLA, Los derechos del hombre, Madrid, Alianza, 1986, p. 97.

Italia en la segunda mitad de la década de los setenta respecto a un pretendido derecho del imputado a rechazar la asistencia de un abogado defensor.

La opción indicada encuentra una limitación en el artículo 80 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, que textualmente prescribe:

“El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogados o por el defensor público. Podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficiencia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso”.

Fácilmente se advierte que si se saca de contexto la primera oración del párrafo único que constituye la norma en examen, aquélla establece el derecho para el imputado de ser defendido por letrados. Derecho, no obligación.

Sin embargo, la segunda parte del texto, al condicionar la defensa personal a la “eficiencia de la defensa” (para mencionar la única de las condiciones que por ahora nos interesa), convierte en obligatoria la defensa técnica, puesto que la única forma de llevar a cabo una defensa eficaz (o “eficiente”, en la terminología del Código) es contando con los conocimientos jurídicos necesarios.

#### b) *La experiencia italiana*

Oportuno es determinar ahora si en el ordenamiento jurídico costarricense se puede presentar una situación análoga a la que afloró en Italia en 1976, en los célebres procesos llevados a cabo contra algunos miembros de las “Brigadas Rojas”, en Turín, y de los “Núcleos Armados Proletarios”, en Nápoles.

Como se recordará, en el primero de esos procesos los imputados revocaron el nombramiento de sus defensores de confianza y rechazaron a los que nombró el tribunal en sustitución de aquéllos.

Los defensores de oficio, BAROSIO, CHIAVARIO, LOZZI y SINISCALCO, profesores de derecho

procesal casi todos, sostuvieron que los imputados tenían derecho a rechazar la asistencia letrada, con fundamento en el artículo 6to, 3., c) de la Convención Europea, que dispone que todo acusado tiene el derecho de “Defenderse a sí mismo o tener la ayuda de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para remunerarlo, de ser asistido por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan” (4).

A grandes rasgos, sus argumentos fueron los siguientes: la *ratio* implícita del artículo 24, párrafo segundo, de la Constitución italiana, así como del artículo 6º, 3., c) de la Convención Europea, impone una consideración del derecho de defensa como posibilidad del contradictorio; parece, entonces, evidente que la defensa ejercida exclusivamente por el imputado deberá darse en los casos en que la presencia del defensor no garantice el contradictorio, como cuando el letrado llegue a estar en oposición con el imputado, sobre todo si esa oposición es insuperable y provocada por el mismo imputado.

Es evidente, agregan, que en tal caso solamente la mera autodefensa garantiza el contradictorio, que es en lo que consiste la defensa. El derecho de defensa, dicen, presenta modos diversos de desarrollo, entre ellos el rechazo de cualquier defensa; ésta atañe estrictamente a la parte y la introducción de la llamada defensa técnica es una actividad colateral con función colaboradora e integrativa. En la hipótesis de que el imputado rechace la defensa técnica, señalan, ésta no podría cumplir su función institucional, por lo que más bien devendría perjudicial para aquél.

Por otra parte, manifiestan, frecuentemente la conveniencia de excluir la autodefensa se ha querido fundar en la mayor libertad -y no únicamente en el mayor conocimiento- del defensor técnico; sin embargo, esa libertad viene a faltar clamorosamente en casos como el aquí examinado.

Debe agregarse a ello, puntualizan, que el choque que produce el rechazo consciente por el imputado de cualquier asistencia técnica, impide al defensor llevar a

(4) Cit. por ARTOLA, Los derechos del hombre, cit., p. 193.



cabo aquella actividad colaboradora, que es el fundamento de la defensa técnica. Además, indican, el derecho del individuo a defenderse del modo que considere más conveniente es irreprimible, so pena de caer en un régimen autoritario; de manera que el conflicto entre los intereses del individuo y los de la sociedad debe resolverse a favor del primero.

Por otro lado, alegan, la imposición a toda costa de un defensor no tutela sino que más bien perjudica los intereses sociales que pretende proteger, ya que es evidente que la presencia impuesta de defensores rechazados por los imputados incide negativamente en la forma serena, objetiva e imparcial que conforma el debido proceso (5).

A estos argumentos les hicieron frente tanto la magistratura como un sector mayoritario de la doctrina italiana resaltando, sobre todo, que la defensa técnica no impide la autodefensa sino que, al contrario, le sirve de apoyo (6); que del texto del artículo 6to,3.,c) de la Convención Europea no debe deducirse que al imputado se le ofrece una forma de defensa con exclusión de la otra, sino una garantía mínima de defensa que puede ser ampliada por cada ordenamiento estatal (7) y, con especial énfasis, que la defensa técnica no sólo es un derecho del imputado, del cual podría disponer libre-

mente, sino también una condición indispensable para la regularidad del proceso (8), un canon objetivo e indefectible de regularidad de la jurisdicción (9), una garantía del correcto desarrollo del proceso (10).

Se seguía así la tradicional posición doctrinaria de la que son representantes autores como MANZINI, para quien el defensor "deve essere sempre e per ogni conseguenza di diritto una persona diversa dall' imputato, perchè non si possono ammettere rinuncie a interessi che pur riguardando i privati, sono assunti dallo Stato come interesse pubblici e como garanzie di buona amministrazione della giustizia." (11); FOSCHINI, que ve en el defensor a quien "difende la parte non come individuo ma come appartenente alla collettività giuridicamente organizzata, il che vale quanto dire che difende, in un suo membro, la stessa collettività sociale; ecco perchè la sua è una funzione difensiva esplicata nel pubblico interesse (difesa pubblica)." (12); BELLAVISTA, que considera que "il difensore è uno strumento indispensabile perché la macchina del processo funzioni." (13); LUMIA, para quien la defensa técnica "constituisce la migliore salvaguardia degli interesse pubblici inerenti all' accertamento de la verità, che sarebbe compromesso, se il processo fosse dominato dall' impulso repressivo del pubblico ministero," (14); y PISANI, que habla del derecho-deber de la asistencia

- (5) "Incostituzionalità degli art. 125 e 128 C.P.P.", memorial presentado por los defensores de oficio ante la Corte de Assises de Turín, en Appendice I de AA. VV. Il problema dell'autodifesa nel processo penale, a cargo de GREVI, 6ta ed., Bologna, Zanichelli, 1982, ps. 170-176.
- (6) Así, CORTE DE ASSISES DE TURIN, "ordinanza" del 9 de junio de 1976, en AA. VV. Il problema dell'autodifesa..., cit., p. 163; SCAPARONE, Estensione e limiti dell'autodifesa dell'imputato, ibidem, p. 136; DENTI, "La difesa como diritto e come garanzia", ibidem, p. 56. La importancia de la defensa técnica como garantía del contradictorio no era, por otra parte, ajena a la doctrina italiana; GREVI ("Introduzione. Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa" en AA. VV., Il problema dell'autodifesa..., cit., ps. 9-13) hace una reseña del pensamiento de los autores italianos de finales del siglo pasado y principios del actual, en los que se manifiesta amplio consenso a este respecto, en contra de la posición minoritaria de algunos autores de la Escuela Positiva que, como GAROFALO y BUCCELLATI, se inclinaban por la tesis de la defensa facultativa. Más recientemente, en 1956, BELLAVISTA insistía en que la misma naturaleza dialéctica del proceso "vuole duello ad armi uguali e non sarebbero eguale le armi di un accusatore giurisperito e un accusato digiuno di diritto." (Lezioni di diritto processuale penale, 3a ed., Milano, Giuffrè, 1972 [1a ed., 1956], p. 187); PISANI, a su vez, recordaba en 1961 que la asistencia de letrado no incide solamente en el aspecto técnico de la defensa, sino también en el psicológico, que no es de menor importancia que el primero para lograr la eficacia de aquélla ("Aspetti e limiti dell'autodifesa dell'imputato", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1961, p. 289); en contra, CAVALLARI, "Il diritto dell'imputato al rifiuto della difesa tecnica", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1977, p. 849.
- (7) Así, GREVI, "Introduzione...", cit., p. 7; PISAPIA, "Processo senza difensori?", en AA. VV., Il problema dell'autodifesa..., cit., p. 126.
- (8) GREVI, "Introduzione...", cit., p. 25.
- (9) GIARDA, "La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione", en AA., Il problema dell'autodifesa..., cit., p. 69.
- (10) DENTI, "La difesa come diritto e come garanzia", cit., p. 48.
- (11) MANZINI, Trattato di diritto processuale penale italiano, 4a ed., II, Torino, UTET, 1952, ps. 477-478.
- (12) FOSCHINI, "L'autodifesa dell'imputato", Rivista penale, 1955, p. 790; asimismo en L'imputato. Studi, Milano, Giuffrè, 1956, p. 28, y en Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 234.
- (13) BELLAVISTA, "La difesa nella istruzione penale", Rivista penale, 1955, p. 785.
- (14) LUMIA, "Considerazioni sulla figura del difensore nel processo penale", Giustizia penale, 1958, III, p. 405.

técnica, porque importa para el imputado el derecho de no ser dejado solo y el deber de no quedarse solo (15).

Posición doctrinaria que también ha sido sostenida en España por autores como GOMEZ ORBANEJA, para quien "el interés público exige a la vez que el castigo del efectivamente culpable, la tutela del inocente (incluso en contra de su deseo o de su interés privado de ser condenado) y aun la del mismo responsable (para que no sea castigado más allá de su efectiva responsabilidad)", (16) y VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, que considera la defensa como una obligación porque "La persona no puede disponer de su libertad ni a la sociedad le es indiferente que se imponga una pena a un inocente, entre otras razones porque ello supone la impunidad del verdadero culpable". (17).

Consideramos que el ordenamiento jurídico costarricense no difiere sustancialmente del italiano en el punto que nos ocupa: la Constitución Política de Costa Rica consagra el derecho de defensa al declarar: "A nadie se hará sufrir pena sino (...) previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa.." (art. 39). Igual que la italiana, sólo se refiere a la defensa en su carácter de derecho subjetivo.

Por otro lado, el artículo 8.2.d. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es muy semejante al artículo 6to.3.c) de la Convención Europea, y del artículo 80 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica se deduce la obligatoriedad de la defensa técnica, como sucede con los artículos 125 y 128 del Codice di Procedura Penale de 1930.

Así las cosas, la experiencia extraída de la polémica italiana, que tuvo en vilo a la opinión pública al trascender de los ámbitos forense y académico a los medios de comunicación colectiva, no debe ser desaprovechada por un país con un ordenamiento procesal penal tan semejante al de Italia, como es el caso del costarricense.

Hasta ahora nadie ha cuestionado en Costa Rica la legitimidad de la defensa técnica obligatoria, pero es innegable que, dada la semejanza de la situación de las distintas formas de defensa con la que se presenta en Italia, existen las mismas condiciones que en el país peninsular dieron pie a la objeción referida.

Nosotros seguimos el criterio de la indispensabilidad del defensor porque la experiencia en el foro nos revela que ni el imputado con más ilustración puede asumir la totalidad de su propia defensa, y porque estamos también convencidos de que a la sociedad no puede serle indiferente la forma en que se reprimen los delitos.

El menos hábil de los defensores a la par de cualquier imputado ofrece mayores probabilidades de defensa que ese imputado solo, aunque éste sea el más versado de los hombres.

Este convencimiento de la necesidad de la defensa letrada no nos lleva, sin embargo, a identificar ese tipo de defensa con la defensa como un todo. FOSCHINI (18) advertía vehementemente sobre el peligro que encierra para el derecho de defensa, cuyo titular es el imputado, la tendencia a absorber y, en consecuencia, a anular la función defensiva de aquél por la del defensor.

Inquietud recogida recientemente por DENTI (19), que considera que la intervención del defensor no viola el derecho de defensa del imputado únicamente si se mantiene dentro de los límites de la asistencia y no llega a constituirse en representación (salvo en las escasas situaciones taxativamente establecidas en la ley, se entiende), y en España por SERRA (20), para quien la intervención personal del imputado en ejercicio de su defensa debe ampliarse en el ordenamiento español para evitar que se reduzca el papel de aquél al de "simple marioneta"; GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI

(15) PISANI, "Aspetti e limiti dell' autodifesa...", cit., p. 289.

(16) GOMEZ ORBANEJA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, Bosch, 1947, p. 109.

(17) VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, "La ausencia del acusado en el proceso penal", Revista de derecho procesal, Madrid, 1962, No. 3, p. 577, a la luz del ordenamiento español (LECRIM, art. 118); en cuanto al italiano, cfr. CARULLI, La difesa dell' imputato, 3a reedición, Napoli, Jovene, 1985, p. 94.

(18) FOSCHINI, "L' autodifesa dell' imputato", cit., p. 790.

(19) DENTI, "La difesa come diritto e come garanzia", cit., p. 56.

(20) SERRA, "El imputado", en Estudios de derecho procesal, Barcelona, Ariel, 1969, p. 696.



(21) y MORENO CATENA (22), que manifiesta su preocupación por el peligro de que la obligatoriedad de la defensa pueda resultar contraria a la misma defensa.

c) *Evaluación de la capacidad autodefensiva*

La Corte Suprema de los Estados Unidos, país en el que, probablemente por su individualismo, se ha dado tan poca importancia a la defensa técnica que en 1963 aún se discutía si los indigentes tenían derecho a ella (23), ha resuelto en el caso *Faretta v. California*, - U.S.- 45L. Ed. 2 d. 562,95 s. Ct. 2525 (1975) "that the Sixth Amendment guarantees the right of self-representation to a state criminal defendant who voluntarily and intelligently waives the right to assistance of counsel and who insists on conducting his own defense". (24).

Ello plantea una nueva cuestión: ¿Cómo valorar, no ya la voluntariedad de la decisión (aspecto harto difícil y delicado), sino su prudencia, su inteligencia? Semejante a ella es la determinación que debe hacer el juez costarricense, conforme con la segunda parte del artículo 80 CPP, de la posibilidad de que la exclusión del defensor no afecte la eficacia de la defensa.

Nuestro criterio es que esa valoración debe ser hecha sin poner a prueba en el proceso mismo la capacidad defensiva del imputado. De lo contrario resultaría éste expuesto a cometer errores de consecuencias quizás irreparables.

Pero, ¿con qué elementos de juicio cuenta el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público (en la información sumaria) para evaluar los conocimientos jurídicos de quien se manifiesta dispuesto a ejercer su propia defensa?

Realmente no dispone de ninguno que no sea la demostración de que el peticionario ha cursado estudios de Derecho. Mas, ¿en qué grado?, ¿cuántos cursos de la carrera de abogacía capacitan a un individuo para ejercer de defensor? Es difícil precisar al respecto; es discutible incluso que la conclusión de la parte teórica de los estudios universitarios baste para obtener dicha capacitación.

Por ello, nuestra opinión es que la capacidad autodefensiva plena sólo debe ser reconocida a los graduados en la carrera de Derecho y, a lo sumo, a aquellos que hayan aprobado la totalidad de los cursos de esa carrera.

Otro aspecto por considerar en tema de autodefensa en el ordenamiento costarricense es la segunda condición establecida por el artículo 80 CPP para que aquélla sea procedente: que no obste a la normal sustanciación del proceso.

NUÑEZ (25) se remite a una disposición del Código de Procedimiento Civil y Comercial argentino para señalar cuándo y cómo se obstaculiza la marcha regular del proceso: si el imputado "persistiere en presentar escritos impertinentes...". Nos parece que debe entenderse que el profesor sudamericano señala ese caso sólo a modo de ejemplo, pues es obvio que no es el único medio de entorpecer el desarrollo del proceso al cual podría echar mano el imputado so pretexto de ejercer la autodefensa en forma plena.

La experiencia italiana a la que nos hemos referido presenta el ejemplo de una evidente intención de poner obstáculos a la buena marcha del proceso (en este caso dentro de la estrategia revolucionaria definida por los extremistas de las "Brigadas Rojas" como "ataque al corazón del Estado") negándose los imputados a recibir asistencia técnica y a ejercer cualquier acto de verdadera defensa, con la consecuencia inevitable de la ruptura del equilibrio procesal entre órgano de la acusación y acusados.

Opinamos que un imputado contra el cual se haya dispuesto la prisión preventiva no está en condiciones de desarrollar ágilmente toda la actividad de defensa, para la cual se requiere absoluta libertad de movimientos.

El órgano jurisdiccional podría verse ante la disyuntiva de ver entorpecida la marcha del proceso y debilitada la medida cautelar de la prisión, por las constantes autorizaciones que tendría que otorgar al imputado para que lleve a cabo la búsqueda de pruebas

(21) GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, "Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, 1973, No. 4, p. 773.

(22) MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, Civitas, 1982, p. 15.

(23) Vid. KAMISAR, LA FAVE, ISRAEL, *Modern criminal procedure*, St. Paul, Minn, West Publishing, 1974, ps. 49-50.

(24) RUSH, *Dictionary of criminal justice*, Boston, Holbrook, 1977, p. 145.

(25) NUÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, Buenos Aires, Lerner, 1978, p. 97.

de descargo, o de poner obstáculos a la actividad defensiva de éste.

### III. Exclusión de la autodefensa

La ley prevé situaciones en las cuales resulta excluido el ejercicio de la autodefensa, atendiendo en algunas ocasiones a la voluntad del imputado y en otras a circunstancias que obligan a prescindir de ella (26). De allí la distinción entre exclusión voluntaria y exclusión forzosa, que veremos a continuación.

#### a) *Exclusión voluntaria*

Dos casos claros de exclusión voluntaria de la autodefensa contempla el código costarricense: el del imputado que decide hacerse representar por un defensor con poder especial en las causas seguidas por delitos no sancionados con pena privativa de libertad (art. 86 CPP), y el del imputado que, después del interrogatorio de identificación, desea alejarse de la sala de debates (art. 362 CPP).

En el primero de ellos estaríamos ante una renuncia total de la autodefensa, mientras que en el segundo la renuncia sería parcial (27).

Un tercer caso vendría a ser el contemplado confusamente por el artículo 444 CPP: el del querellado que, habiendo comparecido en fecha y hora fijadas para el debate, decide no participar en él; si es que aceptamos la interpretación que en ese sentido hace NUÑEZ (28) del artículo 463 del código cordobés de 1970

(homólogo del artículo 144 CPP). En este caso, aunque en forma tácita, el querellado estaría renunciando a toda defensa material en la audiencia.

#### b) *Exclusión forzosa*

El caso más evidente de exclusión forzosa de la autodefensa es el del imputado que es expulsado de la sala de debates en virtud del ejercicio del poder de disciplina del presidente del tribunal (art. 365 CPP) o del juez en el tribunal unipersonal o monocrático.

Otro caso es el que resulta de la situación prevista en el procedimiento por faltas y contravenciones en "lugares lejanos", cuando el imputado no se declara culpable en el mismo acto de comparecer ante el delegado de la Guardia de Asistencia Rural y posteriormente no comparece al juicio oral convocado por el alcalde. Ante esta situación la ley faculta al alcalde a "fallar conforme el mérito de las pruebas que consten en autos."

Si tomamos en consideración que en la práctica cotidiana se impide al imputado hacer cualquier alegato de defensa antes del debate, podemos comprender que la exclusión, no ya de de la autodefensa, de toda defensa, es total.

No obstante, la levedad de las sanciones en esta clase de procesos y la necesidad de cumplir con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, obliga a la resolución del caso aun sin oír al imputado, que debe cargar con las consecuencias de su rebeldía. Tratándose de delitos ello no sería razonable.

## BIBLIOGRAFIA

ARTOLA, Miguel. Los derechos del hombre, Madrid, Alianza, 1986.

BELING, Ernst. Derecho procesal penal, trad. por Fenech, Barcelona, Labor, 1943.

BELLAVISTA, Girolamo. Lezioni di diritto processuale penale, 3a ed., Milano, Giuffrè, 1972.

"La difesa nella istruzione penale", Rivista Penale, 1955, ps. 785-787.

CARULLI, Nicola. La difesa dell' imputato, 3a reedición, Napoli, Jovene, 1985.

CAVALLARI, Vincenzo. "Il diritto dell' imputato al rifiuto della difesa tecnica", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1977, ps. 842-858.

DENTI, Vittorio. "La difesa come diritto e come garanzia", en AA. VV. Il problema dell' autodifesa nel processo penale, a cargo de GREVI, 6a ed., Bologna, Zanichelli, 1982, ps. 48-56.

(26) Así, FOSCHINI, Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 245.

(27) En cuanto al segundo de los casos, en relación con el código italiano, así, FOSCHINI, Sistema..., I, cit., p. 246.

(28) NUÑEZ, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado, cit., p. 422.

- FOSCHINI, Gaetano. "L' autodifesa dell' imputato, Rivista penale, 1955, ps. 788-803.
- L' imputato, Milano, Giuffrè, 1956.
- Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, Giuffrè, 1956.
- GIARDA, Angelo. "La difesa tecnica dell' imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione", en AA. VV. Il problema dell' autodifesa..., cit., ps. 62-81.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, Bosch, 1974.
- GREVI, Vittorio. "Introduzione. Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa", en AA. VV. Il problema dell' autodifesa..., cit., ps. 1-38.
- GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino. "Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal", Revista de derecho procesal iberoamericana, Madrid, 1973, No. 2, ps. 757-800.
- KAMISAR, LAFAVE, ISRAEL. Modern criminal procedure, 4a ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1974.
- LUMIA, Giuseppe. "Considerazioni sulla figura del difensore nel processo penale". Giustizia penale, 1958, III, ps. 404-413.
- MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto processuale penale italiano, 4a ed., II, Torino, UTET, 1952.
- MORENO CATENA, Víctor. La defensa en el proceso penal, Madrid, Civitas, 1982.
- NUÑEZ, Ricardo C. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado, Buenos Aires, Lerner, 1978.
- PISANI, Mario. "Aspetti e limiti dell' autodifesa dell' imputato", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1961, ps. 288-290.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. Derecho procesal penal, (con GUTIERREZ DE CABIEDES, 3a ed., Madrid, Tecnos, 1987.
- "La defensa", en Temas de derecho actual y su práctica, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979, ps. 121-137.
- RUSH, George E. Dictionary of criminal justice, Boston, Holbrook, 1977.
- SCAPARONE, Metello. "Estensione e limiti dell' autodifesa dell' imputato", en AA. VV. Il problema dell' autodifesa..., cit., ps. 133-139.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. "El imputado", en Estudios de derecho procesal, Barcelona, Ariel, 1969.
- VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos. "La ausencia del acusado en el proceso penal", Revista de derecho procesal, Madrid, 1962, No. 3, ps. 567-591.



# INDEMNIZACION AL ABSUELTO QUE SUFRIO PRISION PREVENTIVA

*Lic. Javier Llobet Rodríguez*  
*Secretario de la Sala Tercera*

## Sumario

Introducción. I. Indemnización al sujeto que es declarado inocente como consecuencia de un recurso de revisión. II. Indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva. 1. Fundamento. 2. Legislación costarricense. Conclusión.

