

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

NOVIEMBRE 1990

Año 2 Nº3

DOCTRINA EXTRANJERA

¿Alternativas al principio de culpabilidad?
Winfried Hassemer.

DOCTRINA NACIONAL

Límites del control social a través del
sistema penal
Henry Issa El Khoury Jacob

Acerca de la declaración del imputado
José María Tijerino Pacheco

Responsabilidad penal de los directores de diarios y la
jurisprudencia en Costa Rica
Luis Sáenz Zumbado

La carga de la prueba en el proceso penal.
Mario Houed Vega

Algunas consideraciones sobre el delito de
las muchedumbres

Daniel González Alvarez

LEGISLACION COMENTADA

La naturaleza inconstitucional del artículo 27 de la Ley sobre
sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y
actividades conexas

María Gerarda Arias Méndez

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente
Cecilia Sánchez Romero

La validez constitucional
Carlos Tiffer Sotomayor



SUMARIO

DOCTRINA EXTRANJERA

¿Alternativas al principio de culpabilidad? _____ 2-9
WinFried Hassemer.

DOCTRINA NACIONAL

Límites del control social a través del sistema penal _____ 10-20

Henry Issa El Khoury Jacob

Acercas de la declaración del imputado _____ 21-30

José María Tijerino Pacheco

Responsabilidad penal de los directores de diarios y la jurisprudencia en Costa Rica _____ 31-39

Luis Sáenz Zumbado

La carga de la prueba en el proceso penal. _____ 40-44

Mario Houed Vega

Algunas consideraciones sobre el delito de las muchedumbres _____ 45-60

Daniel González Alvarez

LEGISLACION COMENTADA

La naturaleza inconstitucional del artículo 27 de la Ley sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas _____ 61-63

María Gerarda Arias Méndez

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente _____ 64-82

Cecilia Sánchez Romero

La validez constitucional _____ 83

Carlos Tiffer Sotomayor

DIRECTIVA DE LA ASOCIACION

Presidente

José Manuel Arroyo Gutiérrez

Vicepresidente

Carlos Tiffer Sotomayor

Secretario

Víctor Dobles Ovarés

Tesorera

Cecilia Sánchez Romero

Fiscal

Alfonso Chávez Ramírez

Vocal

Rafael Gairaud Salazar

Dirección de la Revista

Corte Suprema de Justicia.

Apdo. Postal 3-1003

San José - Costa Rica.

Diseño gráfico, diagramación de textos y artes finales: Dirección de producción de EUROAMERICANA DE EDICIONES. Levantado de texto: Lautaro de la Cruz Picado. Diseño de portada: Gerardo González, utilizando grabado de Francisco Amigheti. Impreso en Punto Uno, en el mes de noviembre de 1990.

PRESENTACION

La Asociación ha continuado su actividad. Ya se encuentra debidamente inscrita, con su personería jurídica en regla. Asimismo reiniciamos las discusiones críticas sobre jurisprudencia penal de interés, actividad que se lleva a cabo en la Escuela Judicial los primeros lunes de cada mes, a las cinco de la tarde, con la participación de jueces, abogados, fiscales, defensores y estudiantes de derecho. La labor de investigación tampoco se ha detenido. Cumplimos con el compromiso que adquirimos al presentarles este tercer número de la Revista semestral de la Asociación. En esta oportunidad el profesor alemán WinFried Hassemer colabora en la Sección de Doctrina Extranjera con un interesante trabajo sobre la culpabilidad. De seguido ofrecemos varios trabajos en la Sección de Doctrina Nacional, de varios de nuestros asociados, la mayoría de ellos profesores universitarios en las diferentes disciplinas de las ciencias penales.

Abrimos una sección nueva denominada Legislación Comentada, en la que pretendemos incluir comentarios de la legislación penal, o de proyectos de ley relacionados con las ciencias penales. En la Sección de Jurisprudencia incluimos una interesante selección de los más relevantes fallos de la Sala Tercera y de la Sala Constitucional, de los primeros meses del presente año, finalizando con una opinión sobre el conflicto surgido en un Tribunal Superior, a consecuencia de la lectura de una sentencia. El Consejo Editorial desea dejar patente su agradecimiento al señor Luis Sáenz Zumbado, quien por tener la doble profesión de egresado de la Facultad de Derecho y periodista, nos viene brindando su colaboración para editar la Revista.

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez

Henry Issa El Khoury Jacob

José Manuel Arroyo Gutiérrez

¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?