## Introducción

En la doctrina publicista se ha debatido sobre la responsabilidad civil del Estado-Juez (1). La admisión de ésta ha encontrado una gran resistencia. Uno de los supuestos que ha encontrado una mayor oposición del legislador es la indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva durante la tramitación del proceso. Un paso anterior a ésta es la aceptación de la indemnización al sujeto que es declarado inocente como consecuencia de un recurso de revisión. Por ello, primeramente nos referimos a esta última, para luego desarrollar lo correspondiente a la indemnización al absuelto (o sobreseído) que fue encarcelado preventivamente.

### I. Indemnización al sujeto que es declarado inocente como consecuencia de un recurso de revisión.

En la legislación comparada, generalmente se admite la responsabilidad civil estatal como consecuencia de que se declare con lugar un recurso de revisión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles, ratificado por Ley No. 4229 del 8 de noviembre de 1968, dice: "Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido".

En sentido similar, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por ley, en su artículo 10 señala: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

El Código de Procedimientos Penales costarricense en el art. 498 indica al respecto: "La sentencia de la que resulte la inocencia del penado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado, siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación civil sólo podrá acordarse a favor del condenado, o a sus herederos legítimos (2).

El fundamento de dicha indemnización es el principio de igualdad en las cargas públicas, derivado del de igualdad (art. 33 de la Constitución Política) (3).

- (1) Véase: Piza Rocafort (Rodolfo). Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1989, pp. 163-181; Alvarez Gendín (Sabino). Tratado General de Derecho Administrativo, Barcelona, Bosch, 1958, T.I. pp. 526-529; García de Enterría (Eduardo) y Fernández (Tomás Ramón). Curso de Derecho Administrativo, España, Civitas, 1988, T. II, pp. 343-346; Díez (Manuel María). Derecho Administrativo, Argentina, Plus Ultra, 1971, T.V., pp. 163-170; Tawil (Guido Santiago). La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, Argentina, Depalma, 1989, 175 p.; Vedel (Georges). Derecho Administrativo, España, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pp. 349-361; Nieto (Alejandro). Responsabilidad civil de la Administración Pública. En: Revista del Seminario de Derecho Administrativo, San José, 1981, p. 570.
- (2) Véase también lo dispuesto por el art. 108 del Código Penal, que estaría derogado en lo relativo a la indemnización como consecuencia de la absolutoria producto de un recurso de revisión, en lo que se opusiera al art. 498 del Código de Procedimientos Penales
- (3) Así: Castillo González (Francisco). El recurso de revisión en materia penal, San José, Colegio de Abogados, 1980, p. 249; Llobet Rodríguez (Javier). Código de Procedimientos Penales Anotado, Alajuela, Lil, 1987, p. 612; Díez (Manuel María), op. cit., p. 169.

## II. Indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva.

### 1) Fundamento

La doctrina ha indicado que un régimen adecuado de protección a los derechos humanos no debe limitarse a establecer la indemnización al imputado que es absuelto como consecuencia de un recurso de revisión, sino que debe admitir la indemnización al imputado que es absuelto (o sobreseído) luego de haber sufrido prisión preventiva (4). Se ha dicho que es indiscutible que el sujeto que se ve sometido a prisión preventiva y que luego es absuelto ha sufrido un daño que debe ser indemnizado. Dicho daño no es sólo material (por ejemplo los ingresos dejados de percibir mientras se permaneció en prisión), sino que principalmente es moral. Al respecto dice Hugo Alfonso Muñoz (5): "El daño moral, social y hasta físico y las condiciones en que queda el detenido inocente y sus familiares, constituyen formas de degradación muy serias que el Estado debe, si no evitar, mediante un trato especial a los indiciados, sí al menos compensar, indemnizando a aquellas personas que, a pesar de su inocencia, han pasado meses y hasta años en cárceles, sin razón alguna". El fundamento de la indemnización sería el

mismo que el de la indemnización que se otorga luego de declararse la inocencia del sujeto como consecuencia de un recurso de revisión, sea el principio de igualdad ante las cargas públicas (6). Sobre el punto indica Georges Vedel (7): "No hay diferencia sustancial entre el caso de un individuo retenido en prisión preventiva durante meses (con todo lo que supone de perjuicios materiales y morales) en interés del buen funcionamiento del servicio judicial y el de otro ciudadano que, en interés general y por necesidades del servicio público administrativo, sufre un perjuicio grave, anormal y especial que rompe, en su perjuicio, la igualdad ante las cargas públicas".

Ello ha llevado a que diversas legislaciones, como la francesa (8) y la alemana (9), hayan reconocido expresamente la procedencia de una indemnización al absuelto por el tiempo que sufrió prisión preventiva.

### 2) Legislación costarricense

El art. 108 del Código Penal de Costa Rica dice: "Estarán igualmente obligados a la reparación civil, los acusadores o denunciadores calumniosos. El Estado en forma subsidiaria y los acusadores particulares y denunciadores estarán igualmente obligados, cuando en

- (4) Señala Zaffaroni (Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final, Argentina, Depalma, 1986, pp. 94-95): "La circunstancia de que la Convención Americana únicamente prevea la reparación de errores judiciales, no significa que no interesen a los Derechos Humanos otras reparaciones, y fundamentalmente, la del procesado, cuando ha sufrido prisión preventiva y ha terminado absuelto. Este derecho sólo está reconocido expresamente en Panamá (art. 129 del Código Penal), cuando hubiese sido privado de libertad más de un año. En Bolivia parece establecerlo el art. 95 del Código Penal, pero insiste básicamente en la responsabilidad del funcionario. En muy pocos casos -casi anecdóticos- se conocen en América Latina reparaciones a procesados que han sufrido prolongadas prisiones preventivas, pese a que a la luz de las normas y jurisprudencia internacionales son notorias violaciones a Derechos Humanos". En igual sentido: Minvielle (Bernadette). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal. En *Doctrina Penal*, Argentina, No. 41, enero-marzo de 1988, p. 111.
- (5) Muñoz Quesada (Hugo Alfonso). Derecho a no ser sometido a torturas o tratamientos crueles. En: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, San José, Juricentro, 1980, p. 47.
- (6) Así: Piza Rocafort, op. cit., p. 179; Castillo González, op. cit., p. 250; Vedel, Georges, pp. 352 y 357; Llobet Rodríguez (Javier). El proyecto de Código Procesal Penal de La Nación (Argentina). En *Iustitia*, San José, No. 29, mayo de 1989, p. 19.
- (7) Vedel, Georges, op. cit., p. 352.
- (8) Ley No. 70-643 de 17 de julio de 1980. De acuerdo con dicha ley, la indemnización queda supeditada a tres condiciones: 1a. Es necesario que la víctima haya sido objeto de una medida de detención provisional de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal. 2a. Que el proceso a que corresponda esta detención provisional haya sido terminado por una decisión de sobreseimiento (que emane de una jurisdicción de instrucción) o de libertad o absolución (emanada de una jurisdicción correccional o criminal). 3a. La víctima tiene que haber sufrido un perjuicio manifiestamente anormal y de una especial gravedad (Tomado de Vedel, op. cit. p. 356. Consúltese también Piza Rocafort, op. cit., p. 165-166).
- (9) Ley de 8 de marzo de 1971 (véase: Gómez Colomer. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Barcelona, Bosch, 1985, p. 225; Piza Rocafort, op. cit., p. 166). El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, en Argentina (elaborado por Julio Maier, concede una indemnización tarifada en beneficio del sujeto del absuelto que sufrió prisión preventiva (arts. 422-424), dejando la posibilidad de que el reo que pretende haber sufrido daños mayores pueda reclamar una reparación mayor ante los tribunales competentes, renunciando al camino más simple de la reparación tasada (v. Maier, Julio. Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Argentina, Depalma, 1987, p. 668). Sobre la regulación en el Derecho Comparado de la indemnización al absuelto véase: Hoyos Duque. La indemnización de perjuicios en favor del absuelto. En *Nuevo Foro Penal*, Colombia, No. 34, octubre-diciembre de 1986, pp. 476-483.

virtud de recurso de revisión fuere declarada la inocencia del reo o cuando éste obtuviere sentencia absolutoria después de haber sufrido más de un año de prisión preventiva" (el subrayado no es del original) (10). Regula así este artículo lo correspondiente a la indemnización al absuelto que ha sufrido prisión preventiva. La redacción de dicha norma lleva a preguntarse si la indemnización al absuelto que sufrió prisión provisional por más de un año procede en todos los casos, o sólo cuando fuese condenado el acusador o denunciante por denuncia calumniosa. Al respecto dice Guillermo Padilla en la Exposición de Motivos al Código Penal (11): "... El contenido del art. 108..., obliga a la reparación civil a los acusadores o denunciados calumniosos o al Estado en forma subsidiaria cuando en virtud de un recurso de revisión fuere declarada la inocencia del reo o cuando éste obtuviere sentencia absolutoria después de haber sufrido más de un año de prisión preventiva...". Al establecerse la responsabilidad del Estado como subsidiaria con relación a los acusadores o denunciados calumniosos, hace ver nuestra ley, desgraciadamente, que solamente será procedente la indemnización cuando la prisión preventiva sea consecuencia de una denuncia calumniosa. Debido a que las condenatorias por dicho delito son muy escasas en nuestro país, la indemnización al imputado absuelto que sufrió prisión preventiva no tiene aplicación práctica, por lo que se requiere una reforma legislativa. No podría acudir para ampliar la indemnización a lo previsto por la Ley General de Administración Pública, al regular la responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración, ya que se refiere a la actividad administrativa del Estado, y no a la jurisdiccional (12).

Creemos que la indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva tiene sustento constitucional (13). En efecto, el art. 9 de la Constitución Política

establece que el Gobierno de la República es responsable. El art. 33 de la misma regula el principio de igualdad, del que se deriva el de igualdad ante las cargas públicas, que es precisamente el fundamento de la indemnización al absuelto (o sobreseído) que sufrió prisión preventiva. Por último, el art. 41 de la Constitución dice que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales.

De acuerdo con lo anterior, aun cuando actualmente sólo procede la indemnización al absuelto (o sobreseído) que sufrió prisión preventiva, en el supuesto previsto en el art. 108 del Código Penal, debe realizarse una reforma legislativa que amplíe dicho derecho. Nótese que establecer diferencias, para determinar la responsabilidad del Estado, entre el imputado absuelto debido a la certeza de su inocencia (que sería el supuesto en que cabría luego la condenatoria por denuncia calumniosa), y el imputado absuelto con base en el indubio pro reo, implica un quebranto al principio de inocencia (art. 39 de la Constitución Política), ya que tan inocente es uno como el otro.

La indemnización al absuelto (o sobreseído) que sufrió prisión preventiva debería otorgarse siempre y cuando no haya sido él quien haya motivado el dictado de la prisión preventiva, lo que ocurriría si hubiese tratado de eludir la acción de la justicia o de falsear la prueba (14). Lo anterior es coherente con lo dispuesto para la indemnización producto de la procedencia de un recurso de revisión (art. 498 del C.P.P.), ya que no corresponde ésta cuando el condenado con su dolo o culpa hubiese contribuido al error judicial.

(10) V. Código Penal. Alcance No. 120 A a la Gaceta, 1970, p. 47. Las diversas ediciones del Código Penal, basadas en un error en que se incurrió en la edición preparada por Atilio Vincenzi para el Colegio de Abogados en 1972, p. 93, omiten la "o" antes de "cuando éste obtuviere sentencia absolutoria después de haber sufrido más de un año de prisión, lo que ha provocado confusión sobre la interpretación del artículo. Véase: Edición revisada por Atilio Vincenzi, Lehmann, 1975 p. 40; Edición revisada por Atilio Vincenzi, Lehmann, 1982, p. 38; Edición revisada por Atilio Vincenzi, Lehmann, 1987, p. 40; Edición revisada por Ricardo Guerrero, Editorial Porvenir, 1983, p. 41; Edición revisada por Luis Guillermo Herrera y Rocio Herrera Montero, Editorial Porvenir, 1988, p. 41; Edición revisada por Jorge Guardia y Monserrat Romero, en Colección de Códigos, Verbvn, 1985, p. 482. No presenta el defecto la Edición de Legislación al Día, p. J-6-69. María de los Angeles Gómez Salgado (La prisión preventiva en el proceso penal costarricense, San José, Tesis de grado para optar al título de licenciada en Derecho, U. de C.R., 1981, p. 164) dice que el art. 108 del Código Penal fue derogado completamente por el art. 498 del C.P.P., pero ello no es correcto, ya que este artículo sólo regula lo concerniente a la indemnización como consecuencia de un recurso de revisión que prospera.

(11) Padilla (Guillermo). Exposición de motivos del Código Penal, San José, Alcance No. 120 A a la Gaceta, 1970, p. 32.

(12) Arts. 190-198 de la Ley General de Administración Pública, No. 6227.

(13) En igual sentido: Gómez Salgado, op. cit., pp. 166-167.

(14) Cafferata (Derechos individuales y proceso penal, Argentina, Lerner, 1984, pp. 73-74) indica que debe concederse el resarcimiento en aquellos casos de evidente impropiedad de la detención, cuando a pesar de ello, tales medidas fueron aplicadas durante el proceso.



En Costa Rica, durante el período en que fungió como Ministro de Justicia Hugo Alfonso Muñoz, él estuvo muy interesado en la aprobación de una normativa referente a la indemnización para los casos en que el sujeto ha sufrido prisión preventiva y no obstante ello luego es absuelto o sobreseído (15), aunque por razones presupuestarias nunca se llegó a dictar.

### **Conclusión**

En nuestro país, se ha admitido con amplitud la indemnización al sujeto que fue absuelto como conse-

cuencia de la declaratoria con lugar de un recurso de revisión. No ocurre lo mismo con respecto al sujeto absuelto o sobreseído que durante la tramitación del proceso sufrió prisión preventiva, ya que la regulación de la indemnización a dicho sujeto es demasiado estrecha, de modo que la norma no tiene aplicación práctica. El fundamento de la indemnización en ambos supuestos es el mismo: el principio de igualdad ante las cargas públicas, por lo que debe realizarse una reforma legislativa tendiente a reconocer en forma amplia la indemnización al absuelto o sobreseído que fue privado de libertad durante el proceso.

---

(15) V. Muñoz Quesada (Hugo Alfonso). Los derechos humanos desde el Ministerio de Justicia, San José, Ministerio de Justicia, pp. 195 y 197.

## IMPUTABILIDAD E INTOXICACION ALCOHOLICA

**Dr. Eduardo Vargas Alvarado**  
Jefe del Departamento de Medicina Legal  
del Poder Judicial de Costa Rica,  
Catedrático de Medicina Legal  
de la Universidad de Costa Rica

### SUMARIO

Aspectos psicológicos. Aspectos toxicológicos.  
Correlación médico-jurídica. Conclusión.

Como ha señalado el maestro español Gisbert Calabuig (1), la imputabilidad es un concepto jurídico de base psicológica. De este concepto dependen, a su vez, los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad.

Por su parte, señala el maestro argentino Terán Lomas (2) que en la imputación jurídica delictiva deben sucederse en orden lógico la imputabilidad, la culpabilidad y la responsabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad y requiere del sujeto:

1. Condición biológica, como la edad
2. Comprensión de la criminalidad de sus actos o capacidad de dirigir sus acciones.

La culpabilidad es el vínculo específico del sujeto con un determinado acto.

La responsabilidad corresponde a la punibilidad. "El sujeto no sólo es responsable cuando es culpable de una acción típicamente antijurídica, sino también cuando es punible" (Terán Lomas).

La imputabilidad es el presupuesto subjetivo de la culpabilidad, mientras la antijuridicidad es el presupuesto objetivo.

En el presente ensayo nos referiremos, desde el punto de vista médico legal, a los criterios que el jurista debe tener en cuenta para considerar la imputabilidad de un sujeto que ha actuado bajo un estado de intoxicación alcohólica aguda o embriaguez.

### Aspectos psicológicos

Sabemos que sobre la naturaleza de la culpabilidad hay tres concepciones: psicológica, normativa y finalista.

Nos interesa en este trabajo la concepción psicológica de la culpabilidad que tiene sus orígenes en el pensamiento de Carrara (3). Para el maestro italiano la culpabilidad es la fuerza moral subjetiva del delito. Esta fuerza resulta del concurso de cuatro requisitos:

1. Conocimiento de la ley
2. Previsión de los efectos
3. Libertad de elegir
4. Voluntad de obrar

El conocimiento de la ley y la previsión de los efectos conforman el "concurso de la inteligencia".

La libertad de elegir y la voluntad de obrar constituyen la fórmula "concurso de voluntad".

La intención nace del concurso de la inteligencia y de la voluntad. Carrara define la intención como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito.

(1) GIBERT-CALABUIG, J.A.: Medicina Legal y Toxicología, 3a ed. 1985, Fundación García Muñoz, Valencia, p. 599-610.

(2) TERAN-LOMAS, R.A.M.: Derecho Penal, Parte General, tomo 1, Astrea, 1980, Buenos Aires.

(3) CARRARA, Programa I, citado en TERAN-LOMAS, R.A.M.: Derecho Penal.

La inteligencia y la voluntad son las bases psicobiológicas de la imputabilidad.

El perito médico debe referirse únicamente a la alteración mental que afecte dichas funciones psicológicas.

### Aspectos toxicológicos

Es un principio fundamental de toxicología forense, que el diagnóstico de certeza de intoxicación se hace con base en el análisis de laboratorio.

Por su parte, es un principio fundamental de la Medicina Legal que cuando hay de por medio una intoxicación, el perito médico debe evaluar la condición de la conciencia (pensar) y de la voluntad (obrar) del sujeto, con base en el grado de intoxicación que presentaba durante la comisión del hecho que se le imputa.

Desde el punto de vista médico legal, la embriaguez o sea el efecto del alcohol sobre el cerebro equivale a una locura pasajera. Y para efectos de eximente o atenuante de responsabilidad deben considerarse los niveles de concentración del tóxico en la sangre.

Se pueden considerar cinco períodos en la intoxicación alcohólica aguda (4):

1. Prebriedad (alcoholemia de 10 a 100 miligramos de alcohol por cada 100 mililitros de sangre). Los reflejos se enlentecen, disminuye la visión y la audición. Suele haber euforia, agresividad y verborrea.

2. Ebriedad crepuscular (alcoholemia de 100 a 150 miligramos de alcohol por cada 100 mililitros de sangre). La visión y los reflejos están afectados en grado mayor. La atención y la memoria están disminuidos y hay trastornos de conducta. Es una forma de trastorno mental transitorio incompleto.

3. Ebriedad psicótica o completa (alcoholemia de 150 a 300 miligramos por cada 100 mililitros de sangre). Hay compromiso severo de las funciones mentales superiores, especialmente del juicio crítico. Al respecto conviene aclarar que como juicio crítico se ha denominado la "sensatez frente a situaciones reales" (Storring). Los trastornos de conducta son más acen-

tuados. Es una forma de trastorno mental transitorio completo.

4. Ebriedad sómnica (alcoholemia de 300 a 400 miligramos de alcohol por cada 100 mililitros de sangre). La actividad que puede persistir es automática. El individuo suele caer en un profundo sueño.

5. Ebriedad comatosa (alcoholemia por encima de 400 miligramos de sangre). Hay ausencia de reflejos. Hay inconciencia que va del estupor al coma, y el individuo puede morir.

### Correlación médico-jurídica

El artículo 42 del Código Penal costarricense dice:

"Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes".

La fórmula "comprender el carácter ilícito del hecho", quiere decir que el individuo "en el momento del hecho se haya dado cuenta de que su acción era una mala acción" (Bonnet) (5). Y darse cuenta es tener conciencia.

La fórmula "determinarse de acuerdo con esa comprensión" significa voluntad consciente, es decir, la voluntad encaminada hacia un fin.

El alcohol en concentraciones en sangre por encima de 150 miligramos por cada cien mililitros afecta tanto conciencia como voluntad.

Dice al respecto el maestro argentino: "No puede haber PENSAR sin SENTIR, ni tampoco puede haber QUERER sin PENSAR. Ya lo señalaron cada uno en su momento, Pessina e Impallomeni, al manifestar: la voluntad consciente es lo esencial del acto doloso" (5).

Y enfatiza Bonnet: "conciencia y voluntad, conciencia e intención, conciencia y acción marchan siempre juntas. Lo contrario sería negar realidad a la noción de vivencia como unidad de conciencia en donde con-

(4) VARGAS-ALVARADO, E.; Medicina Legal. 3a. ed, 1983, Lehmann Editores, San José.

(5) BONNET, E.F.P.: Psicopatología y Psiquiatría Forenses, Parte General, López Libreros Editores, 1983, Buenos Aires.



fluyen trinitariamente el pensar, el sentir y el querer, y donde, de igual modo, existe un presente relacionado con un pasado y proyectado siempre hacia un futuro”.

### **Conclusión**

Es un caso judicial en que se analice la imputabilidad del individuo que cometió un delito con una alcoholemia superior a 150 mg% no cabe aceptar la conservación de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, y al mismo tiempo disminución del control de impulsos. Es inadmisibile el desglose entre conciencia y voluntad.

El alcohol en esas concentraciones disminuye tanto la conciencia como la voluntad, y aún el afecto. En palabras de Bonnet, “ el pensar, el sentir y el querer”, son simultáneamente disminuidos.

Medítese entonces acerca de la responsabilidad que asume el juez que por ignorar la materia dicta sentencia con base en un dictamen en el cual no se han observado los siguientes puntos:

1. Si se trata de un delito cometido bajo el efecto de un tóxico, debe necesariamente analizarse el resultado cualitativo y cuantitativo del laboratorio toxicológico.

2. Si el tóxico actuó sobre el cerebro disminuyendo las funciones psíquicas, debe tomarse en cuenta que esa disminución es tanto sobre la conciencia como sobre la voluntad. Seguir los anteriores criterios debe ser la manera correcta de juzgar la imputabilidad de un sujeto que trasgredió la Ley bajo el efecto de una intoxicación alcohólica aguda. Lo contrario es malpraxis en Derecho.

## ELEMENTOS QUE PARTICIPAN EN LA INCIDENCIA DE ACCIDENTES DE TRANSITO

*Ing. Guillermo Matamoros Hidalgo*

### SUMARIO

Accidentes de tránsito. Fases de los accidentes. Fase de percepción. Fase de decisión. Fase de conflicto. Luego de la etapa de conflicto. Levantamiento de la información en el sitio. Ordenamiento de la información. Factores que influyen en los accidentes de tránsito. Estado del pavimento. Ingestión de alcohol en los conductores. Iluminación de las vías. Distribución de accidentes durante el día. Apreciaciones complementarias.

El campo de la seguridad vial es uno de los aspectos de especial importancia en el desarrollo de nuestro país. Día a día, la prensa se ve colmada de noticias sobre accidentes de tránsito, los cuales oscilan desde la colisión más simple hasta situaciones complicadas y violentas en las que seres humanos pierden su vida o quedan irremediablemente lisiados para el resto de sus días. En un país como el nuestro, cuyos recursos económicos son limitados, es preciso establecer las causas y situaciones comunes que presentan los percances, de tal manera que sea posible orientar las políticas correctivas en forma eficiente.