Winfried Hassemer

Catedrático de Derecho Penal, Teoría y Sociología del Derecho en la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt (Main)

SUMARIO

I. La erosión del principio de culpabilidad: 1. Política criminal. 2. Dogmática de la culpabilidad.-II. La irrenunciabilidad al principio de culpabilidad: 1. Posibilitar la imputación subjetiva. 2. Excluir la responsabilidad por el resultado. 3. Diferenciar grados de participación interna. 4. La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.-III. El reproche de culpabilidad: 1. Libertad de voluntad y proceso penal. 2. Derecho Penal y vida cotidiana.- 3. Reproche de culpabilidad y ley penal.- IV. Resumen.

I. LA EROSION DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad está siendo bombardeado. Tras mucho tiempo sin ser cuestionado como justificación de la pena, como indicador de su medición y como criterio de imputación y exculpación, se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, como signo de un Derecho Penal autoritario que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general, y como obstáculo en el camino hacia un Derecho Penal humanitario que no ate al autor de un delito con su culpabilidad, sino que le señale soluciones.

A quien esta crítica al principio de culpabilidad le suene demasiado a Ciencia Social, que piense en la actual discusión sobre el poder ilustrador de la política interna que puede tener el Sermón de la Montaña, en el que la culpabilidad no se relaciona con el castigo, sino con la indulgencia, o en la vieja distinción entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, en la que

la segunda no es más que un modo deficitario de la primera.

1. Política Criminal

Aunque muchos críticos del principio de culpabilidad no lo hayan notado, hace ya mucho tiempo que el propio legislador penal ha ido erosionando sus paredes maestras allí donde éste le impedía llevar a cabo una eficaz política criminal. Quien actualmente es absuelto por falta de culpabilidad no abandona generalmente la sede del Tribunal como un hombre libre, sino que le aguarda una medida de seguridad y corrección que no lleva consigo el estigma de la pena, pero sí sus mismas graves consecuencias -e incluso a veces otras mucho más graves-. Las condiciones objetivas de punibilidad o el castigo de la imprudencia inconsciente son Hechos que recuerdan al penalista cuán incompatibles son a veces ley penal y principio de culpabilidad.

Pero cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad, hay instituciones, como la dispensa de pena, la amonestación con reserva de pena, las amplias facultades para sobreseer tempranamente el proceso penal, que en el moderno Derecho Penal permiten desconectar la pena de la culpabilidad o que incluso impiden pronunciar un veredicto de culpabilidad. Y cuando el interés de un correcto tratamiento del autor de un delito así lo exige, la medida puede ejecutarse antes que la pena con la que fue impuesta conjuntamente, e incluso llegar a sustituirla por completo. El moderno sistema penitenciario, basado en la idea del tratamiento,

tiende, por su parte, a debilitar las diferencias entre establecimiento penitenciario y hospital. En suma: ante el creciente interés político criminal en la producción de consecuencias favorables a través del Derecho Penal, el principio de culpabilidad va perdiendo cada vez más el poder de fundamentar o de medir la pena en base a la culpabilidad.

2. Dogmática de la culpabilidad

La erosión del principio de culpabilidad se puede, naturalmente, también estudiar en la dogmática de la culpabilidad. Actualmente apenas hay alguien que todavía sea capaz de creer que el principio de culpabilidad sea el fundamento de la pena. Incluso los partidarios de las teorías absolutas de la pena, que ven la esencia de la pena en la retribución del delito y de la culpabilidad, se apresuran a asegurar que el cumplimiento del principio retributivo es el método más eficaz para influir favorablemente en la vigencia social de las normas.

Actualmente es dominante entre los penalistas la tranquilizadora tesis de que se puede prescindir de la discusión en torno a la libertad de voluntad sin poner en peligro la vigencia del principio de culpabilidad. Esta tesis ha conducido a que el contenido del juicio de culpabilidad se haya evaporado: si antes se medía de buena fe todavía la culpabilidad del delincuente por su "poder individual para actuar de otro modo", es decir, por las posibilidades fácticas de este hombre en su situación; ahora, tras el fuego cruzado de la crítica determinista, se ha restringido el criterio del "poder general para actuar de otro modo". Esto lo ha deteriorado gravemente. Pues el homunculus, "hombre medio", que es el que debe suministrar los criterios del yerro culpable, nada puede decir sobre el poder de este hombre, de cuya culpabilidad se trata, para actuar de otro modo. El tipo de "culpabilidad" al que se puede llegar con la sonda del "poder general para actuar de otro modo" es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad.