### Accidentes de tránsito

Un accidente de tránsito es el resultado de una distorsión de la armonía en el sistema "usuario-vehículo-vía" del transporte automotor y que tiene como consecuencia daños materiales o personales.

Los motivos por los cuales sucede el siniestro pueden radicar en uno, dos o bien los tres componentes del mencionado sistema. Numerosa cantidad de factores relativos a esos tres componentes pueden influir en los accidentes; por lo tanto, su análisis y la determinación de las razones que los provocan, constituyen un problema de variable complejidad. De esta manera, las causas reales de un siniestro pueden ser numerosas y, a veces, difíciles de determinar.

Generalmente, los accidentes de tránsito son atribuidos al factor humano y se señala al conductor o al peatón como causante. Este enfoque tradicional es bastante subjetivo, ya que hay detalles que pueden contribuir para que, al transitar los vehículos por cualquier tramo o punto de una vía, el riesgo de siniestro sea mayor. Entre estos, se pueden mencionar irregularidades en la superficie de rodamiento, inadecuada rugosidad en ésta, mala iluminación de la vía, obstáculos en la calzada, ancho de los carriles, ausencia de espaldones, falta de una buena señalización, bombeo insuficiente, drenajes mal dispuestos, pendiente de la vía, condiciones climáticas de la zona, etc.

Para tratar de determinar las causas reales de los accidentes, se debe estudiar el problema por medio de un registro que permita al investigador interpretar, de una forma cercana a la realidad, el modo en que sucede el siniestro.

Así será posible establecer las razones que los accidentes tienen en común, para tratar de corregir el problema, disminuir su incidencia y, si es posible, eliminarla.

### Fases de los accidentes

A pesar de la rapidez con que sucede, un accidente de tránsito no se presenta en forma instantánea. El siniestro es el resultado de un conjunto de hechos que acontecen en un lapso más o menos corto, los cuales conforman su evolución. Durante el transcurso de esas situaciones, los elementos que intervienen en el accidente se van encontrando sucesivamente en una serie de posiciones correlativas, hasta que se presenta el fatal resultado.

El tiempo y el espacio son dos aspectos que están íntimamente ligados con la evolución del siniestro. El tiempo puede ser analizado considerando los "instantes" que comprenden aquellos segundos o fracciones de éstos previos al accidente. El espacio lo componen aquellas zonas en las que se presentan los hechos,

dentro de las cuales se definen puntos en los que suceden acciones concretas. Así, las distintas posiciones de los vehículos o peatones participantes en la evolución del siniestro se definen por un instante y un punto. La unión de varias posiciones constituye una fase del siniestro.

En los accidentes de tránsito se presentan tres fases: la de percepción, la de decisión y la de conflicto. La primera de estas fases sucede en una zona más o menos amplia, que puede o no coincidir con las zonas de las fases siguientes. La fase de decisión sigue inmediatamente a la de percepción, aunque hay ocasiones en las que no precede a la de conflicto. Por último, la fase de conflicto es la única que puede presentarse sin que previamente hayan sucedido las dos anteriores.

### ***Fase de percepción***

Como se expuso anteriormente, una fase de accidente de tránsito se compone de varias posiciones, las cuales están constituidas por puntos y momentos. La fase de percepción se compone básicamente de dos posiciones, las cuales comprenden los puntos de percepción posible y el de percepción real. Estos se ubican dentro de la denominada área de percepción.

El punto de percepción posible es aquel en el cual el conductor debe percatarse de que una circunstancia anómala se presenta y que la misma puede provocar un accidente. Este punto se ubica en un lugar tal que un conductor que viaja a la velocidad de diseño, puede reconocer la situación que se está dando.

El punto de percepción real es aquel en el cual el conductor se da por enterado de que tiene ante sí la circunstancia desfavorable que puede desencadenar un siniestro.

Es claro que el punto de percepción posible es meramente teórico, mientras que el de percepción real es objetivo.

### ***Fase de decisión***

Una vez que el conductor tiene una percepción consciente o inconsciente del peligro que se presenta, se produce una fase de decisión en la cual se determina qué acción se debe emprender para hacer frente a la situación presentada.

El punto en el cual se define la acción evasiva por emprender es el punto de decisión, y el punto de iniciación de la acción evasiva es aquel en el que se emprende la determinación tomada. Aunque los dos

anteriores puntos son diferentes, pueden considerarse coincidentes, principalmente por la imposibilidad práctica de diferenciarlos.

La acción que ejecuta el conductor para evitar el accidente se conoce como acción evasiva y se realiza en un espacio denominado área de acción. En realidad, esta área comienza en el teórico punto en el que el conductor puede iniciar con comodidad una acción que lo lleve a evadir el peligro que se presenta.

El punto de decisión se encuentra siempre dentro del área de acción y los puntos de percepción posible y real también pueden hallarse dentro de la misma. En este último caso, el conductor estará en desventaja para evitar el siniestro.

### ***Fase de conflicto***

El último período de la evolución del accidente es la fase de conflicto. Se produce en el área del mismo nombre, la cual comprende el espacio en el que se desarrolla la posibilidad del siniestro.

El punto de conflicto es aquel en el que el accidente se consuma y corresponde a la posición de máximo efecto. Se encuentra siempre localizado dentro del área del mismo nombre. No obstante esta situación, en los accidentes que se producen como consecuencia de otro, o con el fin de evitar el primero (accidentes reflejos), el área de conflicto del principal será una, mientras que el punto de conflicto real puede estar situado fuera de aquélla.

Una vez que el siniestro se produce en el punto de conflicto, los vehículos, objetos o personas implicados en el percance no quedan instantáneamente inmóviles, sino que sobre ellos continúan actuando las fuerzas de reacción, e incluso, algunas que se derivan de dicha acción. La posición final es aquella que adoptan los vehículos y objetos cuando llegan a la inmovilidad.

### ***Luego de la etapa de conflicto***

Como ya fue indicado, el accidente se produce en un período de tiempo mínimo. Varios de los elementos señalados anteriormente quedan marcados con signos indudables, mientras que otros pueden deducirse por medio de las características fijas que presenta el siniestro.

La realización en oficina, de un croquis o esquema de las áreas, puntos y posiciones servirá al estudioso para hacer deducciones sobre el percance. Por medio de esto y otras pruebas que se practiquen, habrá



posibilidad de ubicar los puntos anteriormente enunciados. De esta manera, se podrá deducir cuáles fueron las posibles causas del accidente y relacionarlas con las de otros acaecidos en el mismo lugar o zona. Con esto posiblemente se determinen los factores comunes de los siniestros de esa localización, lo cual servirá para tomar las resoluciones tendientes a evitar que en lo sucesivo se repitan los accidentes en dicho sitio o tramo de vía.

### **Levantamiento de información en el sitio**

La base del estudio de los accidentes de tránsito radica en la información que se registra al respecto. Los datos que se incluyen en el registro deben ser los necesarios para que el estudioso y las autoridades judiciales se formen una idea clara de la manera en que se produjo el percance. El tipo de vehículo implicado, clase de vía, pendiente de esta, distancia de visibilidad, obstáculos presentes, señalización vial, estado de la calzada, ancho de la vía, amplitud de los carriles, ancho y estado de los espaldones, ubicación y estado de lámparas del alumbrado público, condiciones climatéricas, huellas de frenado, indicios de derrape, ubicación de trozos de vidrio, posible maniobra realizada por los conductores, indicios de pintura ajena a la del vehículo en su carrocería, detalle de daños, datos personales de los conductores, día, hora y cualquier otro detalle que se considere necesario debe ser consignado en el informe.

Un croquis detallado de la posición final que adoptan los vehículos y objetos cuando llegan a la inmovilidad es fundamental. Debe ser realizado por personal técnico que conozca los fundamentos del dibujo gráfico y la topografía. Cuanto más calificado sea dicho personal, mejor información se obtendrá, con los consecuentes beneficios para los posteriores estudios de seguridad vial.

Una narración de cómo ocurrió el accidente igualmente es beneficiosa para que al conjuntar todos los detalles antes mencionados, se obtenga una idea bastante cercana a la realidad de cómo ocurrió éste.

### **Ordenamiento de la información**

Un buen sistema de información es fundamental para emprender programas de seguridad vial, ya que permite conocer la magnitud y características del problema, con lo cual es posible valorar la eficiencia de las

medidas que se ejecuten para contrarrestarlo. El registro de accidentes se inicia con el informe que levanta la autoridad competente en el lugar de los hechos. Esa información debe acumularse en una oficina central, en donde se debe hacer una evaluación de la misma por parte de ingenieros o personal especializado.

Tradicionalmente, en distintas partes del orbe se han practicado varias formas de ordenar la información. Estas son archivos cronológicos (por fecha de accidente), archivos alfabéticos (por nombre del conductor), por algún sistema de numeración seriada o una combinación de estos métodos. Sin embargo, los métodos más recomendables son los que se fundamentan en el ordenamiento por ubicación del accidente.

La disposición de la información por localización del percance permite determinar de un modo práctico cuáles son los puntos o tramos de una vía que presentan mayor incidencia de los accidentes. De esta manera, el estudioso podrá establecer correlaciones entre los siniestros que ocurren en un determinado sitio y formular las medidas necesarias para disminuir la repetición frecuente de percances en ese lugar.

Acumular la información en forma general no es recomendable, ya que con esto las características que presentan los accidentes en un determinado punto, vía o región se esconden en un gran número de datos. Es absurdo pensar que se va a resolver el problema aplicando las mismas medidas en todo un país. Cada punto, cada vía, cada región presenta características propias y es necesario aplicar soluciones de acuerdo con estas.

Con el advenimiento de los sistemas de procesamiento electrónico de datos, se ha abierto una puerta que permite el ordenamiento y estudio de la información de manera eficiente. Este recurso hay que explotarlo debidamente, ya que los beneficios que por medio del mismo se pueden obtener son grandes.

### **Factores que influyen en los accidentes de tránsito**

Existe una cantidad bastante grande de factores que, aparte de la habilidad, condición anímica y física de los conductores, desempeñan un papel preponderante en los accidentes de tránsito. Entre los más comunes se encuentran el estado y condiciones de humedad del pavimento, estado general de la vía, ingestión de

alcohol en los conductores, iluminación de la vía, hora, día de la semana, distancia de visibilidad, velocidad de diseño y velocidad de tránsito.

### **Estado del pavimento**

Las condiciones en que se encuentre la vía pueden tener mucha influencia en el problema de los accidentes de tránsito. El estado de la superficie de rodamiento repercute directamente sobre la "distancia de frenado"; esta es, el espacio que recorre el vehículo después de que el conductor aplica el freno.

Cuando una vía presenta un alto tránsito diario, su pavimento está sometido a un efecto de pulimento importante por efecto de la constante fricción entre éste y las llantas de los vehículos. Dicho problema se acentúa si una parte significativa de este tránsito lo constituyen autobuses y vehículos pesados. Los mismos, por medio de sus continuas paradas y puestas en marcha, hacen que las zonas de la superficie de rodamiento en que se realizan tales maniobras pierdan rugosidad con mayor rapidez que otras partes de la vía. En esos lugares, el pavimento presenta un elevado pulimento y por consiguiente, un coeficiente de rozamiento bajo. Esta situación hace que ahí, la distancia necesaria para frenar la marcha de un vehículo sea mayor que en otros sectores o puntos de la vía que no están sometidos a ese tránsito pesado y sus maniobras.

Merece mucha atención el hecho de que el coeficiente de rozamiento para un pavimento húmedo no es el mismo que para una superficie de rodamiento seca. Este alcanza cifras aproximadamente 40 % menores. Con la calzada húmeda, la "distancia de frenado" se incrementa.

Al observar la superficie de una vía, la misma pareciera que es plana. Si la observación se hace con detenimiento, se nota que ésta debe presentar una leve inclinación del centro hacia los márgenes. Dicha inclinación se denomina el "bombeo" de la vía. Drenajes ineficientes y bombeo inadecuado propician la formación de una película de agua sobre el pavimento, con lo cual se presenta el fenómeno de hidropneumático que puede hacer que la distancia necesaria para frenar un vehículo, bajo esas circunstancias, aumente considerablemente con respecto a la condición de pavimento seco para una misma velocidad.

Para el Área Metropolitana de nuestro país, las estadísticas meteorológicas indican que en promedio, durante un 6 % del tiempo del año se presentan aguaceros cuya duración es superior a 45 minutos y a la vez su intensidad sobrepasa o se aproxima a un milímetro

en los primeros 10 minutos de precipitación. Estos aguaceros son los que dan la condición de pavimento húmedo a la calzada. Lo anterior implica que un promedio del 94 % del año se presenta la condición de pavimento seco.

De acuerdo con el registro de accidentes, un promedio del 18% de los mismos ocurre con la condición de pavimento húmedo y un 82% ocurre con el pavimento seco. Esto significa que durante los períodos de lluvia, la incidencia de percances se incrementa en más de un 250 %. Lo anterior refleja que realmente la disminución del coeficiente de rozamiento por acción de la lluvia conjuntamente con el fenómeno de hidropneumático ( el vehículo se desplaza sobre una película de agua y pierde contacto normal con el pavimento ) afectan la normal actividad del manejo y los conductores necesitan mayor distancia para detener sus vehículos o mayores radios para girar.

### **Ingestión de alcohol en los conductores**

La presencia del alcohol en la sangre de los conductores es un aspecto de relevancia en el análisis de los accidentes de tránsito. Una persona que maneja un vehículo después de haber ingerido bebidas alcohólicas ve disminuidas sus capacidades para la conducción, lo cual la ubica en clara desventaja ante la presencia de una situación peligrosa. Lo más grave es que esa persona, por la razón antes anotada, puede constituirse en cualquier momento, en el causante de una situación de peligro para conductores que viajan libres de los efectos del alcohol.

En nuestro país, la idiosincrasia de los conductores es tal que estos consideran ser muy solventes dentro de la actividad del manejo. El aspecto de la conducción después de haber ingerido bebidas alcohólicas no escapa a esa situación. No es extraño ver como al finalizar actividades sociales, hay personas que, luego de haber ingerido licor, manifiestan estar aptas para conducir un vehículo de regreso a su casa. Pruebas realizadas a gente que ha ingerido licor y que se considera en óptimas condiciones para desempeñar la función del manejo demuestran que, realmente, se presenta una clara disminución de su destreza para conducir. El alcohol produce un aumento en el tiempo de las fases de percepción y de decisión y además reduce la facultad de diferenciar la magnitud de los distintos estímulos que se presentan en la actividad del manejo.

Generalmente es en altas horas de la noche cuando las actividades sociales en salones de baile, discotecas, bares y otros centros llegan a su fin. Esto



coincide con el lapso de menor tránsito y vías descongestionadas, por lo que los conductores que provienen de esos lugares prácticamente tienen a su disposición las calles. El reducido número de accidentes en los que por lo menos un conductor ha estado bajo los efectos del alcohol es consecuente con lo anterior. Para el Área Metropolitana de nuestro país, menos del 9 % de los percances tienen al menos un implicado reportado con muestras de estar bajo los efectos del alcohol.

### ***Iluminación de las vías***

La iluminación de las vías merece especial atención en el tránsito vehicular. Cuando la densidad de vehículos es alta, este aspecto adquiere mayor importancia y se constituye en un factor muy influyente en la seguridad de la vía. Acciones ejecutadas en otros países, para dotar las vías de un buen sistema de alumbrado, han demostrado que es posible, con esto, reducir hasta un 30 % la incidencia nocturna de accidentes.

Hay varios criterios técnicos que son usados para evaluar la calidad del alumbrado, desde el punto de vista de la seguridad en el manejo. Entre los más importantes tenemos la eficiencia de la geometría de la instalación para la orientación visual, apariencia y rendimiento en color, nivel de luminancia y uniformidad del patrón de luminancia.

El criterio de eficiencia de la geometría de la instalación para la orientación visual consiste en ubicar la infraestructura y sus luminarias, de tal manera que transmitan al usuario una imagen que le ayude a identificar el curso de la vía.

El criterio de apariencia y rendimiento en color es algo que remite al tipo de luminaria que se empleará. Esto por cuanto los fabricantes ofrecen lámparas para alumbrado público que difieren en la composición espectral de la luz que emiten, con lo cual su apariencia de color y rendimiento de color son también distintos. Todo esto influye en el conductor en aspectos tan importantes como la distancia de visibilidad, agudeza visual, rapidez de percepción, deslumbramiento molesto, recuperación al deslumbramiento y capacidad de distinguir los colores. Así es como para iluminar una carretera se recomienda emplear un tipo de luminaria diferente al de una vía urbana.

El criterio de nivel de luminancia consiste en proveer a la vía de luz suficiente para que los conductores tengan seguridad de percepción.

La uniformidad del patrón de luminancia es la distribución de la luz, de tal manera que el contraste luz-sombra sea lo más bajo posible. Esto es que no haya puntos muy bien iluminados y puntos muy oscuros en la vía, sino una adecuada distribución de la luz.

En nuestro país, los organismos encargados de suministrar el servicio de alumbrado público no consideran criterio alguno de seguridad en el tránsito vehicular en la instalación de dicho servicio. Por esta razón, existen deficiencias en el sistema de iluminación, desde el punto de vista de seguridad en el tránsito. Esto aumenta la peligrosidad de conducir en horas de la noche. Proporcionalmente al número de vehículos que transitan por la noche con respecto al día, los estudios demuestran que la incidencia de percances nocturnos es un 30 % superior a la diurna; a pesar de que en horas de la noche los conductores disponen de vías descongestionadas.

### ***Distribución de accidentes durante el día***

Las circunstancias que rodean al conductor en cada parte del día influyen en los accidentes. Por las mañanas, el conductor generalmente se encuentra descansado, con la mente despejada y con condiciones de clima favorables. Durante las tardes, el cansancio se hace presente y las condiciones de manejo pueden ser afectadas desfavorablemente por la lluvia, tanto en el agarre del vehículo al pavimento como en una reducción de la visibilidad.

Los estudios realizados indican que, en promedio, la incidencia de accidentes de tránsito en horas de la tarde es superior en un 125 % con respecto a las mañanas.

La noche tiene varios aspectos que le dan mayor peligrosidad que el día. Hay una reducción en la visibilidad, los conductores se encuentran más cansados que en la tarde y se incrementa el consumo de licor. Afortunadamente, el tránsito promedio por la noche se reduce aproximadamente al 18 % del tránsito promedio diario.



## **Apreciaciones complementarias**

El tema de los accidentes de tránsito es un asunto muy comentado en nuestro país. Sobre el mismo se ha formulado siempre un enfoque tradicional, que señala como causante único de un percance al conductor del vehículo. Campañas de seguridad vial se enfocan a un simple "conduzca responsablemente" que tiene buena intención, pero desconocida efectividad.

Un cambio de actitud, dirigido a determinar los factores que contribuyen para que un punto de una ciudad o de una carretera presenten una repetición desmesurada de siniestros, es necesario. De mucha utilidad también sería que las autoridades encargadas de levantar la información en el sitio de un accidente de tránsito tengan cierto nivel técnico que les permitan consignar en sus informes datos útiles para un esclarecimiento real de las causas que rodean estos percances.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ASOCIACION MEXICANA DE CAMINOS. Manual de estudios de Ingeniería de Tránsito, México, Representaciones y Servicios de Ingeniería S.A., 1971.
- CAL (Rafael). Ingeniería de Tránsito, México. Representaciones y servicios de Ingeniería S.A. 1977.
- SECRETARIA DE ASENTAMIENTOS HUMANOS Y OBRAS PUBLICAS. Manual de Proyecto Geométrico de Carreteras, México, 1977.
- CENTRO DE INGENIERIA Y DISEÑO DE ALUMBRADO DE N.V. PHILLIPS. Manual de Alumbrado, Madrid, Editorial Paraninfo S.A. 3a. Edición.
- LAZO y SANCHEZ. Fisonomía de la Ingeniería de Tránsito, México, Editorial Limusa, 1979.
- MATAMOROS (Guillermo). Diagnóstico de la incidencia de accidentes de tránsito en el área central de San José, San José, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Ingeniería Civil. U. de C.R. 1984.

## EL DAÑO REFLEJO O POR REBOTE

*Un cambio jurisprudencial en materia de responsabilidad civil*

**Dr. Diego Baudrit Carrillo**

*Catedrático de la Universidad de Costa Rica*

### SUMARIO

I. Los caracteres generales del daño reflejo A. *Daño material* 1) Acreedores alimentarios 2) Otros acreedores B. *El daño moral reflejo*. 1) Los parientes de la víctima. 2) Los sujetos con vínculos de afecto con la víctima. II. Los mecanismos de la indemnización A. *iure proprio* B. *iure hereditatis* III. La evolución jurisprudencial A. *La reparación iure hereditatis*. B. *Es reparable como daño reflejo sólo el material*. C. *Es reparable todo daño reflejo, material o moral*.

Es principio general de derecho que todo el que causa un daño debe repararlo. Ese principio general está recogido en el artículo 1045 del Código Civil, que es de aplicación general a todas las disciplinas jurídicas. Hay reglas específicas que establecen las condiciones de imputabilidad del daño, en que se fijan las especies de la responsabilidad civil: subjetiva y objetiva.

Es clásica la enumeración que formuló POTHIER de los requisitos que debe tener el daño para que sea indemnizable: debe ser cierto, directo y personal (1).

Sobre esa base doctrinal se ha construido la elaboración legal y jurisprudencial de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual (denominada también esta última, responsabilidad civil delictual).

Se han reconocido las categorías genéricas del daño material y del daño moral. Es daño material el constituido por una lesión a los bienes, al patrimonio (la pérdida sufrida, daño emergente, y la ganancia no percibida, lucro cesante). El daño moral no constituye pérdida patrimonial, sino una lesión de derechos extra-patrimoniales o primordiales (derecho al nombre, a la imagen, al honor, a la consideración, a la integridad física), y en general, toda lesión a un interés moral (2).

Es situación normal que sea la víctima inmediata del daño la que reclame su reparación. Y a este esquema se refiere la regulación ordinaria de la responsabilidad civil, en la que se precisan las condiciones o requisitos necesarios para que los tribunales concedan la indemnización requerida.

Pero se presenta el caso de que el daño sufrido por la víctima inmediata es fuente de otros perjuicios, al lesionarse derechos o intereses de sujetos con los cuales esa víctima inmediata tiene relaciones de derecho o, al menos, se encuentra en una situación de hecho de la que surgen intereses jurídicamente relevantes (3).

Estos terceros perjudicados podrían estar legitimados para obtener indemnización de los daños sufridos, aun cuando no sean la víctima inmediata, en virtud de la teoría del daño reflejo o por rebote (expresión que traducimos del francés, en que se conoce este tipo de

(1) POTHIER, "Tratado de las obligaciones", versión de la ed. de 1824 por M.C. de las Cuevas, Ed. Heliasta, Bs. Aires, sde, Nos. 159 a 172.

(2) CARBONNIER (Jean), "Droit civil. Les obligations", 9a. ed., P.U.F., Colección Thémis, París, 1976, Nos. 88 y 89.

(3) VINEY (Geneviève), "LA RESPONSABILITÉ: conditions", en el "Traité de droit civil, sous la direction de JACQUES GHESTIN", tomo IV, L.G.D.G., París, 1982, No. 304.

daño como "dommage par ricochet").

En presencia de una interesante sentencia que nos fue comunicada gentilmente por los licenciados Javier Llobet y Juan Marcos Rivero, directores de la revista **Ciencias Penales**, señalaremos los caracteres generales del daño reflejo (I) y los mecanismos para su indemnización (II), para informar de la evolución jurisprudencial en la materia (III).

## I. Los caracteres generales del daño reflejo

Como todo daño susceptible de ser reparado por una indemnización decretada judicialmente, el daño reflejo puede ser material o moral. El daño, necesariamente, debe reconocerse como "una lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de tutela (esto es, dotado de relevancia axiológica positiva)". (4)

Por ello, reviste particular importancia determinar en la medida de lo posible quiénes ostentan la titularidad de ese interés en los dominios del daño material y del daño moral.

### A. El daño material reflejo

Existe daño material en la medida en que hay pérdida patrimonial. Entonces, si la acción u omisión dañosa en perjuicio de quien hemos llamado la víctima inmediata provoca pérdidas patrimoniales en terceros, por una unidad de efectos de la acción u omisión, tales terceros perjudicados -en principio- tendrían derecho a que se les indemnizara ese daño material o patrimonial.

#### 1) Acreedores alimentarios

Claramente se concibe el daño material reflejo en las hipótesis de acreedores alimentarios de una persona que ha fallecido o ha quedado inhabilitada permanentemente en virtud del daño. Esos acreedores alimentarios pierden la fuente de su crédito, que es el

deudor de alimentos, que no puede ser sustituido por mecanismos de garantías o subrogaciones. En ese caso, el responsable del daño inmediato debe reparar el daño material reflejo.

La posición del acreedor alimentario, como sujeto legitimado para obtener indemnización del daño reflejo, se reconoce expresamente en nuestra ley penal: artículos 128, 129, 130 y 131 del Código Penal de 1941. Tales reglas establecen el requisito de que esos sujetos legitimados sean acreedores alimentarios, lo que necesariamente supone una relación de parentesco (de derecho o de hecho).

El parentesco generalmente se considera como una condición indispensable para lograr la legitimación dirigida a obtener la indemnización por el daño reflejo, sobre todo en el de naturaleza moral (5).

#### 2) Otros acreedores

La calificación de la legitimación para obtener la indemnización por daño reflejo depende del criterio del juzgador. Es un juicio de valor el que se expresa al determinar cuál es el interés "jurídicamente relevante" o "jurídicamente protegido".

Un sector de la doctrina se inclina a desechar la legitimación de acreedores diferentes de los alimentarios. El argumento principal para sostener esta posición es que se trata de "un derecho de crédito que, como tal, agota la defensa del interés del propio titular en el ámbito interno de la relación, obligatoria, frente al sujeto pasivo del mismo" (6).

Sin embargo, debe apuntarse que otro sector de la doctrina sostiene que "no está excluido que el intuitus personae impregne un contrato a tal punto que el deceso de un contratante pueda fundar una acción en responsabilidad ejercida por su cocontratante contra el autor del accidente" (7).

(4) PÉREZ VARGAS (Víctor), "Responsabilidad civil extracontractual", INS, San José, 1984, pág. 45. CARBONNIER, op. cit. No. 90.

(5) CARBONNIER, op. cit. No. 89. WEILL (Alex) y TERRÉ (François), "Droit civil. Les obligations", 2a. ed., Précis Dalloz, París, 1975, No. 613. DE CUPIS (Adriano), "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", trad. de la 2a. ed. italiana por Angel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975.

(6) DE CUPIS, op. cit., No. 113.

(7) WEILL y TERRÉ, op. cit., No. 613.



Llegados a este punto, consideramos que debe analizarse detenidamente la relación jurídica existente entre la víctima inmediata del daño y su acreedor que pretenda indemnización por daño reflejo. Si se trata de una efectiva pérdida patrimonial, que caracterice un daño material, debe acordarse la legitimación y la consiguiente indemnización.

Pero esa "efectiva pérdida patrimonial" debe identificarse plenamente, en el sentido de que el acreedor pierde todo recurso o acción para satisfacer su crédito del obligado inmediato, ya sea porque éste perezca o porque quede imposibilitado material o jurídicamente para realizar ese interés con ocasión del daño inmediato que sufrió.

#### B. El daño moral reflejo

Al considerarse anteriormente el daño material reflejo, creemos haber dejado claro que el perjuicio por rebote se origina como consecuencia de haberse producido un daño directo contra la víctima inmediata. Pero debemos insistir en que ese daño reflejo es también directo, causado por la misma acción u omisión que lesionó a la víctima inmediata.

En la hipótesis del daño material reflejo, esa situación se presenta en términos similares a los que acabamos de comentar.

En efecto, si alguien lesiona los derechos de una persona que apreciamos, nosotros sufrimos al menos lo que se llama un "perjuicio de afección" con esa situación (8). Ese tipo de perjuicio, que es el producto de un atentado contra nuestros derechos de la personalidad, debe ser reparado por el sujeto a quien deba imputarse jurídicamente.

No es sencillo establecer qué sujetos están legitimados para reclamar la indemnización por este tipo de

daño, puesto que hay una cierta preferencia para excluir a quienes no son parientes cercanos de la víctima de esa legitimación.

#### 1) Los parientes de la víctima

Hemos creído constatar una especie de presunción en la doctrina de que los parientes cercanos de la víctima inmediata sufren daño material reflejo por el percance ocurrido a ésta (9).

El estado de esta cuestión en derecho costarricense será analizado más adelante, al referirnos a la evolución jurisprudencial de la materia. Pero es interesante notar que en países como Francia, han sido los Tribunales -y no la ley- los que han reconocido a las víctimas reflejas el derecho de ser reparadas.

Fue una decisión de la Corte de casación francesa (Chambre des requêtes) de febrero de 1931, la que estableció que "en lo que concierne al perjuicio moral, que si el artículo 1382 del Código Civil, por la generalidad de sus términos, se aplica tanto al daño material como al daño moral, es necesario sin embargo que la acción en indemnización sea fundada en un interés de afección nacido de la relación de parentesco o de alianza que unía la víctima del hecho dañoso con aquel de sus causahabientes que demanda por ello reparación" (10).

Esta exigencia, en sistemas de derecho diferentes al francés se fundamenta en que "el organismo ético-jurídico de la familia justifica la protección externa de los intereses patrimoniales y de aquellos que no son patrimoniales respecto a las personas ligadas por un vehículo familiar suficientemente intenso que pueda permitir tal protección" (11).

Esa justificación parece, entonces, fundar más bien una presunción irrefragable de daño reflejo, más

(8) WEILL y TERRE, op. cit., No. 615.

(9) CARBONNIER, op. cit., No. 90.  
COLOMBO (Leonardo), "Culpa aquiliana", 2a. ed., Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1947, No. 236.  
MAZEAUD (H., J., y L.), y CHABAS (François), "Leçons de droit civil, OBLIGATIONS: Théorie générale, Tomo 2, vol. 1., 6a. ed., Ed. Montchrestien, París, 1978, No. 604.  
PEREZ VARGAS (Victor), "Nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil", Revista Judicial No. 42, San José, marzo 1989, p. 134.  
WEILL y TERRE, op. cit. No. 615.

(10) Citado por VINEY, op. cit. No. 308.

(11) DE CUPIS, op. cit. No. 120.

que analizar una lesión a sentimientos o afectos. Estarían legitimados para ser reparados por daño reflejo, en esa óptica, los parientes más cercanos de la víctima inmediata, en razón de su parentesco, no por lesión de sus afectos.

No nos parece adecuada la argumentación de que con la simple demostración del vínculo familiar habría posibilidad de obtener reparación del daño moral reflejo, puesto que se estaría creando una especie de responsabilidad civil objetiva, que falsearía el fundamento filosófico jurídico de la reparación del daño moral, que es precisamente la lesión de los derechos de la personalidad.

2) Los sujetos con vínculos de afecto con la víctima.

La exigencia del parentesco aparece, pues, más que como elemento para demostrar el lazo de afecto entre víctima inmediata y víctima reflejo, como un resultado de la protección de los vínculos familiares y de la institución de la familia en general.

Pero los tribunales franceses han abandonado definitivamente esa exigencia, para sustituirla por la necesidad de la prueba del lazo afectivo (12).

En esa forma, quien pretende haber sido lesionado reflejamente en sus derechos de la personalidad por la acción u omisión que dañó a la víctima inmediata, debe probar el vínculo de afección -aparte, desde luego, el daño moral propiamente dicho-

## II. LOS MECANISMOS DE LA INDEMNIZACIÓN

Hay una fuerte tendencia doctrinaria de reconocer un derecho al resarcimiento por lo que se denomina (correcta o incorrectamente) daño reflejo, tanto en el dominio del daño material como en el del moral. Ese

derecho, sin embargo, se pone en operación por diferentes mecanismos, ya que en algunas hipótesis se reconoce a la víctima reflejo un derecho propio, mientras que en otros casos lo que se le acuerda es un derecho por causa de herencia.

### A. *lure proprio*

El daño, entendido como una noción de puro hecho, a la que no deben introducirse elementos jurídicos para su calificación (13), es tomado en consideración para acordar su reparación, como queda dicho, cuando es directo, cierto y personal.

La teoría del daño reflejo se ha simplificado, para determinar que los titulares de la acción de reparación la tienen a título propio.

Se ha llegado a esa conclusión con los argumentos de que "La indemnización por accidente que causa la muerte de una persona no puede estimarse como un derecho incorporado al patrimonio de la misma, por la simultaneidad del nacimiento de tal derecho y el óbito de quien no puede ya ostentar personalidad jurídica para asumirlo: de aquí que la legitimación activa no implique la demostración de ser heredero del damnificado sino la del perjuicio directo sufrido por una persona distinta a causa del daño que genera la culpa extracontractual...." (14).

Se reafirma que la legitimación de los sujetos lesionados por reflejo por daño directo a un pariente cercano para reclamar su indemnización, respecto al daño no patrimonial tiene carácter autónomo, por lo que puede hablarse de una legitimación para obrar jure proprio, fundada en los vínculos de afecto con la víctima directa y no en cualidad hereditaria alguna (15).

El principio general es, en consecuencia, que toda persona que pruebe haber sufrido un daño personal por "contragolpe" del que ha lesionado a la víctima inicial, puede obtener reparación (16).

(12) VINEY, op. cit. No. 308.  
MAZEAUD y CHABAS, op. cit. No. 605-606.

(13) RODIERE, Rene; "Responsabilité", Nos. 1605s, Répertoire civil, 2a. ed., Encyc. Jur. Dalloz

(14) YAGÜEZ (Ricardo de Angel), "Lecciones sobre responsabilidad civil", Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 1978, pág. 123. En igual sentido, DE CUPIS, op. cit. No. 117.

(15) DE CUPIS, op. cit. No. 120.

(16) VINEY, Nos. 310 ss.  
COLOMBO, op. cit., No. 242.  
DE GASPERI (Luis) y MORELLO (Augusto M.), "Tratado de Derecho Civil", Tomo IV, "Responsabilidad extracontractual", T.E.A., Buenos Aires, 1964, No. 1752.

No es obstáculo a ese principio la observación de que esas víctimas alegan a título personal (o propio) daños directos (17), por lo que no puede hablarse con propiedad de daños reflejos. En todo caso se trataría de imprecisiones terminológicas, que quedarían cubiertas por recoger la aplicación del principio general de derecho de que todo daño debe ser indemnizado por su responsable.

Si en derecho costarricense se pusiera en duda la aplicación de esta teoría, por no estar recogida expresamente en el artículo 1045 del Código Civil (y tratándose de responsabilidad derivada de hechos punibles, en la regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1941), tal duda quedaría disipada con la lectura del artículo 59 del Código Civil, que incorporó a la ley escrita la regla específica de la reparación del daño moral.

#### B. *lure hereditatis*

El otro mecanismo que se ha utilizado para reconocer el derecho de los sujetos dañados por reflejo, es acordarles una acción derivada de la que tenía su causante (dentro de la hipótesis, desde luego, de que la víctima inmediata haya fallecido a causa del hecho dañoso).

De esa manera, aún modernamente, se invoca con frecuencia una "transmisión" del derecho de la víctima a favor de sus herederos, para poder acordar la reparación del daño (18).

Pero debe distinguirse netamente que esa situación se presenta sólo cuando ha fallecido la víctima inmediata, y el derecho que se hereda es el que había entrado en el patrimonio de tal víctima con motivo de su

muerte -lo que resulta contradictorio, puesto que ningún derecho podría haberse constituido en el patrimonio del difunto, una vez fallecido (19)-.

Criticable esa solución por ser discutible que haya podido consolidarse un derecho a la reparación del daño moral en el patrimonio del difunto, lo que es más por cuanto la acción de daños y perjuicios correspondiente aparece como una de esas acciones vindictam spirantes que se extinguen con la muerte de su titular (20).

En nuestra opinión, un derecho hereditario a participar en la reparación de un daño moral, sólo podría concebirse en el caso de que la víctima inmediata hubiera incorporado ese derecho a su patrimonio -lo que plantea un problema que no se trata en estos comentarios, cual es las condiciones y el momento de la consolidación del derecho de pedir indemnización por daño moral, y, posteriormente, lo hubiera transmitido por la apertura de su sucesión (21)-.

### III. LA EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Nos referiremos de manera esquemática al desarrollo que han tenido las ideas que expusimos anteriormente en las decisiones de la Corte de casación.

Tres son las etapas que pueden definirse en ese desarrollo. En una primera, los altos jueces reconocieron derecho para pedir reparación del daño material reflejo únicamente a los herederos de la víctima inmediata; en una segunda etapa se consolida el principio de que sólo el daño material reflejo es reparable, para llegar a una tercera etapa, en que se reconoce el principio general de que todo daño debe ser reparado (22).

(17) WEILL y TERRE, op. cit., No. 613.

(18) YAGÚEZ, op. cit.  
DE CUPIS, op. cit. No. 122.  
CALVO PICADO (Gerardo), "El problema de la transmisibilidad a los herederos de la acción para la reparación del daño moral sufrido por el difunto: soluciones doctrinales y jurisprudencia francesa al respecto y su solución en Costa Rica", Revista Judicial No. 17, San José, Set. 1980, p. 33ss. en que cita fallos de la Cámara mixta de la Corte de casación francesa, en que se considera que el derecho de reparación por daño moral se incorporó al patrimonio de la víctima fallecida, casos en los cuales es difícil encontrar la noción de "daño reflejo". Véase al respecto MAZEAUD y CHABAS, op. cit. No. 420.

(19) YAGÚEZ, op. cit.

(20) CARBONNIER, op. cit. No. 90.

(21) Sobre la distinción de la acción de los parientes y la acción propia de los herederos, véase MAZEAUD y CHABAS, op. cit. No. 607.

(22) CALVO PICADO, op. cit., hace referencia a sentencias del Tribunal de casación e instancia en que ha habido pronunciamientos al respecto.



#### A. La reparación iure hereditatis

La sentencia cuyas consideraciones pasaremos a copiar es característica de esta etapa, en que sólo se reconocía derecho de percibir indemnización del daño a los herederos de la víctima inmediata, con el carácter de derecho derivado y no de derecho propio.

Sala de casación, sentencia de las 9 horas y 15 minutos del 20 de octubre de 1933 (II, 472).

"1o.- La reparación que establece el inciso 2o. del artículo 209 del Código Penal, se cumple pagando el penado a los herederos del ofendido una suma que debe regularse teniendo en cuenta la fortuna del reo y las necesidades de dichos herederos, sin que pueda ser inferior a mil colones; pero en el caso previsto en dicho texto legal, las personas acreedoras a la indemnización, son aquéllas a quienes corresponda la herencia cuando se abra la sucesión con arreglo al artículo 520 del Código Civil. La muerte del heredero o herederos del occiso no puede hacer variar ni la persona del acreedor ni la entidad y condiciones legales de la obligación.

2o.- Los demandantes carecen, por lo dicho, de un derecho suyo propio para hacer el reclamo y no tienen la calidad de representantes de su padre fallecido...

3o.- El derecho a la indemnización no se extinguió por la muerte / del ofendido/...; pero el ejercicio de la respectiva acción le corresponde a quien o quienes representen sus derechos".

La posición de la Corte de casación en este caso es rígida (ateniéndonos a la redacción de la legislación penal vigente en la época): no hay derecho para pedir indemnización del daño más que para la víctima inmediata.

Ese derecho, por lo demás, no se extingue con el fallecimiento de ésta, "pero el ejercicio de la respectiva acción le corresponde a quien o quienes representen sus derechos".

De esa manera, se eliminaba totalmente la figura del "daño reflejo", para enfrentarse en forma exclusiva al daño sufrido por la víctima inmediata.

#### B. Es reparable como daño reflejo sólo el material

Cas. 14 horas y 50 minutos del 6 de marzo de 1951. (I, 202).

"III.- Que al denegar la Sala de instancia el daño moral reclamado por los actores, se funda en que, según lo ha

establecido la jurisprudencia repetida del Tribunal de Casación, nuestro derecho no abre campo a esa reparación, a no ser cuando afecte la honra, la dignidad o la honestidad de las personas...

IV.- Que siendo en el caso concreto terceros -padres del occiso-, los reclamantes del daño moral, conviene analizar si nuestro derecho positivo extiende a éstos tal indemnización, o si sólo la concede para el propio ofendido. ...

V.- Que si bien es cierto que el artículo 122 /del Código Penal/ en su inciso 2) preceptúa que "La reparación civil comprende: ... la del daño material y moral", en los artículos siguientes, en cuanto a este último, se determinan las personas que pueden pretender su indemnización, y los alcances que tiene. /El artículo 125 lo concede a la persona ofendida; lo mismo que el 126/ ... Como con claridad se entiende del espíritu y letra de esos textos legales, el daño moral lo conceden para la persona directamente ofendida en el delito, no para terceros que de modo indirecto sufran sus consecuencias. Los artículos 126, 128, 129 y 130 del citado Código, son los que concretamente, hacen extensivo a terceros el derecho a la reparación del daño privado del delito. Pero examinados esos textos legales se advierte que sólo les concede tal indemnización, en cuanto a lesiones de carácter material o patrimonial...

VI.- Que establecido, que conforme a nuestro derecho positivo el daño moral a terceros en quienes repercute de un modo indirecto las consecuencias del delito, no es reparable, pues éstos sólo tienen derecho a la indemnización del daño material que la sentencia recurrida les concede con toda equidad, no puede atribuirse a los jueces de instancia que hayan resuelto contra lo ejecutoriado...

(Hay un voto salvado del Magistrado Evelio Ramírez, en que admite la reparación del daño moral reflejo de terceros).-

En la sentencia anterior, la Corte de casación levantó una barrera frente al daño moral reflejo. Concede el daño material, pero buscando argumentos en la estructura de la regulación de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1941, no encontró dispuesta expresamente una regla que admitiera el daño moral.

El voto salvado dice:

"El inciso 2) del artículo 122 del Código Penal, dispone que la reparación civil comprende la indemnización del daño material y moral; el 125 ibídem expresa que la reparación del daño moral, en las infracciones contra la

*honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral, consistirá en una indemnización pecuniaria que si no hubiere base suficiente para fijarla por medio de peritos, la determinará el juez prudencialmente, según las circunstancias de la infracción. Como a simple vista podrá observarse, la teoría del daño moral propugnada desde hace bastante tiempo por algunos tratadistas, y acogida luego en leyes positivas de varios países, ha sido también incorporada en nuestro Código Penal de 1942, para reclamarlos en los casos susceptibles de afectar intereses de orden moral. Es más, la nueva Constitución de 1949, en su artículo 41 establece el derecho a reclamar los daños lesivos a intereses morales. ...Por lo demás, no abriga la menor duda de que la pérdida violenta de un ser querido, causada por un extraño, ordinariamente produce en el ánimo de sus parientes más cercanos una reacción psicológica, de intensidad variable, cuyas consecuencias se reflejan luego sobre la salud física y psíquica de quien la padece. ...Por las razones expuestas, el infrascrito estima que debe casarse la sentencia recurrida, pero únicamente en cuanto deniega el derecho a reclamar el daño moral ocasionado ..."*

Interesa el fallo anterior por significar una resistencia calificada de la Sala de casación para reconocer el daño moral reflejo. Sólo se estimaba reparable el daño material reflejo. Pero el voto salvado del Magistrado Ramírez constituyó una llamada de atención, tanto sobre el nuevo orden de cosas después de la promulgación de la Constitución de 1949, como por el análisis preciso y armónico de las reglas de la reparación civil de hechos punibles, las que todavía nos rigen.

Es de notar, sin embargo, que en ese voto salvado se incorpora la comentada presunción del daño moral por el hecho del parentesco cercano (lo que, por otra parte, no parecía cerrar el camino a que si algún extraño demostrara el daño por la pérdida de afección, también se acordara su reparación).

C. *Es reparable todo daño reflejo, material o moral*

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 9 horas con 30 minutos del 7 de agosto de 1987.

II.- *A las personas a quienes la sentencia otorgó una indemnización por daño moral, se les concedió ésta en razón del dolor que la muerte de su padre o esposo,*

*según sea el caso, les produjo, y no en calidad de herederos por el daño sufrido por el causante. Es indudable, como lo ha reconocido la doctrina, que el perder al esposo o al padre, produce un daño de carácter moral consistente en angustia y sufrimiento, daño que debe ser reparado. ... El artículo 122 inciso 2) del Código Penal de 1941, que se alega violado, dice que la reparación civil comprende la reparación del daño material y moral. Dicha disposición debe interpretarse en relación con el artículo 125 del Código citado... que es el que establece en forma específica en qué consiste el daño moral ... Al indicarse que la indemnización por daño moral procede en otros casos de daño a intereses de orden moral, es claro que no quedan comprendidos solamente los delitos contra la honra, la dignidad o la honestidad, por lo que al haber sufrido un daño de carácter moral en forma personal cada uno de los sujetos en favor de los cuales se ordenó la indemnización por tal daño, la sentencia no quebrantó los artículos 122 inciso 2) y 125 del Código Penal de 1941...*

En esta sentencia, que ha venido a marcar un cambio jurisprudencial decisivo, se recogen los argumentos del voto salvado del magistrado Ramírez en 1951.

"Al indicarse que la indemnización por daño moral procede en otros casos de daño a intereses de orden moral, es claro que no quedan comprendidos solamente los delitos contra la honra, la dignidad o la honestidad, por lo que al haber sufrido un daño de carácter moral en forma personal cada uno de los sujetos en favor de los cuales se ordenó la indemnización por tal daño, la sentencia no quebrantó los artículos 122 inciso 2) y 125 del Código Penal de 1941..."

En esa forma se desterró -esperamos que definitivamente- el obstáculo para conceder indemnizaciones en todos los casos de daño moral. En efecto, hay daño moral no sólo cuando se lesiona la honra, la dignidad o la honestidad, sino cuando en forma general, se lesiona un interés jurídicamente relevante.