Si hasta la fecha se había reservado al principio de culpabilidad por lo menos la tarea de marcar los límites dentro de los cuales el delincuente podía ser sacrificado a los intereses preventivos de estabilización normativa, de su intimidación y tratamiento, ahora esta "función limitadora" del principio de culpabilidad se pone también en peligro con las modernas teorías de la culpabilidad que pretenden enjuiciar culpabilidad y exculpación por las posibilidades que se abren de intervención motivada por la prevención especial y general. Si el juicio sobre culpabilidad y exculpación del autor de un delito se hace depender de si es susceptible de tratamiento o de si con su ejemplo se puede demostrar la inquebrantabilidad del Ordenamiento jurídico-penal, apenas queda algo del efecto saludable del principio de culpabilidad. Este efecto consistía en la obstinada negativa a satisfacer los intereses político-criminales de intimidación y tratamiento cuando podían producir un castigo desproporcionado del condenado; por lo menos en teoría este efecto consistía en la garantía de que incluso el experto más inteligente y la necesidad político-criminal más urgente encuentran sus límites en el grado de culpabilidad y, por tanto, en un conflicto dado tienen que fracasar si ello es necesario. Con los intereses preventivos el concepto de culpabilidad mete en casa al enemigo del que tendría que distanciarse enérgicamente.

¿Ha llegado entonces el final del principio de culpabilidad? ¿Deben buscarse otras alternativas?

II. LA IRRENUNCIABILIDAD AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

A esta cuestión no se puede responder superficialmente. La discusión sobre el principio de culpabilidad ha sido llevada tan indiferenciada y globalmente que apenas puede aparecer en ella toda la realidad de esta imagen surgida de siglos. Apenas en ningún otro ámbito de la discusión sobre las bases de Derecho Penal se lee tan ligeramente y se sobreestiman tan precipitadamente las opiniones, hasta el punto que no sirven para nada. La necesidad y la aptitud de las alternativas al principio de culpabilidad sólo pueden ser valoradas suficientemente cuando

las dimensiones de este principio estén separadas totalmente y se haya puesto de relieve su significado para nuestra cultura jurídico-penal. Esto es lo que voy a intentar exponer aquí, considerando en cada caso la cuestión sobre la necesidad y la idoneidad de las alternativas.

1. Posibilitar la imputación subjetiva

El principio de culpabilidad, eso dicen los penalistas, posibilita la “imputación subjetiva”, es decir, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante. Por muy simple que pueda parecer, este mecanismo es, sin embargo, fundamental para nuestra cultura jurídico-penal. Parte de la hipótesis de que el delito -aun cuando se acepten absolutamente la cocausación y la corresponsabilidad de la sociedad- sólo es perceptible como hecho de un autor. Nadie pide que las infracciones jurídicas se acepten como desgracias sociales y que todo lo más se deriven de ellas exigencias de cambio social. Esto se dará por añadidura, pero no en lugar de la imputación, sino junto a ella, como imputación del hecho malo a aquel en cuya conducta se ha manifestado. Tampoco la crítica radical al derecho penal ha negado nunca que debe darse un ámbito en el que discutir sistemáticamente es lo que hay que hacer con el hecho antijurídico con vista a quien en todo caso lo ha realizado externamente: si realmente es “su” hecho, sí puede “imputársele subjetivamente”.

En esta dimensión del principio de culpabilidad se pone de manifiesto un esquema fundamental de nuestra cultura, y de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, y la idea también de que ante una lesión de intereses humanos es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante humano de esa lesión.

La alternativa a esta primera dimensión del principio de culpabilidad alejaría al hombre de la percepción del delito; supondría tanto como renunciar a las categorías de dirección causal y de causación.

2. Excluir la responsabilidad por el resultado

La alternativa a una segunda dimensión del principio de culpabilidad sería admitir una responsabilidad por el resultado, por el simple azar. Esta segunda dimensión contiene un criterio de la culpabilidad que completa y perfecciona la simple posibilidad de una imputación subjetiva: la “responsabilidad”. Aquí se afirma y se presupone más que en el primer estadio de la imputación subjetiva; aquí se desarrolla la categoría de la responsabilidad; aquí se diferencian modos de causación. Aquí se afirma que culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo.

Mientras que para encontrar un Ordenamiento jurídico que haya alcanzado todavía el primer estadio del principio de culpabilidad (por ejemplo, una cultura que sólo puede imputar el homicidio a fuerzas sobrehumanas o no humanas) hay que remontarse a épocas muy lejanas, la renuncia al criterio de la “responsabilidad” está bien documentada en nuestra propia historia del Derecho Penal. El árbol que al desplomarse mataba a alguien, hacía incurrir en responsabilidad jurídico-penal al leñador germánico, aun cuando éste por especiales circunstancias no fuera en absoluto responsable de esta desgracia. (Lógicamente, también quedaba libre de responsabilidad si, en cambio, no alcanzaba a la víctima a la que pretendía intencionalmente matar: sólo con la categoría de la responsabilidad es lógico castigar la tentativa, la voluntad mala).