También se determinó en el fallo que el derecho de los reclamantes por daño reflejo, es un derecho propio y no derivado de situaciones hereditarias. El daño de esa manera se analiza como personal, directo y cierto, como se ha establecido desde tiempos de Pothier.

La tesis de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido. Hay una sentencia de esa misma Sala, de las 10 horas con 32 minutos del 23 de octubre de 1987, en la que se reconoce el derecho de una hija de ser reparada por el daño moral que le produjo observar cómo delinquían contra su madre.

En estas dos sentencias de 1987 se nota una gran amplitud de los altos jueces para considerar reparable todo daño moral de carácter reflejo.

No nos queda claro si la doctrina de la sala penal de casación (que curiosamente ha innovado en materia

propia del derecho civil, al igual que sucede en el caso de Francia) contiene la presunción de que hay daño moral reflejo en los casos de parentesco cercano. Los procesos de 1987 no se referían a esas hipótesis.

Pensamos que si se continúa con la línea de análisis establecida en esos fallos, la conclusión definitiva a la que se llegue en esta materia no puede ser otra que el establecimiento del principio general de que toda persona que pruebe haber sufrido un daño persona. l por contragolpe del que ha tenido la víctima inicial, puede obtener reparación de él.



# LAS GARANTIAS DEL TIPO PENAL Y LA MISION MORALIZANTE DEL JUEZ. A PROPOSITO DE UN COMENTARIO JURISPRUDENCIAL.

*Lic. Henry Issa El Houry*  
*Profesor de la Universidad de Costa Rica.*

## SUMARIO

I. Planteo. II. Los hechos. III. La paradoja. IV. Tras las huellas del fiscal. V. La necesidad del dolo. VI. Conclusiones y reflexiones.

### I. Planteo

En este comentario señalaremos algunos aspectos que destacan en dos resoluciones judiciales: la sentencia dictada por el Tribunal Superior Penal de Limón, número 163, de las once horas de 24 de agosto de 1987, y el fallo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número V-8-F, de las diez horas, cinco minutos del 8 de enero de 1988, ambas sobre una misma denuncia. La primera se inició por el delito de violación en grado de tentativa y culminó con una condenatoria por el delito de coacción. El fallo de la Sala Tercera, mencionado, examina la resolución anterior y condenó por los delitos de abusos deshonestos y extorsión.

Los fallos en mención presentan un alto grado de interés para el abogado, pues plantean al menos cuatro problemas fundamentales: tentativa y desistimiento voluntario (y, en consecuencia, la distinción entre tentativa de violación y abusos deshonestos); el problema del dolo, visto como querer el resultado, por parte del sujeto activo; la necesidad de la existencia de un sujeto activo que realice el tipo, para que haya condenatoria y, desde el ángulo procesal, los límites para un cambio de calificación en el debate.

En este estudio vamos a observar solamente dos problemas correlacionados: quién cumple el tipo penal, a raíz de las condenas, primero por el delito de coacción y luego por el de extorsión, aspecto que directamente toca con el problema de fondo: qué es el dolo.

### II. Los hechos

El asunto se origina cuando una mujer de nacionalidad norteamericana le pide a un hombre del lugar - Cahuita- la guía para buscar corales y en una playa solitaria él le insiste su deseo de hacer el amor; ella no acepta, forcejean y es cuando ella le ofrece dinero para que la deje y se busque otra mujer. Le ofrece primero mil colones que él no acepta; luego mil quinientos y él accede. Se devuelven juntos; en el camino él toma algunos objetos propiedad de ella para asegurarse el cumplimiento de la promesa del dinero. Al llegar a Cahuita ella le arrebató sus pertenencias y huye a poner la denuncia en la oficina de la Guardia Rural.

### III. La paradoja

En la sentencia del Tribunal queda evidenciada una paradoja desconcertante: no se condena por el delito de abusos deshonestos y sí por de el coacción. Desconcierta el constatar que se trata de un tipo (el de coacción) que no calza, ni siquiera en apariencia, con el hecho que tiene por probado que no se continuaron los actos tendientes a violar a la víctima a causa de la oferta del dinero. Esta clase de adecuación forzada constituye, en derecho penal, un claro acto de interpretación analógica de la ley (*in malam partem*).

A la par de eso, no se condena por el delito de abusos deshonestos, que por lo menos es un tipo más cercano a los hechos probados. Si bien la discusión sobre los límites entre actos preparatorios y actos de ejecución no es sencilla, pudo ser un tipo más a mano si se toma en cuenta que en el razonamiento sí se habló de un desistimiento voluntario, es decir, de una interrupción por decisión del sujeto activo, no en contra de su voluntad. Fácil era notar que de allí para atrás había actos que también estaban tipificados, aún cuando no fueran ejecutivos del delito de violación: es muy

evidente cómo en la sección sobre delitos sexuales, también los actos preparatorios del delito de violación se encuentran tipificados como delitos independientes (abusos deshonestos y rapto propio e impropio en su caso).

En cambio, si se analiza el artículo 193 C.P., coacción, salta a la vista la imposibilidad de que los hechos investigados en el caso en comentario puedan encuadrar en el tipo legal que describe el numeral dicho. Entre los requisitos típicos para que una conducta humana pueda ser considerada delito de coacción se necesita que haya un sujeto activo que compela (a otro), por medio de amenazas, a hacer, no hacer o tolerar... Sin ir más al fondo del análisis, es decir, sin entrar a analizar el elemento representado por la frase "algo a lo que no está obligado", se puede observar claramente que en la realidad no existió un sujeto que cumpliera esa acción descrita. En otras palabras: el procesado de carne y hueso lo que hizo, según los hechos probados, fue tratar de violar a una mujer, no obligarla a que le diera dinero. Su intención, su voluntad, su deseo, su querer, su fin, al emprender la acción desistida, era tener relaciones sexuales con la mujer a la que servía de guía; ese fin es abandonado por el sujeto ante el ofrecimiento de una suma de dinero. Para hablar de coacción tendríamos que buscar unos hechos en donde quede evidenciado que el sujeto activo obliga a la mujer a darle dinero o de lo contrario ella sería violada, asunto que no aparece en ningún folio del expediente. Es por eso que si se enfrentan, aun de la manera más simplista y simplificadora -como lo acabamos de hacer- la realidad y el tipo que contiene el art. 193 citado, queda claro el absurdo, pues parece estarse hablando de otros hechos y no de los que han sido tenidos por probados.

#### IV. Tras las huellas del fiscal

La Sala Tercera revoca la sentencia recién comentada, a raíz del recurso de casación interpuesto por la fiscalía y condena por el delito de abusos deshonestos (art. 161 C.P.)- y por el de extorsión en grado de tentativa! (art. 214 C.P.) en concurso material.

El aspecto relacionado con la condena por el delito consumado de abusos deshonestos no ofrece problema alguno en cuanto a la configuración del tipo objetivo; el fallo resulta adecuado en sus consideraciones y de acuerdo con los hechos considerados como probados. Sin embargo, debe agregarse que el fallo no

contempla ni discute la existencia de un dolo de abusos deshonestos, elemento que debería ser primordial para poder condenar por ese delito, de acuerdo con el artículo 30 del C.P.

Hemos dicho en líneas anteriores que la punición que hace el legislador de los abusos deshonestos no es sino la punición de los actos preparatorios de una consumación punible llamada violación. En este sentido, claramente se nota que si el sujeto activo se había plantado como fin de su acto el tener acceso carnal con quien le solicitó ser guía, dentro de esa finalidad podría estar contemplada la intención de "abusar deshonestamente" (1) de ella, como paso previo necesario. Es una especie de dolo indirecto, si se quiere, pero un dolo que debe ser constatable como lo exige la ley penal en Costa Rica y la Sala no lo hace.

El mismo problema del dolo vuelve a aparecer en la sentencia en comentario, en lo que se refiere a la condena por extorsión. Aquí tampoco las cosas son tan claras y más pareciera que el fallo se sumerge en el recurso de la fiscalía sin cuestionarse, ni un solo momento, que la vehemencia de ese puede responder a finalidades extrajudiciales. Así, resulta curioso cómo la Sala en ningún momento se cuestiona si puede darse o no la tipicidad de la conducta del sujeto activo o si una aparente tipicidad estará respaldada por el tipo subjetivo, esto es, por un dolo indispensable de extorsión, sino que sólo abunda sobre razones accesorias propuestas por la fiscalía en su afán de demostrar que no hubo coacción sino extorsión y no se menciona lo fundamental: si hay o no tipicidad (objetiva y subjetiva) en la conducta examinada. Esto es lo que llamamos caer en la trampa del recurso.

Dice la sentencia de la Sala, en comentario:

"Así pues, la acción ejecutiva del delito de extorsión (art. 214 C.P.) consiste en obligar a otro mediante intimidación a tomar una disposición patrimonial que sea perjudicial para él mismo o para un tercero. De acuerdo con el criterio de la recurrente, el ilícito de extorsión en el presente caso quedaría en grado de tentativa, al no recibir finalmente el imputado, el dinero ofrecido. Como puede observarse, el anterior reclamo se ajusta tanto al contenido de nuestro Código Penal como a la doctrina que informa respecto de los delitos

(1) Los conceptos utilizados por el legislador en el artículo 161, abuso y deshonesto, no pueden ser más indeterminados. Responden a una especie de recato inconcebible en el nivel legislativo, en donde pareciera que da miedo llamar a las cosas por su nombre. Es necesario variar este término por el de tocamientos sexuales o de orden sexual.

que se vienen comentando: si a las amenazas (o intimidación, violencia física o moral, etc.) "se le suma una exigencia -tratar de que el amenazado haga, deje de hacer o tolerar algo- nos hallamos ante la figura de coacción. Si esa exigencia consiste en una disposición patrimonial ilegítima, se llega al delito de extorsión". (Eliminamos los subrayados del original).

Nótese cómo; si el juzgador se hubiera distanciado un tanto del recurso, habría caído en la cuenta de que esa misma cita que utiliza para aceptar la tesis de la fiscalía, le habría servido para desecharla, puesto que claramente no se señala en ningún hecho probado la exigencia del sujeto sino solo su simple aceptación y, por tanto, su acto de desistimiento.

Y agregamos otro párrafo, también del considerando II, para confirmar nuestra anterior aseveración: Dice el fallo: "En la coacción lo que se castiga es el modo antisocial de exigir; la prepotencia en el método de requerimiento; es decir la ilicitud de la exigencia y no propiamente la licitud o ilicitud de lo exigido. En la extorsión, en cambio, se persigue una disposición patrimonial ilícita, es decir, se ataca a la propiedad pero atacando primero a la libertad. Así pues, en el delito de extorsión propiamente dicho el medio por el cual se obtiene una disposición patrimonial ilícita es la intimidación. Esta puede ser lisa y llana... La intimidación se concreta por medio de la amenaza. La intimidación en realidad es el resultado de ésta".

Obviamente, lo que quiere decir el juzgador es simplemente que, a diferencia de la coacción, en donde solo se protege un bien jurídico, la extorsión protege dos: libertad de determinación y patrimonio o propiedad. Sin embargo, ¿qué sentido tienen estas valoraciones para un encuadramiento propiamente dicho, en el caso concreto, si la duda no está en la afectación del bien jurídico, sino en la tipicidad de la conducta? Lo transcrito tiene sentido si de lo que se trata es de desvirtuar una condena por coacción para convertirla en una por extorsión y es por eso que reiteramos la crítica de que no se tomó distancia ante el planteamiento de la fiscalía.

Señalamos como superfluos tales razonamientos, en el tanto -repetimos- no se trataba de saber si se violó o no el bien jurídico tutelado, sino si se encuadró o no en el tipo legal, la conducta del encartado.

Por otra parte, cuando el juzgador habla del "modo antisocial de exigir", nos parece que se refiere al modelo general que opera en todos los delitos. Es decir, todos los delitos, para que sean tales, presuponen un

"modo antisocial de exigir". En otras palabras: esto es precisamente lo que el legislador analiza cuando va a tipificar tal o cual conducta: el hecho de que llevar a término esa acción es una manera de violar las normas sociales elementales. Lo que tiene que analizar el juez es otra cosa, pues la actuación no apegada a la norma existe desde que se da la tipicidad y la antijuricidad de la conducta. El juez debe, más bien, analizar si hay conducta típica, es decir, si la conducta humana real encaja cien por ciento en la descrita, tanto desde el punto de vista objetivo (los elementos de la realidad y los del tipo son idénticos) como también, desde el punto de vista subjetivo (que haya voluntad de esa conducta, que el sujeto inicie su acción para realizar ese resultado allí descrito).

Por eso aseveramos que no hay posibilidad de observar como actos ejecutivos idóneos para concretar el delito de extorsión los siguientes: a) aceptar dejar de violar, por dinero y, b) tomar objetos de la presunta víctima de ese delito para asegurarse el dinero ofrecido.

El artículo 214 C.P., que describe la extorsión, exige una motivación del sujeto activo, que es el afán de procurarse un lucro injusto. Lo anterior quiere decir que, de acuerdo con cualquier teoría racional sobre el dolo, el sujeto debe iniciar una acción con el fin de lograr un lucro injusto. Para ello debe obligar a la víctima a tomar una disposición patrimonial perjudicial. Pero en el caso en examen, el sujeto activo inicia su acción para violar y desiste de violar por dinero.

Lo anterior nos dice claramente que dentro de los hechos tenidos como probados y en el marco del tipo de extorsión, el sujeto activo no cumplió el tipo. Mejor aún: el encartado no fue nunca sujeto activo del tipo del 214 CP., pues no inició los actos preparatorios de violación para obtener el dinero de la víctima.

El afán de procurarse un lucro injusto, necesariamente tiene que estar "intencionalmente" conectado con la acción del sujeto, señalada por el verbo típico. En este caso, esa acción se refiere a obligar a tomar una disposición patrimonial perjudicial para la víctima o para un tercero. Pero si se examinan los hechos probados lo único que podría quedar claro es, quizá, una intención de violar: un dolo de acceder carnalmente a la víctima, dolo que en su "iter" podría contener la intención de abusos deshonestos, pero jamás la extorsión, pues el sujeto no inició actos preparatorios de violación con el afán de lograr que la víctima le ofreciera dinero (al menos eso no aparece como hecho probado). Si alguien tuvo la idea del dinero fue la propia víctima, no el



autor. Del autor únicamente podemos predicar que desistió de violar por dinero y no que comenzó a violar para extorsionar.

Quizá lo que haya permitido tal dosis de confusión teórica en este encuadramiento, además de un manejo tan particular del dolo, que después analizaremos, es la valoración de los elementos de medio que exige el tipo: con amenazas graves o con intimidación. Pero debe notarse que todos esos elementos responden a la voluntad del autor, por lo que tenemos que volver a la pregunta inicial: ¿él amenazó con violar si no le daban el dinero o desistió de violar para que se lo dieran? Y en la respuesta reside la verdadera adecuación.

## V. La necesidad del dolo

Nosotros concluimos en este comentario que tanto en las condenas por coacción y por extorsión, como en la tesis de la fiscalía, no fue considerado el dolo como elemento necesario para la condena, como lo exige el artículo 30 C.P. Por ello se ve el forzamiento de toda una autoría para afirmar una conducta que no es lo que en los tres documentos se dice que es. La tesis del Ministerio Público, seguida al pie de la letra por la Sala, pone a consumar la acción de obligar a tomar una disposición patrimonial a quien, por sus fines, estaba realizando actos para otra acción distinta.

Por eso sostenemos que si se hubiera partido de un concepto de dolo avalorado (como el que narra el artículo 31 del Código Penal: "...quien quiere la realización del hecho tipificado..."), la resolución comentada habría sido otra. Partiendo de una sana consideración del artículo 31 citado, debió analizarse, precisamente, cuál era el fin, el resultado, que se quería con los actos preparatorios realizados: hacer el amor u obligar a la víctima a ofrecer o darle dinero. Sin embargo, al parecer se partió de un dolo con valor, de un "dolus malus" e indeterminado (y con un valor moral) - como se desprende de los párrafos que más adelante transcribimos, pues se conectó la intención (dolo) de un resultado (violación) con otro resultado que, de acuerdo con lo probado en autos, no estaba en la mente del actor al realizar los actos preparatorios de la violación.

No se puede separar la voluntad del resultado en sí al juzgar un hecho delictuoso, pues aun en el caso de la culpa, se deberá exigir que el otro resultado, el no buscado y típico, se conecte con el acto intencional mediante la culpa, es decir, la falta al debido deber de cuidado en la realización del acto.

Así las cosas, el asunto en estudio debió verse por donde se inició: quien tiene deseo de hacer el amor y

cambia ese deseo por ganarse mil quinientos colones, tiene sólo esa finalidad. No puede sostenerse que con esa aceptación se esté violando la libertad y la propiedad de la víctima, pues suponer lo anterior es caer en la definición de dolo como mala intención indeterminada, aspecto que parece desprenderse del siguiente párrafo del considerando segundo de la sentencia en comentario y ajeno a lo que prescribe el artículo 31 C.P.:

"En el caso presente, no hay duda de que la víctima, al ofrecer dinero a su agresor actuó en atención a un interés legítimo para evitar un mal (amenaza de violación) que se le presentaba como posible e inmediato, dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos. De esa situación se aprovechó el sentenciado, dependiendo el mal de su voluntad... por lo que el eventual perjuicio patrimonial en detrimento de la víctima viene a determinar el delito de extorsión". (El subrayado es nuestro).

Nos resistimos a aceptar que la anuencia del sentenciado configure el delito en su aspecto subjetivo, pues el dolo no es una voluntad mala que precede cualquier finalidad que se proponga el sujeto. Al dolo debe enmarcárselo dentro del espacio de la ley, de cada ley concreta -tipo- de que se trate en ese momento y por tanto de cada acción concreta -personalmente relevante- de un hombre particular. Su acción. No su forma de vida, no sus antecedentes, por más inmediatos que sean. En este caso, pareciera que la condena por extorsión o por coacción provienen, no de los hechos sino de la finalidad de violar, desistida, y de los abusos deshonestos consumados, pues en el considerando II, cuando se exponen los puntos del recurso, se explica que la extorsión se da "...cuando el imputado desiste de su propósito de tener relaciones con la ofendida ante el ofrecimiento de dinero por parte de esta, aunque finalmente no logró el pago".

Para averiguar sobre el dolo de extorsión habría que preguntarse: ¿él pidió el dinero?, ¿él tenía voluntad de tener relaciones sexuales o de ganar o de coartar la libertad?. Muy clara y manifiesta es la declaración de la ofendida -la que se toma como cierta- en señalar lo que el sujeto activo siempre quiso: hacer el amor con ella. Y muy claro queda que fue ella quien le ofreció dinero para que él no le hiciera el amor a la fuerza, para que no la violara. Y con este razonamiento nos damos cuenta de que, salvo abusos deshonestos, no hay sujeto activo que calce dentro de otro tipo que no sea el de abusos deshonestos, si se prueba el dolo.

Es por eso que, en nuestro criterio, estas resoluciones reflejan una concepción del dolo que no tiene

cabida en nuestro derecho, de acuerdo con el artículo 31 CP, que define el dolo como querer o aceptar como posible la realización del hecho. En ambos casos es un sujeto que busca el resultado, ya sea moviendo para ello la causalidad o si al representarse el resultado -teniendo él un dominio de la causalidad- no la varía y por ello acepta el eventual resultado.

## VI. Conclusiones y reflexiones

Muchos aspectos del análisis han quedado por fuera en este comentario, pues nuestro único interés es centrar la atención en aspectos relacionados con el encuadramiento y la realidad y con la necesidad de tomar en cuenta el dolo a la hora de detectar el encuadramiento. A veces, en la función jurisdiccional, olvidamos que el juzgador no realiza el encuadramiento, lo detecta y para lograr magistralmente y sin violación de los principios generales del derecho penal esa labor es necesario tener presente que el legislador describe conductas humanas realizables y por tanto, con intención, con querer.

Dos conclusiones fundamentales nos sugieren las resoluciones comentadas: La primera se resume en la siguiente frase: el concepto de dolo y su ubicación en la teoría del delito sí tiene consecuencias reales, pues afecta los resultados de las resoluciones judiciales. Es decir, un concepto jurídico penal va más allá de la mera lucubración. Nótese cómo en el caso en comentario si se hubiera partido, en ambas resoluciones, de un concepto de dolo de tipo, no habría podido concluirse, ni en la coacción, ni en la extorsión, como formas típicas de la conducta del sujeto encartado.

La segunda conclusión se desprende de la anterior y es el aspecto que al inicio de este aparte mencionamos: la necesidad de reflexionar -en tanto juzgadores- cómo llevar a cabo la labor de detectar la adecuación típica, partiendo de la realidad de los hechos tenidos como probados, pues lo demás está fuera de lo real en el expediente. Esto lleva a la pregunta de cómo debe observar un juez la realidad, en el caso que estudia para fallar. La respuesta es difícil; sin embargo, hay una guía: el principio de legalidad criminal, el cual no sólo da responsabilidades al legislador, sino al juez. En ese sentido, el juez no tiene otra salida que enmarcarse dentro del límite de observación que le deja el tipo; este se convierte en una especie de marco visual para observar los hechos probados y, a la vez, los hechos probados son el límite para buscar el tipo más

adecuado. Ir más allá de esto es aplicar la analogía, mediante interpretación extensiva de la norma. En tal caso el juez está haciendo algo más que labor judicial: está legislando.

Con base en las anteriores conclusiones y comentarios, queremos hacer una reflexión general:

Las posiciones ante el dolo, tanto de doctrinarios como de juzgadores; tanto las pocas que de manera consciente existen, como de las muchas que sin saberlo son sostenidas como válidas por una mayoría, revelan una posición ante el delito, ante el derecho penal y ante el derecho como un todo, en este último caso cuando se le relacione para distinguirlo, con la moral. En otras palabras: si se concibe el derecho como un sistema normativo totalmente independiente de la moral, no porque no haya pautas que se traslapen, que existan en uno y otro ordenamiento, sino simplemente porque son órdenes diferentes con significación social distinta, habrá que concebir una noción de delito que respete esa separación... Y esa separación no se debe observar sólo en las tipificaciones, pues hay muchas de ellas que se traslapan con las normas de orden moral, sino en el delito como realidad social y judicial: los jueces juzgan delitos, porque juzgan mediante tipos; no juzgan moral. El juicio moral no puede ser un juicio judicial, sino social; no puede ser un juicio particular, de pensamiento personal, de moral individual, sino de creencias sociales. De ahí que mal haría el juez, con la buena intención de hacer bien un acto de moral, si considera en su fallo algo más que razones jurídicas o sostiene conceptos no dichos que implican valoraciones morales.

Llamamos conceptos con valoraciones morales, aquellas posiciones que para definir los elementos del delito olvidan los datos de realidad que aportan al derecho penal las disciplinas criminológicas y de política criminal. El concepto de acción, el concepto de dolo, el de culpa, el de culpabilidad -entendiendo por concepto contenido y no mera definición- entre otros, son posibles de ser llenados de idealismo o de datos de la realidad.

En este caso en comentario, antes de los razonamientos de orden jurídico, muy bien hechos, y las citas de autores, había que sentarse en la realidad de los hechos probados. El punto de partida de cualquier acto procesal que siga las reglas que prescribe la razón es la realidad; el delito es un acto real, lo teórico es la

interpretación, la acotación, el discurso que se establece sobre ese acto real.

No importa cuál concepto de delito o de acción se use, en tanto que es indistinto en donde se coloquen el dolo y la culpa. El nombre teórico poco importa. Interesa que en el proceso se vean antes que nada los hechos probados, para después poder acudir a un tipo. Si primero se busca un tipo y después se traen los hechos, se corre el riesgo de acomodar los hechos al tipo. De ahí que un concepto de dolo desprovisto de moral y -no

importa en donde esté- que preceda al juicio de reprochabilidad, es indispensable para una sana resolución.

Cuando el juez cree que tiene que condenar en aras de la virtud, ocurre el irrespeto a los límites del tipo y queda de nuevo ausente el gran olvidado de siempre: el dolo. Pero no un dolo con valor moral, sino con valoraciones jurídicas; un dolo visto como querer el resultado típico y no como un querer inmoral, como el evidenciador de una mala intención que tanto se acerca al dolo civil y a la moral.



# LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

*Lic. Hernán Esquivel Salas*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Consideraciones preliminares. III. Irresponsabilidad parlamentaria. A) Concepto. B) Naturaleza Jurídica. C) Límites. D) Consideraciones que se hacen en la sentencia No. 19 F de 1988 de la Sala Tercera acerca de la irresponsabilidad parlamentaria. E) Análisis. IV. Inviolabilidad parlamentaria. A) Concepto. B) Naturaleza Jurídica. C) Límites. D) Consideraciones que se hacen en la sentencia No. 19 F de 1988 de la Sala Tercera acerca de la inviolabilidad parlamentaria. E) Análisis. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCION

En Costa Rica podemos afirmar que existe un vacío en relación con la Inmunidad Parlamentaria, pues hasta el momento el tema ha sido poco tratado por los estudiosos del Derecho y en especial del Derecho Constitucional. Además, se convierte en un asunto altamente controversial por las diferentes interpretaciones que a sus contenidos y alcances ha dado la doctrina jurídica contemporánea.

Por lo anterior, el objeto del presente estudio trata de aportar algunas consideraciones personales sobre el tema, a la luz de la Sentencia Judicial No. 19 F emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a las quince horas del veintiuno de enero de 1988.

Consideramos que tal sentencia es de gran importancia, debido a que el criterio contenido en ella será en

adelante guía para las nuevas resoluciones, que sobre casos similares sean presentados ante los órganos jurisdiccionales de la República y sobre los cuales tengan que manifestarse.

## II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La inmunidad parlamentaria tiene su origen en el Derecho Constitucional inglés y francés; la libertad de palabra y el "Freedom from arrest" (excepción de prisión por deudas) vienen del primero, y la inmunidad en los procesos penales del segundo. Su fundamento se explica en la lucha de los representantes del Parlamento con el Rey en el caso de Inglaterra y la lucha de los Diputados de la Asamblea Nacional Constituyente de 1789 y la Corte en Francia. Actualmente se explica en la independencia funcional de los Poderes del Estado y se puede definir como los derechos, prerrogativas e inmunidades que el Derecho Constitucional ha reconocido en favor de las Asambleas Legislativas con el propósito de preservar la libre expresión de su voluntad y facilitar el cabal cumplimiento de sus deberes. Por lo tanto, su fundamento es funcional y no personal, protege la función que desempeña el sujeto y no al sujeto mismo (1).

Esta garantía es reconocida en la gran mayoría de los países del mundo, independientemente de la orientación ideológica del régimen imperante, y con una mayor o menor amplitud en su contenido. En Costa Rica desde las primeras constituciones que datan de 1821 hasta nuestros días, tales privilegios han estado presentes.

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, Tomo VI, 1956, Pág. 387-388.

La doctrina los clasifica en colectivos y personales, advirtiendo que los primeros se refieren a las cámaras consideradas como órganos del poder público y los segundos a los legisladores considerados individualmente (2).

Todo lo anterior tiene como fundamento, reiteramos, la protección a la independencia y autonomía del parlamento que es condición necesaria para garantizar el cumplimiento, sin mediatizaciones de ningún género, de su importante función legislativa, tanto al órgano como a sus miembros.

Nos referimos únicamente a las inmunidades de los miembros de la asamblea, destacando dos tipos: la irresponsabilidad y la inviolabilidad.

### III. IRRESPONSABILIDAD PARLAMENTARIA

#### A) *Concepto*

La irresponsabilidad parlamentaria protege a los diputados en cuanto a las manifestaciones que hagan, porque la actividad funcional desarrollada por ellos en el Parlamento se basa en la libertad de palabra, ya que el mismo es un órgano eminentemente deliberativo y necesita de la discusión para la formación de su voluntad político-legislativa (3). Está regulado tal concepto en el Artículo 110, párrafo primero, de nuestra Constitución Política.

“El diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea” (4).

#### B) *Naturaleza jurídica*

La naturaleza jurídica de este privilegio es objeto de discusión por parte de la doctrina. Existe un grupo que la considera una causa personal de exclusión de la pena (5). Para estos, el delito se produce, o sea se está ante una acción típica antijurídica y culpable, pero existen determinadas razones de tipo político, como la libertad de la función legislativa, que hacen que el legislador, en tales supuestos excluya la pena. El adoptar este criterio implicaría que aunque no se pena al diputado, subsistiría la responsabilidad civil, al estarse ante una acción antijurídica de su parte (sea contraria a derecho) (6), lo que no es conforme a la finalidad misma por la que se estableció la irresponsabilidad, y contrario a lo establecido sobre ésta en la Constitución Política, la que al decir que el diputado es irresponsable de las manifestaciones que hiciere en la Asamblea Legislativa (art. 110) se refiere no solo a que es irresponsable penalmente, sino también civilmente. Por ello es más acertada la tesis de los que consideran que nos encontramos ante una causa de justificación (7). Concretamente se está ante la causal de justificación denominada “ejercicio de un derecho”, contemplada en el art. 25 del Código Penal.

Como consecuencia de sostener que se trata de una causa de justificación, los partícipes se benefician también de la irresponsabilidad del diputado, ya que

- 
- (2) Así, Segundo Linares Quintana; C.M. Bidegain; L.S. Cushing; R. Bielsa; citados por Enciclopedia Jurídica Ormeba, op. cit. Tomo XIV, págs. 935-937. También Juan A. González Calderón, Derecho Constitucional Argentino, Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución, Tomo II, 2 Edición, Buenos Aires, 1933, pág. 475. Biscaretti Di Ruffia Paulo, Derecho Constitucional, Editorial Tecno S.A. Madrid, 1965, pág. 379; Bidhart Campos Germen, El Derecho Constitucional del Poder, Tomo I. Editorial Ediar 1967, págs. 269-270.
- (3) Esquivel Salas, Hernán. La Inmunidad Parlamentaria. Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988, págs. 42-43.
- (4) Asamblea Legislativa de Costa Rica, Depto. de Servicios Técnicos, Constitución Política de la República de Costa Rica, Editorial Juricentro, San José, 1977, pág. 395.
- (5) Así: Jescheck, Tratado de Derecho Penal, España Bosch T.I., p. 249; Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, España Ariel, 1984, p. 114.
- (6) Sobre la responsabilidad civil cuando se ha realizado una acción típica y antijurídica: Llobet Rodríguez, Javier, Código de Procedimientos Penales, tratado, Alajuela, 1987, pp. 444-445.
- (7) Así: Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, Gráficas Loasa, 1979 p. 624; Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis-Ilanud, 1984, p. 63.

conforme a la teoría de la accesoriedad limitada, hoy dominante, para que los partícipes sean responsables penalmente, se requiere que el autor haya realizado al menos una acción típica y antijurídica.

### C) Límites

Es obvio que la irresponsabilidad juega un papel de gran importancia en la protección de la función que desarrollan sus beneficiarios en el parlamento.

Aún así, en algunos países se contemplan limitaciones, tal es el caso de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que declara con relación a la irresponsabilidad, que tales disposiciones no se aplican a las injurias y calumnias (8).

Pero es evidente que existe una limitación material para tal privilegio, pues cubre los actos propios de la función parlamentaria, pero no protege contra los actos que permanecen al margen de tal función. Por ello, no comprenden naturalmente las manifestaciones privadas, ni los discursos de cualquier carácter que el legislador haya dicho fuera de su condición oficial.

Tampoco surte efecto esta inmunidad para el legislador en una gira de cortesía o ilustración, aunque lo haga en atención a su calidad de tal, lo mismo que en la actividad que pueda desplegar como político, periodista o particular.

Un diputado no es amparado por esta inmunidad cuando realiza actos que se relacionan con su actividad de hombre público y que no son necesarios para el ejercicio de su mandato, o sea, actos que podrían ser realizados por alguien que no es parlamentario, por ejemplo, el diputado que escribe en un periódico, que pone afiches, que habla en reuniones públicas que participa en manifestaciones en la vía pública.

Es importante acotar que a pesar de encontrarse dentro de la sede de la Cámara, muchas veces el bene-

ficiario de tal privilegio no es cubierto por el mismo, ya que éste no cubre necesariamente todas las manifestaciones que se realicen dentro de la sede de la Cámara. Si un parlamentario en los pasillos injuria a un compañero, no está cubierto por la inmunidad. Las palabras pronunciadas en los pasillos o en las salas del palacio de las cámaras (aunque se dirijan solo a otros componentes de la Asamblea) reuniones de partido, etc., tampoco están protegidas por tal prerrogativa.

Existe otro límite importante a este privilegio que se refiere a las correcciones disciplinarias que las mismas cámaras imponen a sus miembros para enmendarlos en los posibles excesos verbales que puedan cometer como resultado del enfrentamiento en los debates de las respectivas cámaras.

Cada Cámara ejerce además sobre sus miembros diferentes poderes de control en el desempeño de su actividad, conducta, asistencia, renuncia y poderes disciplinarios para suspenderlos o excluirlos.

Estas sanciones están contempladas dentro de los reglamentos internos que las Asambleas dictan para su organización, ya que son ellas las que están en aptitud de saber cuáles son las mayores conveniencias para que la discusión se haga y la luz se produzca en los debates, y determinar cuáles son las correcciones que deben infligirse a sus miembros por hechos producidos durante una discusión (9).

En Costa Rica es facultad del Presidente de la Asamblea de conformidad con el artículo 10, inciso 10 de su reglamento, llamar al orden al diputado que, al hacer uso de la palabra no se concreta al tema de discusión, se desvíe de él, o haga alusiones injuriosas a un compañero o a los otros miembros de los supremos poderes o incluso a personas extrañas a la Asamblea; o que de cualquier modo pueda faltar el respeto debido al recinto en que se encuentra. Si el diputado prosigue en la conducta irregular, se le suspenderá del uso de la palabra (10).

(8) Duverger, Maurice, citado por Muñoz Quesada, Hugo Alfonso. La Asamblea Legislativa en Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1977, pág. 64-65.

(9) Esquivel Salas, Hernán. op. cit. págs. 81-83.

(10) Asamblea Legislativa de Costa Rica. Reglamento de orden, discusión y disciplina interior de la Asamblea Legislativa. Imprenta Nacional, 1983. San José, pág. 6.



Con relación a las publicaciones que se hagan del trabajo de las Asambleas tenemos:

Los artículos 30 y 31 del Edicto de imprenta italiano, de 26 de mayo de 1848, establecieron que la publicación de las opiniones y votos de los Senadores y Diputados y las relaciones y otros escritos publicados por el Senado o por la Cámara, no pueden dar lugar a acción penal. En igual sentido, el Código Penal Alemán prescribe que las reseñas fieles a la verdad sobre las sesiones públicas de los órganos legislativos, o de comisiones, están exentos de toda responsabilidad.

En Francia, la Ley de Imprenta de 1819 sustrajo a toda acción judicial, sea criminal o civil los discursos pronunciados en el seno de las dos Cámaras, así como los informes y toda clase de piezas impresas por orden de una u otra de las cámaras.

La jurisprudencia argentina tiene declarado que no debe reputarse como calumniosa la reproducción de las versiones taquigráficas fuera de los diarios o sesiones. Además, la misma jurisprudencia considera que está amparado por el artículo 60 de la Constitución Nacional cuyo texto se refiere a la irresponsabilidad parlamentaria, el diputado que publica en un periódico una carta que contenga conceptos que pudieran ser calumniosos, si esa carta es reproducción de sus opiniones vertidas como diputado en el Congreso (11).

Esta excepción por el delito de injuria o calumnia en que pueda incurrir un diputado mediante la manifestación de sus opiniones o votos, posteriormente publicadas en algún medio de difusión, la entendemos que protege únicamente al representante (y a sus cómplices e instigadores); esto de conformidad con la naturaleza que en líneas atrás se analizó, del presente privilegio. Siguiendo las líneas del Dr. Hugo Muñoz (12), tenemos que en el caso de que un parlamentario manifieste en desempeño de su función algo injurioso o calumnioso y sus palabras se publiquen en un periódico, el Director o dueño será responsable por el

daño ocasionado a terceros, y el hecho de que haya sido el diputado quien dijo lo que aparece publicado no exime al director o dueño, de responsabilidad y de omitir la frase injuriosa, (art. 7 de la Ley de Imprenta). Debe tenerse presente que es responsabilidad de los medios de información evitar posibles daños a personas ocasionados por publicaciones injuriosas o calumniosas.

Tampoco se exime de responsabilidad al director o dueño del periódico si pone entre comillas lo que dice el diputado. Con mucho más razón es responsable si por obtenerse una primicia informativa, se presiona al diputado para que firme o publique el artículo injurioso.

Es diferente la responsabilidad de la empresa de radio o televisión que transmite directamente la sesión parlamentaria, pues es difícil controlar los debates de los diputados, ya que coinciden en el tiempo sus palabras con la transmisión y en este caso no cabe ningún tipo de responsabilidad (12ª).

D) *Consideraciones que se hacen en la sentencia No. 19 F de 1988 de la Sala Tercera acerca de la irresponsabilidad.*

La Sala Tercera manifestó lo siguiente:

"El artículo 110 de la Constitución Política establece un privilegio especial para los diputados, del cual no disfrutaban los restantes miembros de los Supremos Poderes, pues los primeros no son responsables por las opiniones que emitan en la Asamblea según la constitución. Se trata no de una inmunidad (entendida como un obstáculo para el ejercicio de la acción penal), sino de una verdadera y propia indemnidad, según la cual no son responsables penalmente aún cuando dejen de disfrutar del derecho de desafuero... .

Ese privilegio de inmunidad, como indicábamos, debe distinguirse de la indemnidad establecida en el párrafo primero del artículo 110 de la Constitución Política, según la cual "El diputado no es responsable

(11) Esquivel Salas, Hernán. op. cit pp. 65-66.

(12) Muñoz A. Hugo Alfonso. La Asamblea Legislativa en Costa Rica. Editorial Costa Rica, San José, 1977. pp. 65-66.

(12ª) Ibid.

por las opiniones que emita en la Asamblea...”, pues ello significa que aún cuando deje de ser tal no puede ser perseguido penalmente por las manifestaciones que hubiere emitido ante ese cuerpo colegiado. Sin embargo, si bien la norma cubre las opiniones del diputado en la Asamblea, ella no es absoluta, máxime cuando las opiniones no fueron emitidas en el plenario....

Muchos autores (sobre todo argentinos, mexicanos, españoles e italianos) señalan que los diputados tienen una amplia libertad de opinión, es decir una indemnidad (o irresponsabilidad penal) por todas las afirmaciones que hagan en el desempeño de su cargo, pero debe puntualizarse que en la mayoría de esos países se establece una indemnidad que no es similar a la contenida en nuestra norma constitucional. En efecto, el artículo 67 de la Constitución Política italiana dispone que “los miembros del Parlamento no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones” (Véase I Codici Penali con la Costituzione e leggi varie, annotati da Giuseppe Lattanzi, Giuffré, Milano, 1978, p. 1869); la Constitución mexicana dispone en su artículo 61 que “los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvencidos por ellas” (citado por JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México. Segunda edición aumentada, tomo V. 1983, p. 483); por su parte la reciente Constitución Política de la Provincia de Córdoba, Argentina, señala en el artículo 93 que “ningún miembro del Poder Legislativo puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones, discursos o votos que emita en el desempeño de su mandato de legislador” (Constitución Política de la Provincia de Córdoba”, Argentina, editada por el Banco Social de “Córdoba”, Argentina, 1987). En similar sentido, el inciso primero del artículo 71 de la Constitución Política española señala que “los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por la opinión manifestada en el ejercicio de sus funciones” (Constitución Política Española de 1978, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, tercera edición, Madrid, abril de 1979). Como puede apreciarse, todas esas normas señalan con términos parecidos, que los diputados no pueden ser objeto de persecución penal (en ningún caso) por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funcio-

nes. A partir de esas disposiciones, la doctrina citada por la defensa señala que los diputados tienen una amplia libertad de expresión, pues son irresponsables penalmente por todo lo que digan, sin importar el lugar, siempre que lo hagan en el desempeño de sus funciones como legisladores, pero lo cierto es que la norma costarricense no tiene el mismo contenido, como indicaremos, con limitaciones que las otras constituciones no hacen, al menos en forma expresa. En todo caso, y antes de analizar nuestra situación, aún con normas tan amplias como la italiana y la argentina, algunos autores de esos países mantienen un criterio restrictivo. Así, Biscaretti refiriéndose a la norma italiana afirma que “tal multiforme irresponsabilidad está estrictamente limitada en nuestro ordenamiento, a las opiniones y a los votos, y no se extiende, por consiguiente, a otros actos realizados en la Sala (que pueden, a veces, ser también penalmente perseguibles); además, continúa amparando al parlamentario (en relación con la actividad por él desplegada) después del cese del oficio, pero no obsta para que las opiniones citadas, si se vuelven a expresar en otro lugar (por ejemplo, en el ámbito periodístico: en forma independiente y no como simple reproducción de las “actas parlamentarias”), le hacen responsable, al respecto, según las normas del derecho común”. (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 381). El ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, Pablo Ramella, expresó, a partir de la norma constitucional de su país que “...la cláusula no protege al legislador por lo que haya dicho al margen del desempeño de sus funciones. Pero abarca, sin lugar a dudas, lo que el legislador exprese en el seno de las Comisiones de las Cámaras. Si el legislador publica por su cuenta discursos que contengan manifestaciones injuriosas, en cambio, los perjudicados pueden intentar las acciones del caso” (RAMELLA, Pablo. Derecho Constitucional, Depalma. Buenos Aires. 3ra. Edición actualizada, 1986, p. 669). Como puede apreciarse, no obstante que en esos países la norma otorga plena indemnidad a los legisladores por las opiniones que emitan en el desempeño de sus funciones, autorizados estudiosos del Derecho Constitucional señalan que ello debe entenderse limitado a sus discursos y opiniones emitidas en las reuniones del cuerpo legislativo o de comisiones. Nuestra disposición constitucional es diferente, y como lo intuyó hace muchos años un costarri-

cense, "la garantía ha sufrido, sin embargo, limitaciones constitucionales muy dignas de ser tomadas en cuenta para explicarnos su naturaleza y carácter propios. Así por ejemplo, en la Gran Bretaña, que fue de las primeras naciones en hacer la declaración del principio, los miembros de las Cámaras de los Lores y de los Comunes responden como particulares de las injurias, calumnias que hayan cometido en sus discursos si los publican por su cuenta..." (Así, LEIVA QUIROS, Elías. Principios de Ciencia Constitucional. Imprenta Gutenberg, San José, 1934, pp. 149 y 150). En efecto, la Constitución de nuestro país exime de responsabilidad a los diputados, insistimos, solo "...por las opiniones que emita en la Asamblea..." (Artículo 110), pero ello no puede extenderse a los campos pagados que hagan publicar en los periódicos" (13).

#### E) Análisis

Si bien es cierto que la doctrina reconoce límites a la irresponsabilidad parlamentaria, consideremos que el criterio dado por la Sala sobre este aspecto en el caso de nuestro país es restrictivo.

Encasillar las opiniones de los diputados a la Asamblea y al plenario, no lo creemos conveniente. No se debe olvidar la importancia que se les da actualmente a las Comisiones de Investigación que nombra el Plenario Legislativo para estudiar y rendir informes de enorme interés público y que su importantísima labor muchas veces trasciende a la Asamblea. Caso particular la Comisión de Narcotráfico.

Nuestro criterio es que el término "opiniones" es todo aquello que los diputados digan, escriban o hagan en el cumplimiento de su tarea: discursos pronunciados en tribuna o en Comisión, interrupciones en las sesiones, proposiciones de leyes o de resoluciones, informes, interpelaciones, preguntas escritas u orales o de una manera general, todo acto que supone que su autor es el titular de un mandato legislativo y que un ciudadano corriente no podría realizar (14).

En la doctrina se ha discutido durante varios años y con motivo de diferentes casos la posible extensión que debe darse a la inmunidad real o material, incluso aún cuando la constitución puede señalar taxativamente los actos del congresista. Lo anterior debido a la situación actual por la enorme importancia de los medios de comunicación colectiva, o sea esas condiciones que la vida moderna actual le exige al diputado, radio, televisión, imprenta servida por la composición mecánica, etc., hacen muy difícil el ejercicio de la función de representante de la nación, supeditado al ámbito de las Cámaras. Cada vez más los ciudadanos se interesan por los asuntos públicos o por reformas importantes a la legislación vigente, que puede incluso afectar un importante sector de la población; el diputado se ve obligado a utilizar tales medios de comunicación, informando a los ciudadanos sobre los asuntos por resolver en la Asamblea. Forzoso sería para el diputado ampliar el debate con ventajas para el funcionamiento del régimen democrático, ya que podemos considerar que en la actualidad las cámaras son apenas el centro de donde nace la acción parlamentaria y no se le debe confinar solo a ellas (15).

(13) Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia, San José, a las quince horas del veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Querrela por el delito de injurias por la pena. D.O.Q contra Y.Z. y otros.

La terminología utilizada por la Sala en cuanto a los conceptos: ver Zaffaroni G.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires. 1979.

En cuanto a los términos irresponsabilidad e inviolabilidad, se utiliza la terminología francesa. La inviolabilidad (en Francia irresponsabilité; en Italia insindacabilità... ver Enciclopedia Jurídica Francisco Seix, Tomo XII, Barcelona, 1977, pág. 720.

Parte de la doctrina denomina a la irresponsabilidad parlamentaria, inmunidad material, que se refiere a la garantía que disfruta el congresante de no ser perseguido por sus opiniones y votos en el ejercicio de la función legislativa. A la inviolabilidad parlamentaria, inmunidad procesal o formal, porque a diferencia de la primera no exime de responsabilidad, pero no podrá ser deducida mediante proceso sino con autorización de la cámara. Al respecto ver: Prieto Figueroa, Luis, Inmunidades Parlamentarias. Fotocopia, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. También se denomina a la irresponsabilidad parlamentaria, libertad de opinión y a la inviolabilidad parlamentaria, inmunidad penal, Biscareti Di Ruffia Paulo, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos S.A., 1965, pág. 380.