Esta dimensión del principio de culpabilidad tampoco es cuestionada seriamente. Una responsabilidad por el azar es contraria a la imagen del hombre y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles desde hace siglos las diferencias en las relaciones del hombre con su mundo circundante, y que no sólo registran estas diferencias, sino que también las valoran. Incluso los partidarios del determinismo tienen en verdad que admitir el criterio de la “responsabilidad”, porque su argumentación en ningún caso permite descubrir que pretendan volver

a un atavismo como la simple responsabilidad por el resultado. Pero para evitar este atavismo no tienen más remedio que decir dónde están, para una imagen determinista del mundo, los límites entre caso fortuito e imprudencia; pues éstos son los límites de la responsabilidad por el resultado. Sin un criterio como el de "responsabilidad" no pueden trazarse estos límites.

3. Diferenciar grados de participación interna

También en la tercera dimensión del principio de culpabilidad se produce el perfeccionamiento y culminación de las conquistas conseguidas con la dimensión anterior. Aquí se reelabora el criterio de la responsabilidad. Con su ayuda pueden diferenciarse y valorarse grados de responsabilidad. Denomino estas diferencias "grados de participación interna en el suceso externo". Esto significa para los penalistas una escala que va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión intencional de un delito, pasando por la imprudencia consciente, la negligencia y el dolo.

Aunque no sistemáticamente, pero sí históricamente, el tercer estadio del principio de culpabilidad se deriva consecuentemente del segundo. Un Ordenamiento jurídico penal podría renunciar a distinguir y valorar grados de participación interna, limitándose a imputar en el estadio de la responsabilidad el acontecer externo en los casos en que exista "responsabilidad", o a no imputarlo si se trata de caso fortuito. Pero no creo que actualmente ello sea posible. Si lo hiciera, quedaría toscamente por debajo de las diferenciaciones que ya son habituales en los mecanismos cotidianos de inculpación y exculpación. No obstante, es difícil fundamentar esta afirmación. Voy a limitarme a dar unos ejemplos.

En la superficie, es evidente que los criterios habituales de justicia distinguen y valoran grados de participación interna en el acto lesivo. La lesión producida por falta de diligencia es -tanto fenomenológica como normativamente- otra cosa que la producida por simple abandono o que la producida

intencionalmente. Sin tales diferenciaciones y sin las consecuencias que de ellas se extraen tendríamos, eso creo, otra clase de relaciones humanas distintas a las habituales. Sensibilidad, diferenciación, prudencia y respeto frente a los demás, solución racional de los conflictos, etcétera, son ejemplos de casos en los que también participa productivamente la citada distinción.

Yendo más al fondo aparecen dos razones que hacen posible la diferenciación y valoración de grados de participación interna. Una apunta a la víctima; la otra al autor del delito.

Superficialmente mirado, el daño infringido a la víctima con el delito es siempre el mismo, independientemente de que haya sido producido negligente o intencionalmente. Pero la víctima -y lo mismo sucede a otras personas que viven y experimentan el daño desde la perspectiva de la víctima- no lo siente del mismo modo. El que actúa dolosamente produce -también desde su perspectiva- un daño mayor que quien actúa imprudentemente, aunque esta mayor gravedad del daño no lo sea, por supuesto, en un sentido médico-empírico, sino en uno socio-personal. Más allá del daño externo, se hace patente un signo frente a la víctima y frente a todos aquellos que lo contemplan en la perspectiva de la víctima y de la víctima potencial. También este signo daña, y a veces más que el mismo objeto utilizado para provocar el daño. Aunque en algunos delitos patrimoniales, como por ejemplo en la estafa, sólo raras veces aparece con toda claridad; en los delitos violentos, como las lesiones corporales y sobre todo en la violación, se pone de relieve claramente que quien actúa dolosamente deshonra a su víctima más allá del daño externo, lesionando el núcleo de su personalidad. El que actúa dolosamente conoce esta perspectiva de la víctima, y la víctima sabe que él lo conoce, y precisamente en esto radica el signo del daño: sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor doloso realiza un acto de vejación social y personal de la víctima, del que el que actúa imprudentemente está muy lejos.