(14) A. Meller, Michel Parlaments, citado por Muñoz Quesada, Hugo A., La Asamblea Legislativa en Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1977. Pág. 64.

(15) Prieto Figueroa, Luis B. Inmunidades Parlamentarias, fotocopia biblioteca. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 15.



La Norma Constitucional debe interpretarse al diponer: "La Asamblea". No al edificio en que celebra sus sesiones el órgano deliberante ni que cubre únicamente las sesiones plenarias, sino que debe abarcar también las opiniones que el representante emita en las sesiones de comisión, ya sean ordinarias o especiales, aunque se reúnan fuera de la sede del Poder Legislativo (16).

Tal irresponsabilidad en Costa Rica (artículo 110 de la Constitución) no se trata de una suspensión o posposición del ejercicio de la justicia, que podría operarse una vez expirado el mandato legislativo, ni un privilegio de interpretación restringida que solo cubre al diputado en su opinión en el recinto o en el salón de sesiones de la Asamblea, sino de una protección de las opiniones que el representante realice en el ejercicio de su función, votos, expresiones, discursos, comentarios, escritos y manifestaciones de cualquier otra clase (17). Lo anterior, siempre y cuando los efectúe en su condición de diputado y contribuyendo con ellas a la formación de la voluntad general de la Cámara Legislativa.

Además, partiendo de que las deliberaciones que se producen en la Asamblea están dirigidas a la libre formación de la voluntad de las Cámaras, ésta puede perfectamente tener lugar fuera de su sede, no coincidiendo entonces dicha formación con el ámbito geográfico de las Cámaras.

Consideramos, al igual que el Dr. Luis Paulino Mora, que el término empleado por nuestra Constitución no es preciso y que el que se debió utilizar es "en el ejercicio de sus funciones", el cual resulta más comprensivo de toda la problemática, pues permitiría llamar a juicio al legislador por sus opiniones de carácter

delictivo, que realizara al margen de su actividad representativa, aún dentro del recinto de la Asamblea, reconociendo también al mismo tiempo que la actividad legislativa no se reduce a la Asamblea, sino la que pudiera realizar fuera de ella en ejercicio de sus funciones y colaborando en la formación de la voluntad general de la misma (18).

#### IV. INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA

##### A) *Concepto*

Esta inmunidad protege al representante contra las acusaciones que puedan llevarse a cabo contra él por hechos distintos a los protegidos por la irresponsabilidad, evitando así, que el elegido pueda ser objeto de intimidaciones o arrestos injustificados por parte del gobierno e incluso, de particulares que obstaculicen su función; salvo que mediante un procedimiento especial (desafuero) la misma asamblea acuerde que ha lugar a formación de causa, o termine su período de nombramiento (19). Está regulado tal concepto en el artículo 110, párrafo II de nuestra Constitución Política: "Desde que sea declarado electo propietario o suplente hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efecto en el caso de flagrante delito, o cuando el diputado la renuncie. Sin embargo, el diputado que haya sido detenido por flagrante delito será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare" (20). Se debe aclarar que en algunos países el procedimiento del levantamiento del obstáculo es diferente al establecido en Costa Rica. Para los delitos comunes son los tribunales comunes los que juzgan al funcionario una vez que la Cámara Legislativa le haya levantado el privilegio. En cuanto a los delitos funcionales los juzga el Senado, previa acusación de la Cámara de Diputados (21).

(16) Mora Mora, Luis Paulino. Ambito territorial de la Ley Penal. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid. Pág. 149.

(17) Ortiz Ortiz, Eduardo. Costa Rica, Estado Social de Derecho. Revista Ciencias Jurídicas, San José, No. 29, 1976, pp. 68-69.

(18) Mora Mora, op. cit. Pág. 149.

(19) Esquivel Salas, op. cit. págs. 61-62.

(20) Asamblea Legislativa de Costa Rica. Depto. de Servicios... op. cit. Pág. 396.

(21) Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional mexicano, Editorial Porrúa S.A., México. Págs. 556-558.

Costa Rica sigue un criterio subjetivo para establecer cuándo es necesaria la autorización de la Asamblea para proceder, basta que el delito sea atribuido a un miembro de los supremos poderes, sin observar el carácter o la naturaleza del hecho delictivo que se le atribuye. (Criterio objetivo) (22).

Por lo tanto, la diferencia entre delitos comunes o funcionales no procede para estos efectos y los miembros de los supremos poderes, en este caso los diputados, son juzgados por la corte plena en cualquier tipo de delito.

#### B) *Naturaleza Jurídica*

La teoría de la acción penal contempla dentro de sus supuestos, la existencia de las denominadas condiciones de procedibilidad. Estas son todas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción. Según su incidencia en el ejercicio de dicha acción, tales condiciones pueden dividirse en: a) condiciones para la promoción (inicio de la acción penal), que debe existir desde el momento en que se promueve la misma, como en el caso de la querrela; b) condiciones para la prosecución (ejercicio), dadas en razón de la naturaleza del delito, una cualidad del sujeto pasivo, o una cualidad particular del sujeto activo, en cuyo caso el ejercicio de la acción está condicionado a la manifestación de la voluntad de una determinada voluntad jurídica.

La autorización para proceder es el acto en el cual la autoridad competente, en los casos previstos por la ley, declara que consiente la prosecución de la acción penal, removiendo el obstáculo a ella puesto por una particular disposición de la ley. Es evidente, que de lo anterior se desprende que esta es la naturaleza de la inviolabilidad parlamentaria, en razón de una particular condición del sujeto activo (23). En el caso que nos ocu-

pa, tal particular condición se refiere lógicamente a la calidad de diputado o representante de los intereses generales de los integrantes de una comunidad ante la Asamblea Legislativa. Es imprescindible entonces la presencia del desafuero, o levantamiento de la inmunidad, para proseguir con el posible proceso incoado contra el legislador.

#### C) *Límites*

Dentro de los límites más importantes a la inviolabilidad parlamentaria y el cual interesa destacar, se refiere al ámbito temporal de la misma, ya que se reduce únicamente al período, de la función de legislador. Terminado tal período la protección ya no le cubre y queda allanado el camino para proceder contra él.

Finalizada entonces la legislatura, cesan inmediatamente las prerrogativas, ya que ha terminado el mandato cuya existencia es la única razón, por la cual son ellas concedidas (24).

Lo anterior es explicable debido a que la inmunidad no es un privilegio personal, sino que pertenece al cargo que se desempeña, o sea un privilegio funcional, y en este sentido se es o no inmune, por el hecho de desempeñar durante un tiempo un cargo público.

#### D) *Consideraciones que se hacen en la Sentencia No. 19 F de 1988 dictada por la Sala Tercera acerca de la inviolabilidad.*

La Sala manifestó lo siguiente:

La inmunidad constituye un obstáculo de rito para el normal desarrollo del ejercicio de la acción penal, y la disfrutaban todos los miembros de los Supremos Poderes y funcionarios equiparados. En virtud de ésta, las personas que la ostenten no pueden ser perseguidas por los hechos delictivos que realicen, mientras disfrutaban del privilegio, salvo que la Asamblea Legislativa disponga

(22) González Álvarez, Daniel. La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Colegio de Abogados, San José, 1986. Pág. 113.

(23) Garzona Messeguer, Ercilia. Procedimiento Penal fundado en obstáculos constitucionales. San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982. Págs. 76-80.

(24) Prieto Figueroa, Luis D. Inmunidades... op. cit. Pág. 5.

someterlos a proceso (desafuero o levantamiento de la inmunidad). Lo importante por destacar es que la inmunidad no se traduce en una irresponsabilidad penal, sino en un privilegio para no ser sometido a proceso mientras se ejerce el cargo por el cual se otorga. El rol desempeñado por algunos funcionarios justifica insertar criterios discrecionales para valorar la conveniencia de someterlos a una acusación penal mientras se desempeñan en el puesto. Ello tiende a garantizar la continuidad de la función pública y a evitar inoportunas interrupciones que puedan ocasionar a la colectividad daños mayores de aquellos ya producidos por el delito. Además, se trata de una necesaria garantía para la independencia y el equilibrio entre los Poderes del Estado, frente a una eventual extralimitación judicial, pero no significa que la persona adquiera un derecho a la absoluta irresponsabilidad penal, pues una vez concluido el período de sus funciones, dichos personeros son perseguibles penalmente como cualquier otro ciudadano, por hechos cometidos incluso en el tiempo en que ejercieron su mandato, ya se trate de delitos comunes o funcionales. Tal es el caso de varias personas que ocuparon cargos por los cuales se les otorgaba el privilegio de inmunidad y hoy son perseguidos penalmente como cualquier otro ciudadano, por hechos supuestamente cometidos cuando desempeñaban la función. Esto es posible precisamente porque la inmunidad no constituye un derecho a la irresponsabilidad penal sino que, en síntesis, significa un derecho a no ser sometido a proceso penal mientras se desempeña el cargo, salvo que lo autorice la Asamblea Legislativa de conformidad con el inciso 9 del artículo 121 de la Constitución Política. En ese sentido Costa Rica, a diferencia de otros países, sigue un criterio subjetivo para establecer cuándo es necesaria la autorización de la Asamblea legislativa para proceder. Para ese fin basta que el hecho delictivo sea atribuido a un miembro de los Supremos Poderes del Estado o a un funcionario equiparado, sin observar el carácter o la naturaleza del hecho delictivo, a diferencia de otros países donde se sigue un criterio objetivo, en los cuales se disfruta del beneficio de inmunidad, aún cuando ya no se ejerza el cargo, si el hecho fue cometido

con ocasión del ejercicio de sus funciones. (Al respecto véase ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1977, p.p. 231 ss.) (25).

#### E) *Análisis*

En el caso de la inviolabilidad parlamentaria, compartimos plenamente el criterio emitido por la sala, al considerar que tal instituto no es una inmunidad de fondo, sino un obstáculo de rito para el normal desarrollo de la acción penal y que en virtud de ésta, mientras el funcionario ejerce su cargo y durante el período por el cual se otorga, no puede ser sometido a proceso. No es entonces un privilegio de absoluta irresponsabilidad penal, pues una vez concluido el período de sus funciones, los beneficiarios de dicho privilegio son perseguibles como cualquier otro ciudadano.

Lo anterior tiene su fundamento básicamente en la naturaleza de dicho privilegio, el cual es funcional y no personal. Se es o no inmune, por el hecho de desempeñar durante un tiempo un cargo público. Por lo tanto, se protege al diputado en cuanto desarrolla su función legislativa y sus actuaciones como miembro de la cámara a que pertenece.

Otro aspecto contemplado en la sentencia, tal y como lo expresamos anteriormente, es que la legislación costarricense no atiende a razones objetivas del hecho, sino solamente a consideraciones subjetivas (no personales), en relación con la investidura del sujeto y por razones de interés político. Esto quiere decir que no es necesario establecer si se trata de un delito común o funcional, o que el mismo hubiere sido cometido, dentro o fuera del período de ejercicio del funcionario, ya que la referencia temporal que importa es la de si la acusación se establece cuando el sujeto estaba ocupando el cargo al cual pertenece el privilegio. Procede entonces la remoción del obstáculo para que pueda realizarse el juzgamiento por parte de la corte plena (26).

(25) Sala Tercera de la Corte. Sentencia de las quince horas del veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y ocho. Querrela por el delito de injurias por la prensa. D.O.Q. c/J.Z.N. y otros. Folio 21-22.

(26) Esquivel Salas, Hernán. *La inmunidad parlamentaria*, op. cit. págs. 157-158.



## V. CONCLUSION

Del anterior análisis, podemos concluir que la sentencia de la Sala Tercera comentada hace la diferencia de la naturaleza jurídica de la responsabilidad y la inviolabilidad. La primera la considera una inmunidad de fondo que protege a los diputados en su accionar legislativo, aunque el alcance de la misma la restringe a las opiniones que emita en la asamblea. La inviolabilidad parlamentaria es considerada como un obstáculo temporal para el desarrollo de la acción penal y protege al diputado de las posibles acusaciones que contra él

puedan entablar otros funcionarios gubernamentales o particulares, y entorpecer el desarrollo de sus funciones en la Asamblea. También se concluye que se trata de una prerrogativa de índole funcional y no personal, por lo tanto protege al diputado en cuanto desarrolla su función legislativa y sus actuaciones como miembro de la cámara a que pertenece. Pero al terminar su período de nombramiento cesa su inmunidad y puede ser acusado por sus actuaciones que tengan relevancia jurídica en el campo penal, salvo los actos protegidos por la irresponsabilidad parlamentaria.

## IV. BIBLIOGRAFIA

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Departamento de Servicios Técnicos, Constitución Política de la República de Costa Rica. Editorial Juricentro, San José, 1977.
- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis ILANUD, 1984.
- Bidhart Campos, (German J.). El Derecho Constitucional del Poder. Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1967.
- Biscaretti Di Ruffia, (Paulo). Derecho Constitucional. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1965.
- Bustos Ramírez, Manuel. Manual de Derecho Penal Español. Parte General, España, Ariel, 1984.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.
- Esquivel Salas, Hernán. La Inmunidad Parlamentaria. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1988.
- Garzona Messeguer, Ercilia. Procedimiento Penal fundado en obstáculos constitucionales. Tesis para optar el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1982.
- González Alvarez, (Daniel). La obligatoriedad de la acción en el proceso penal. Colegio de Abogados, San José, 1986.
- González Calderón, (Juan A.). Derecho Constitucional Argentino, historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución. Librería Nacional, Segunda Edición, Buenos Aires, 1923.
- Jecheck. Tratado de Derecho Penal. España. Bosch, 1981.
- Llobet Rodríguez, (Javier). Código de procedimientos penales anotado, con comentarios, concordancias y jurisprudencia. Alajuela, 1987.
- Mora Mora, (Luis Paulino). Ambito Territorial de la Ley Penal. Tesis doctoral, Univesidad Complutense de Madrid.
- Muñoz Quesada, (Hugo A.). La Asamblea Legislativa en Costa Rica. Editorial Costa Rica, San José, 1977.
- Ortiz Ortiz (Eduardo). Costa Rica. Estado Social de Derecho. Revista de Ciencias Jurídicas. San José. No. 29, 1975.
- Rodríguez, (Devesa). Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, Gráficas..., 1979.
- Seix (Francisco). Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977.
- Tena Ramírez, (Felipe). Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa S.A., México, 1980.

# COMPETENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL

*Lic. Cecilia Sánchez Romero*

## SUMARIO

I. Introducción. II. La unificación de la función constitucional. A) Antecedentes. B) La Sala Constitucional. C) Atribuciones en materia penal. III Examen de la aplicación de la ley penal costarricense a través de un recurso de hábeas corpus. IV. Incursión de la Sala Constitucional en la valoración de la prueba. IV. La condenatoria al pago de los daños y perjuicios causados.

## I. INTRODUCCION

La inquietud que han causado entre muchos funcionarios judiciales, algunos de los pronunciamientos vertidos por la recién creada Sala Constitucional, reflejada en la publicación del periódico "La Nación" del sábado 13 de enero de 1990, página 12 A, bajo el título "Jueces preocupados por fallos de la Sala IV", motivó nuestro interés por incursionar en este campo; haciendo un poquito de historia en lo que se refiere al proceso de elaboración de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y a las funciones de la Sala encargada de ejercer esa jurisdicción, particularmente aquellas que tienen que ver con el ámbito del Derecho Penal. Nos permitimos igualmente someter a análisis dos sentencias dictadas al resolver recursos de hábeas corpus, que nos parece son representativas en sus efectos, de esa preocupación, en este caso, de los funcionarios de la administración de justicia en la materia penal. La primera referida a la aplicación de la ley penal costarricense y la segunda a una incursión de la Sala en la valoración de la prueba que sustenta un procedimiento. Consecuencia de la resolución que se da a estos casos al declararse con lugar el hábeas corpus, la constituye la condenatoria al pago de los daños y perjuicios causados, de conformidad con lo que establece el artículo 27 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, que a nuestro juicio es de serias repercusiones en tanto

aplicación automática sin el correlativo análisis de la conducta del funcionario.

No obstante, queremos dejar claro que, por otra parte, la existencia de un órgano de tan alto nivel que tenga bajo su competencia el control de la legalidad y constitucionalidad, entre otras cosas, de la detención de las personas, constituye uno de los pilares fundamentales de la democracia, tan cuestionada y pisoteada muchas veces por detenciones ilegales y arbitrarias. El principio supremo de la libertad e integridad personales se erige entonces por encima de otros valores y pareciera legitimar así las decisiones emitidas; sin embargo, la discusión está planteada y nuestra pretensión ha sido exponerla, básicamente con el objeto de contribuir al fortalecimiento de la defensa de la libertad e integridad personales, combinada al mismo tiempo con una sana y correcta administración de justicia que no haga caer imperiosamente, sobre el funcionario actuante, una responsabilidad inestimable, capaz de traer como repercusión un efecto contrario: por un lado la puesta en libertad de cualquier persona sometida a proceso, por el temor a las consecuencias de índole patrimonial, y por otro, una saturación en el trabajo de la Sala en el tanto en que no se utilicen los mecanismos comunes del proceso penal y todo se lleve a conocimiento de la Sala por la vía del hábeas corpus.

## II. LA UNIFICACION DE LA FUNCION CONSTITUCIONAL

### A) *Antecedentes*

La dispersión de regulaciones de carácter legal existentes en materia de Hábeas Corpus, Amparo e Inconstitucionalidad, así como la necesidad de modernizar esa legislación de vieja data, fueron la motivación básica para la redacción de un proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, encargada a

una comisión especial, a mediados del año 1982. El grupo, integrado por representantes del Ministerio de Justicia, por el licenciado Fernando Coto Albán, de grata memoria, y varios abogados, tomó como base de discusión un anteproyecto redactado por el doctor Rubén Hernández Valle. Posteriormente se hicieron otros dos anteproyectos consecutivos que fueron discutidos ampliamente por la comisión y el magistrado Coto Albán -cuya intervención lo fue conforme a su propio criterio, sin comprometer la opinión de la Corte, como él quiso expresamente que se consignara-; redactó lo que vino a ser el primer proyecto de la comisión, el que fue discutido públicamente en un seminario celebrado en el Salón de Conferencias de la Escuela Judicial. Las observaciones que se formularon como producto de estas discusiones, así como las provenientes de los documentos sucritos por el licenciado Antonio Picado Guerrero -también de grata memoria- y del doctor Néstor Pedro Següès (magistrado del Tribunal Superior en Argentina), respondiendo a consultas formuladas por el entonces Ministro de Justicia, doctor Carlos José Gutiérrez, dan lugar a un segundo proyecto distribuido en junio de 1985. La Corte Plena lo discutió en varias sesiones hasta que finalmente aprobó el texto definitivo del proyecto, en la sesión ordinaria del 5 de mayo de 1986. "De esa manera se logra refundir en un solo cuerpo legal todas las disposiciones que regulan el Hábeas Corpus, el Amparo y la Demanda de Inconstitucionalidad; y se establece un nuevo capítulo, sobre conflictos de competencia y de atribuciones constitucionales entre los órganos supremos del Estado" (1). Posteriormente el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo, nombró una comisión interinstitucional integrada por el Presidente del Colegio de Abogados, Dr. Enrique Rojas Franco, por el Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Bernardo Van der Laat, el Procurador General de la República, Lic. Luis Fernando Solano, el Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones, Lic. Gonzalo Brenes, dos diputados, los licenciados Carlos Monge y Fernando Volio, quien por razones de salud no pudo incorporarse al trabajo; el Lic. Rodolfo Piza y los magistrados Lic. Alejandro Rodríguez Vega y Dr. Daniel González Álvarez; con el objeto de

revisar todos los proyectos de ley de interés para el Poder Judicial. Esta comisión examinó, entre otras cosas, la reforma a la Constitución Política que creó la Sala Constitucional y el proyecto de creación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, haciendo varias observaciones que fueron recogidas y se constituyeron en el texto final del proyecto que fue enviado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea Legislativa. Finalmente en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos, participaron otros destacados juristas, hasta ser aprobada definitivamente por el plenario.

#### B) *La Sala Constitucional*

La Ley de Creación de la Jurisdicción Constitucional número 7135 del 11 de octubre de 1989, definió como atribuciones de la jurisdicción constitucional, en el artículo 2, las siguientes: a) Garantizar, mediante los recursos de Hábeas Corpus y de Amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica. b) Ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad. c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las Municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público. ch) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan.

Esta jurisdicción es ejercida, por disposición de la propia ley, por la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política, y de las funciones que hemos señalado, nos interesa mencionar brevemente en este artículo las referidas a la materia penal y dentro de éstas destacar algunos pronunciamientos.

1) Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, Exposición de Motivos y Proyecto de Ley. En Revista Parlamentaria. V. I. No. 1, dic. 1986. San José, Costa Rica, p. 128.



### C) *Atribuciones en materia penal*

Parte importante de las atribuciones conferidas a la Sala Constitucional están comprendidas por las que atañen a la materia penal. En primer término, tenemos la regulación del recurso de hábeas corpus como mecanismo para garantizar la libertad e integridad personales, así como el derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso del territorio nacional. Para la resolución de ese recurso la Sala examina, entre otros aspectos, la competencia de la autoridad para dictar la restricción de la libertad o la medida impuesta; la legalidad de la detención, la existencia de un auto de detención o prisión preventiva legalmente decretado o si la pena que se está descontando es la impuesta por sentencia firme; la legitimación de la incomunicación; si la detención, prisión o medida acordada se cumple en condiciones legalmente prohibidas y si el hecho que se le imputa está o no previsto por ley preexistente. Declarado con lugar el hábeas corpus, se dejan sin efecto las medidas impugnadas en el recurso, se restablece al ofendido en el pleno goce de su derecho o libertad, etc. y se condena además a la autoridad responsable a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que se liquidarán y ejecutarán en la vía contencioso administrativa por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en la Ley Reguladora de esa jurisdicción. Este último efecto viene causando gran preocupación y al respecto formularemos alguna observación en el aparte V de este trabajo.

La competencia para resolver las acciones de inconstitucionalidad, así como el ejercicio de la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los supuestos que señala el artículo 96, constituyen otra atribución de repercusiones en el campo penal. Igualmente lo son, las consultas de constitucionalidad que legitiman a todo juez para consultar a la Sala Constitucional, cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar o de un acto, conducta u omisión, que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. Esta consulta debe hacerse preceptivamente cuando, se vayan a resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada

violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; en estos casos, la Sala Constitucional definirá el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, pero no calificará ni valorará las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso.

Particularmente nos interesa, como objetivo principal, destacar dos pronunciamientos emitidos al resolver algunos recursos de hábeas corpus, que han suscitado polémica, en la medida en que, conclusiones que pueden ser jurídicamente vistas desde otro ángulo, producen consecuencias importantes y serias para los funcionarios responsables del dictado de la resolución impugnada, y en otros campos implican una incursión en el campo de la valoración probatoria, sustitutiva del pronunciamiento del juez.

### III. EXAMEN DE LA APLICACION DE LA LEY PENAL COSTARRICENSE A TRAVES DE UN RECURSO DE HABEAS CORPUS

Se sometió a conocimiento de la Sala Constitucional un Recurso de Hábeas Corpus en favor de un ciudadano panameño detenido, procesado y acusado por el delito de robo agravado, el haber participado supuestamente en los siguientes hechos: El ofendido XX conduciendo un vehículo, circulaba por carretera panameña en zona cercana a la frontera con Costa Rica, cuando se encontró con tres personas que le solicitaron las trasladara hasta un bar, ubicado en territorio costarricense, a lo que él accedió. Antes de llegar a ese lugar, uno de los sujetos, lo amenazó con un cuchillo o puñal, mientras la encartada XX le sustrajo unos dólares y el reloj que portaba el perjudicado, y lo obligaron a desviar el vehículo hacia territorio costarricense; una vez pasada la frontera, frente al salón al que habían pedido ser llevados los encartados, en territorio nacional, el ofendido hizo sonar la bocina y éstos se dieron a la fuga; siendo detenidos posteriormente dos de ellos, sin que pudiera recuperarse el reloj sustraído.

Por resolución No. 53-89 de las 17, hrs. del 1o. de noviembre de 1989, la Sala Constitucional resolvió lo siguiente: "II.- El Código Penal en su artículo 20 recepta la teoría de la ubicuidad para fijar el lugar de comisión del hecho punible, estableciendo que lo es aquél en que

se desarrolló en todo o en parte la actividad delictiva de autores o partícipes o en el que se produjo o debió producirse el resultado; este último relacionado con los delitos a distancia, sea en aquellos en que el resultado se separa en el espacio o en el tiempo del lugar y tiempo de la acción. En el presente caso no existe separación entre el momento de la acción y el resultado del hecho, razón por la que no es dable aplicar, lo dispuesto en el inciso 2o. del citado artículo 20, de modo tal que el delito investigado debe tenerse como cometido en el lugar en que se dio la acción constitutiva del delito investigado (robo, artículo 212 inciso 3o. del Código Penal), sea el apoderamiento ilegítimo de los objetos que le fueron sustraídos al perjudicado..., lo que ocurrió en territorio panameño, según se desprende del propio requerimiento de instrucción en el que el Agente Fiscal de Corredores apuntó: "...al llegar a la zona del Salón el Rodeo el sujeto que sostenía el cuchilló obligó al ofendido a desviar el automóvil que conducía hacia territorio costarricense", luego se dieron a la fuga, y del dicho del ofendido cuando aseguró que "los mismos -se refiere a quienes ejecutaron la acción en su contra- me asaltaron en carretera panameña" (ver declaración de folio 17 vuelto del expediente principal tramitado en el Juzgado de Instrucción de... "V.- El artículo 26 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, No. 7135 de once de octubre del año en curso, publicada en el Alcance No. 34 a la Gaceta No. 198 de octubre citado, dispone que esta Sala, al declarar con lugar un hábeas corpus, debe condenar a la autoridad responsable a la indemnización de los daños y perjuicios causados, razón por la que se condena a la licenciada..., Juez de Instrucción de... a la indemnización de los daños y perjuicios causados con la prisión a que fue sometido ... como consecuencia de la instrucción seguida en su contra por la citada autoridad judicial.- POR TANTO: En mérito de lo expuesto y normas legales citadas, se declara con lugar el hábeas corpus interpuesto y en consecuencia se ordena la libertad de... al estimarse que no es de aplicación la normativa penal costarricense en relación con el delito de robo que se les atribuyó como cometido en perjuicio de... ciudadano de nacionalidad panameña".

Sin embargo, pensamos que el caso examinado bien puede conducir a una solución diferente que sí permite la aplicación de la ley penal costarricense. Aún admitiendo la tesis de que en la situación descrita no

existe separación entre el momento de la acción y el resultado del hecho, como lo expresa la resolución de la Sala; lo cierto es que la acción comenzó a desarrollarse en territorio panameño, pero continuó desarrollándose en el territorio costarricense e inclusive fue aquí donde se consumó, puesto que para que exista apoderamiento como hecho consumado, se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia, el bien debe haberse sacado de la esfera de custodia del ofendido y esto fue lo que ocurrió en el caso analizado, y ya en territorio nacional cuando los imputados se dieron a la fuga, siendo capturados dos de ellos, sin que apareciera uno de los bienes sustraídos. Es más, pensamos que aún el hecho no se hubiera consumado, por no haber sido sacados los objetos de la esfera de custodia del perjudicado, siempre sería posible aplicar la ley penal costarricense, de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal, puesto que la acción delictiva se desarrolló en parte en el territorio nacional desde el momento en que el vehículo del ofendido ingresa a nuestro país y se mantiene la conducta delictiva. Creemos que el problema más grave que se plantea en estos supuestos, es que, como ha quedado en evidencia en este caso y podría serlo en otros, un problema cuya solución jurídica es discutible, genera consecuencias de índole patrimonial para el funcionario actuante y esto puede traer algunas repercusiones que comentaremos más adelante.

#### IV. INCURSION DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA VALORACION DE LA PRUEBA

Si bien por la vía del hábeas corpus debe la Sala examinar la legitimidad de la detención para establecer si ésta se ordenó ilegítimamente o contra lo dispuesto en el artículo 37 de la Constitución Política, o si por algún motivo fuere indebida la privación de la libertad o la medida impuesta, hay un pronunciamiento que nos parece interesante comentar, en el cual, se ha producido una incursión de la Sala en el material probatorio que consta en el caso que se examina, sustituyéndose la decisión del juzgado. Así, se ha dicho "...Segundo. En la causa a que se refiere el presente hábeas corpus resulta a este momento de la investigación, que las pruebas aportadas demuestran que se cometió un delito de violación en perjuicio de..., dado que a la fecha de los hechos era menor de doce años y en la actualidad se



encuentra en estado de gestación. Pero las probanzas recibidas no acreditan como probable la participación de ... (el imputado) en la acción investigada, pues el marco probatorio cambia sustancialmente en ese sentido a raíz de la segunda declaración de la ofendida, en la que afirma que el procesado ... nunca ha mantenido relaciones sexuales con ella, dando además razones del porqué de su dicho inculpativo inicial y el cambio radical de su declaración en que a la participación de ... Tercero. Si para ordenar el procesamiento, el señor Alcalde de ... en fundamento únicamente en la versión de la ofendida y luego ella, dando razones de creíbles, cambia el contenido de su declaración en lo que respecta a ..., no es dable mantener la prisión acordada, pues con la prueba recibida hasta el momento no existe base para tener como verosímil que participara delictivamente en los hechos investigados. (artículos 37 y 48 de la Constitución Política" (2)

La naturaleza de la resolución transcrita nos plantea además algunas interrogantes que, por otra parte, no parecen estar claramente resueltas en la nueva ley, qué pasa con este procesamiento si una autoridad de tan elevado rango afirma que con la prueba recogida hasta el momento no existe base para tener como verosímil que participa delictivamente en los hechos investigados"; nótese que aún cuando la parte resolutoria solo se refiere a la puesta en libertad del imputado, es obvio que el procesamiento fue valorado por la Sala; ¿cuál es el camino procesal que le queda al instructor en estos casos? Mantener un procesamiento en esas circunstancias parece cuestionable y revocarlo con fundamento en la decisión de la Sala convertiría a ésta en el superior jerárquico del instructor, resolviendo por el fondo los asuntos sometidos a su conocimiento por vía del recurso de hábeas corpus.

Es cierto que siempre ha existido la interrogante en cuanto a cómo enmendar el problema de las detenciones a veces no solo ilegítimas sino hasta arbitrarias decretadas por algunas autoridades; pero también nos

preocupa la seguridad jurídica y la puesta en juego de las decisiones jurisdiccionales en su contenido, cuando no se sigue el proceso jerárquico establecido por el procedimiento penal que nos rige. Es cierto que ya en el año 1983, concretamente en la Sesión de Corte Plena del 31 de octubre, la Corte acogió un recurso de hábeas corpus señalando que si el único elemento probatorio que servía de respaldo a la detención era el extraído de una grabación telefónica, el mismo resultaba insuficiente por cuanto la Sección de Investigaciones Físicas del Departamento de Laboratorio de Ciencia Forense del O.I.J. no logró determinar con certeza si la voz supuestamente atribuida a la procesada era en efecto la suya (3).

Esta decisión nos sorprendió entonces, pues por esa vía la Corte Plena, valorando la prueba, sustituyó la decisión del juez instructor. No tenemos noticias de resoluciones en igual sentido que se hubieran producido con posterioridad, dictadas por la Corte Plena cuando ésta tenía a su cargo el conocimiento de esa materia. Más bien, posteriormente, la Corte ratificó en varios pronunciamientos, que carecía de facultades para dejar sin efecto, por la vía del hábeas corpus, el fallo dictado por los tribunales competentes. En la sesión de Corte Plena del 11 de julio de 1983, se resolvió un caso bien interesante en el que se planteó un recurso de hábeas corpus, al estimarse que la privación de libertad era ilegítima, por estar fundada en una sentencia que no cumplía con los requisitos que exige el Código de Procedimientos Penales. Por estimarlo de interés a los fines de este pequeño trabajo, transcribimos la decisión de mayoría que se produjo en los siguientes términos: "La Sala Tercera al resolver el recurso de queja interpuesto señaló que es cierto efectivamente que el juzgador a quo no observó esos lineamientos jurídicos en cuanto a la sentencia dictada -error jurídico que convierte en nula la resolución que se ataca-, "pero el principio de taxatividad que concibe el criterio que da contenido a esta resolución niega facultad a esta Sala para subsanarla". El recurso interpuesto se declara sin lugar, pues la privación de libertad del imputado obedece a la sentencia

(2) Sala Constitucional. Voto No. 9-89 de las 15,49 hrs. del 6 de octubre 1989.

(3) Jurisprudencia constitucional. Tomo IV, Editorial Judicial, San José, Costa Rica, mayo de 1988, pág. 106.



condenatoria decretada en su contra; y esta Corte carece de facultades para dejar sin efecto, por la vía del hábeas corpus, el fallo que dictó el juzgado penal. (S.C.P. 11-07-83)". (4) Igualmente el voto minoritario, suscrito por el señor magistrado Edgar Cervantes Villalta, estimando que hay una nulidad de fondo absoluta y consecuente ineficacia; nos parece de sumo interés y lo transcribimos con los antecedentes del caso, incluyendo el razonamiento de la Corte para acoger la revisión del acuerdo que declaró sin lugar el hábeas corpus: "La circunstancia de que la Sala Tercera de la Corte llamara la atención al juez penal a quo, por no haber redactado la sentencia en que condenó al imputado en cuyo favor se interpone el presente recurso, de acuerdo con las indicaciones de los artículos 393, 395, 398 y 399 del Código de Procedimientos Penales, al anotar que la fundamentación no fue explícita, de ninguna manera ello pone de manifiesto que el recurrente sea inocente y que, consecuentemente, se le haya privado de su libertad en forma ilegal, y que, por lo tanto, deba declararse con lugar el recurso planteado de hábeas corpus, ya que éste solo procede si el tribunal que lo juzgó no es competente, si el hecho no está tipificado previamente como delito o que la condena impuesta tampoco está prevista en la ley según lo preceptúan los artículos 9 y 10 de la Ley de Hábeas Corpus. Es evidente que el propósito de esa Sala es el de que esas anomalías puramente formales, las corrija los tribunales al pronunciar en el futuro sentencias, pues si bien el juez de mérito desacató los lineamientos de los textos legales primeramente citados, la Sala está inhibida para corregir dichos defectos, pues carece de competencia. Ahora bien, tiene facultades esta Corte para entrar a anular la sentencia en examen por la vía del hábeas corpus? La respuesta es negativa, porque los artículos 9 y 10 de la Ley de Hábeas Corpus, no le dan tal competencial. Y más que esa razón, esta Corte impedida a tal actuación por lo preceptuado en la norma constitucional del artículo 42 al establecer: "Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de casa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.". Esa garantía constitucional indudablemente aplica "el valor seguridad jurídica, tanto en las relaciones de los ciudadanos entre sí, como de estos con el Estado, y en particular respecto del derecho

subjetivo de castigar del último. Permitiendo así, que en determinado momento se dé por solucionado un conflicto, prohibiendo su reproducción en el futuro, para que no implique una perturbación a la paz social", como lo expresó Carlos J. Rubianes (Derecho Procesal Penal, Tomo III, pág. 511).

Se recibieron dos votos por acoger la revisión del acuerdo en que se declara sin lugar el hábeas corpus; uno de ellos se pronunció así para dar oportunidad a que se examine de nuevo el fondo del asunto y otro con planteamiento que resulta interesante transcribir: El defensor del imputado pidió nulidad de la sentencia y le fue denegada por el juzgado; presentó luego recurso de casación y el juzgado no lo concedió por carecer de ese recurso el fallo mencionado; interpuso recurso de queja ante la Sala Tercera, la que desestimó por el mismo motivo. "Demás está decir que la inadmisibilidad del recurso de casación por el juzgado y la sala está correcta, pues la sentencia carece de ese recurso, aunque lo hiciera tan solo con el propósito de evitar que los jueces incurran en situaciones como la de comentario, lo cierto es que en su resolución la sala expresó que la sentencia adolece de los requisitos mínimos que debe contener, y que ese error jurídico convierte en nula la resolución. Y aquí es entonces donde debe preocupar mucho lo ocurrido, porque no obstante la nulidad de que adolece la sentencia se mantiene y con base en ella una persona sufre prisión y no se encuentra otro medio para poner término a esa situación. Porque la Sala de Casación nada puede hacer, porque en el caso concreto el fallo carece de ese recurso, el juzgado denegó la nulidad que por separado se le pidió, y no se ve que se esté ante un caso de revisión, por la taxatividad de causales que contiene el artículo 490 del Código de Procedimientos Penales. Si bien todo se debe a la omisión de requisitos de la sentencia, en la especie la nulidad no es sólo de forma o relativa, sino que incide también en el fondo, conforme ya se explicó, por lo que viene a ser de este último carácter, es decir, de fondo o absoluta. Y no se diga que no es de fondo o absoluta, porque la ley expresamente no lo establece así, porque como es bien sabido las leyes son abstractas, generales y por más que se quiera no siempre pueden expresar en detalle todos los casos a los que se puedan aplicar, de ahí que

(4) Jurisprudencia constitucional. op. cit. pág. 107.

corresponde al jurista, al intérprete, adecuarlas y aplicarlas a las circunstancias de cada caso concreto. No interesa ni corresponde ahora la inocencia o culpabilidad del imputado, lo único que interesa es que, inocente o culpable, guarda prisión impuesta por una sentencia que por lo dicho no es válida, que independientemente de cualquier declaratoria de nulidad carece de eficacia; dicho de otro modo, es de ejecución ineficaz y torna en ilegítima la privación de la libertad que con base en ella se ha impuesto a una persona, quien quiera que ella sea (Artículos 48 de la Constitución Política y el 1 de la Ley de Hábeas Corpus número 35 de 24 de noviembre de 1932).

La Ley de Hábeas Corpus, en el artículo II, incisos 3 y 4, establece la improcedencia con rechazo de plano del recurso, en los casos de apremio corporal. Sin embargo, la Corte ha considerado y resuelto que ello es así cuando el apremio corporal ha sido legalmente decretado, porque de lo contrario es ilegítima la privación de la libertad y por ello es que en diferentes ocasiones ha declarado con lugar el hábeas corpus, por privación de la libertad originada en un apremio corporal. Y así lo ha hecho la Corte aun en casos en que los Tribunales Superiores respectivos han conocido y confirmado en segunda instancia, porque conforme al artículo 10 de la Ley de Hábeas Corpus, lo que corresponde es decretar la cancelación de la orden de detención y la libertad inmediata del perjudicado. O sea, que no se declara la revocatoria o nulidad de las respectivas resoluciones; éstas se mantienen formalmente en los procesos, pero han venido a ser ineficaces a los efectos de la privación de libertad. ¿Es que la solución debe ser diferente cuando se trata de la sentencia por el efecto de la cosa juzgada?. Aunque un sector de la doctrina haya sostenido o lo sostenga así, la verdad es que la doctrina cambia, pues cambian las ideas, las opiniones, los conceptos y desde luego las leyes mismas. Y por otra parte, es punto muy cuestionable el de si la cosa juzgada puede tener como base una sentencia que, como en el caso concreto, adolece de nulidad absoluta.

Debe tenerse muy presente que se trata de un derecho de naturaleza tan superior como el de la

libertad de la persona, que por ello es que contra su restricción ilegítima se concede el recurso de hábeas corpus, de conocimiento del más alto Tribunal de la República como es el de la Corte Suprema (artículo 48 de la Constitución Política). La Corte actúa entonces en su función de Tribunal Constitucional, en tutela de uno de los más importantes derechos que consagra la Constitución, el de la libertad, respecto del cual su actuación está muy por encima del resto del ordenamiento jurídico. Es así como de acuerdo con todo lo expuesto, en mi criterio la sentencia es de ejecución ineficaz para privar de la libertad al imputado, restricción que entonces es ilegítima, razón, por la cual mi voto es por acoger la revisión y el recurso de hábeas corpus". (En este sentido es el voto del señor magistrado don Edgar Cervantes Villalta) (S.C.P. 18-7-83)" (5)

El razonamiento de este voto de minoría despertó siempre nuestra inquietud y puso en evidencia que hay situaciones reales en las que definitivamente la privación de la libertad, aún con fundamento en una resolución judicial podría devenir en ilegítima. Creemos que en este caso, efectivamente la detención no pudo ser legítima si su sustento era una sentencia de ejecución ineficaz y ameritaba por supuesto una resolución que la Corte pudo haber adoptado por la vía del recurso de hábeas corpus, dada la magnitud del vicio, sin que ello implicara una sustitución de la voluntad del juzgador; pero resoluciones como la transcrita al inicio de este aparte, donde la Sala Constitucional valora el material probatorio, concluyendo que del mismo no se desprende la participación del acusado, hacen surgir algunas interrogantes y nos pone a pensar que es efectivamente cierto que este tribunal debe velar por el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales a la hora de ordenarse la detención de alguna persona; debe corroborar que se hayan cumplido los presupuestos que la Constitución y la ley establecen al efecto; pero no pareciera lógico que se sustituya al tribunal en la decisión valorativa de la prueba, pues para ello el ordenamiento procesal tiene sus Trámites establecidos, y si así ocurriera, la Sala Constitucional vendría a ser en este campo, indirectamente, más que un guardián del respeto a los derechos constitucionales,

(5) Jurisprudencia Constitucional. op. cit. p.p. 108-112.

un tribunal de instancia, y no creemos que ese fuera el objetivo de su creación.

Por otro lado, nos llama a meditación también el hecho de que el examen sobre los elementos probatorios ocurra cuando no se ha dado a los órganos de la Administración de Justicia Penal, la oportunidad de adquirir certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho punible y poder así establecer o no la participación del imputado, pues es obvio que la resolución de la Sala puede condicionar o perjudicar la decisión de estos órganos.

#### **V. LA CONDENATORIA AL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS**

Por disposición expresa de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la sentencia que declare con lugar un recurso de hábeas corpus, aparte de dejar sin efecto las medidas impugnadas en el recurso, ordena restablecer al ofendido en el pleno goce de su derecho o libertad que le hubiere sido conculcada y establece los demás efectos de la sentencia para el caso concreto. Condenará además a la autoridad responsable a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que se liquidarán y ejecutarán en la vía contencioso administrativa por el procedimiento de ejecución de sentencia. Esta última consecuencia, de aplicación automática, si bien puede tener la sana finalidad de obligar al funcionario a ser muy cuidadoso en la decisión

sobre la libertad de las personas y por supuesto resarcir a quien ha sido privado ilegítimamente de su libertad, no pareciera ser la solución más adecuada, pues estimamos que el derecho de resarcimiento como carga impuesta al funcionario, debe serlo únicamente en la medida en que su actuación pueda considerarse arbitraria o ilegal; nótese que por ejemplo en el caso que comentamos en el aparte III de este trabajo, la apreciación sobre la posibilidad de aplicar la ley penal costarricense es discutible, y lo mismo ocurre cuando la decisión sobre el recurso se basa en la insuficiencia del material probatorio que sustenta un procesamiento, sobre todo en este último caso cuando hasta el superior ha confirmado la resolución. Creemos entonces que resultaría prudente un análisis sobre la conducta del funcionario y solo cuando se pueda establecer la ilegalidad o arbitrariedad de su proceder, ordenar el pago de la indemnización mencionada; en los demás casos, debe ser el Estado el que asuma la carga indemnizatoria como un riesgo objetivo de la prestación del servicio público ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

Esperamos que las ideas expuestas sean de alguna utilidad y llamen a meditación también a los administradores de justicia en materia penal, a efecto de observar el mayor cuidado y prudencia cuando se trate de restringir la libertad individual; e igualmente motive a los órganos encargados de la formación profesional a tomar las decisiones pertinentes que conlleven a estimular el estudio y profundización de la materia a su cargo, todo en aras de un sano y correcto ejercicio de la función encargada.

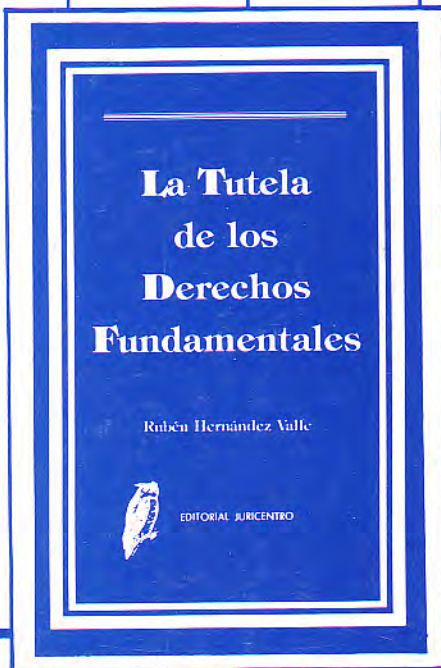
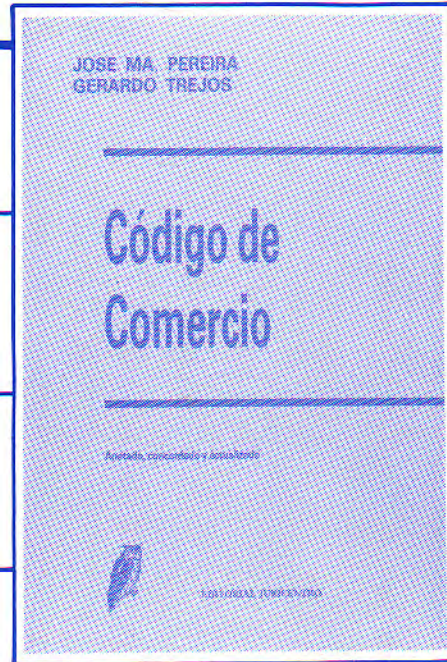


Impreso en Costa Rica por: Impresos **TRES G**, s.a.

Teléfono: 51-4419 FAX 52-0567

Apartado 595 Cartago. Costa Rica.

# Editorial Juricentro presenta sus últimas publicaciones



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