La segunda razón, que apunta al autor del delito, tiene en cuenta que nuestro Ordenamiento jurídico penal -cada vez en mayor medida- también conoce delitos "sin víctimas" o en los que la víctima es "anónima", como el perjurio, los delitos contra la seguridad interior del Estado o la contaminación de las aguas. Aquí se puede comprender -como también en los delitos con víctimas- que quien actúa dolosamente amenaza en mayor modo la vigencia de la norma y, al tiempo, el orden jurídico que quien actúa imprudentemente. Por eso, si quiere volver a la comunidad jurídica, tiene que prometer más que quien sólo actuó imprudentemente, del que se espera sea en el futuro más cauto y precavido ante el peligro; el que actúa dolosamente tiene, en cambio, que dar cuenta de su "conversión normativa", de su cambio de actitud frente a las normas. Pienso que la exacerbada reacción social y jurídico penal a los actos violentos terroristas se puede explicar con la mayor participación interna que tiene lugar aquí: el terrorista afirma crédulamente que sólo marginalmente le interesa el atraco y el secuestro, que su auténtica meta es la destrucción del orden estatal y jurídico.

4. La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas

La cuarta dimensión del principio de culpabilidad -y la última, a la que no le veo ninguna alternativa- penetra ya desde el estadio de la imputación subjetiva en el de la medición de la pena. Igualmente forma parte del principio de culpabilidad y arrastra las consecuencias de la diferenciación entre diversos grados de participación interna. En ella se discuten los criterios sobre la sanción equitativa y justa del delincuente.

Posibilitar la imputación subjetiva, fundamentar la responsabilidad, diferenciar grados de participación interna, no son tareas que el Derecho Penal cumple por un interés puramente académico. Su misión es la de fundamentar y medir una consecuencia jurídico penal que pueda calificarse como justa. Conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídico-penal sólo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual. Quien

decida diferenciar diferentes grados de participación interna tiene que adecuar proporcionalmente las consecuencias jurídico-penales a estas diferencias. El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio. Aunque, lógicamente, ello sólo sea una concretización vaga e incompleta. La intensidad de la participación interna es un criterio plausible y decisivo para la medición de consecuencias jurídico-penales proporcionales. En él, consigue, en todo caso, validez el que también sean criterios de justicia las condiciones cognitivas y emocionales de la actuación del delincuente y la forma en que deben ser valoradas - o, en la medida en que se exterioricen como causas de exculpación, bajo qué circunstancias el Ordenamiento jurídico-penal renuncia a una imputación subjetiva del acontecer externo-. Pero hay que tener en cuenta que también hay otros criterios de proporcionalidad de las consecuencias jurídico penales procedentes del sector del injusto y de la medición de la pena, que se añaden complementariamente. Así, por ejemplo, la intensidad en la lesión del bien jurídico (destrucción versus daño, salud versus patrimonio), la comisión habitual del delito o formando parte de una banda, graduaciones en la conducta antes y después de la comisión del delito.

III. EL REPROCHE DE CULPABILIDAD

Todavía queda por discutir una última dimensión del principio de culpabilidad -aunque, eso sí, se trata de una dimensión que es considerada por muchos como el núcleo del principio de culpabilidad-: el reproche de culpabilidad. "Culpabilidad es reprochabilidad", se dice, o si se quiere de un modo menos alambicado, la formación de la voluntad que conduce a la decisión de cometer el delito debe ser reprochable. Las vías de fundamentación de esta afirmación y las construcciones teóricas que de ellas se hacen son tan ricas en variantes que es imposible desarrollarlas aquí exhaustivamente. Me limitaré, pues, a reproducir las ideas, anteriormente expuestas (I.2), que un reproche de culpabilidad presupone necesariamente.

1. Libertad de voluntad y proceso penal

Aunque por razones distintas a las que comúnmente se aducen, se puede considerar como un acierto el que la dogmática de la culpabilidad se haya desvinculado de la polémica en torno a la libertad de voluntad. No creo que el Derecho Penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente puedan existir o extenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal. Más bien creo que, también en el ámbito del Derecho, siempre pensamos anticipadamente en la libertad de los demás y que esa libertad es condición (si bien trascendental) de la posibilidad no sólo de una comunicación humana, sino de cualquier comunicación intrapersonal.

Esta idea no es, sin embargo, apta para servir de base a un reproche de culpabilidad frente al delincuente. Las circunstancias en las que puede apoyarse una condena tienen que ser reunidas en un todo dentro del proceso penal, que en la recopilación del material básico de la condena está obligado al método de la observación. Y precisamente a este tipo de observación se sustrae la libertad de voluntad, antes incluso de que la observación comience. Lo que se puede aprehender con el instrumental del proceso penal no es la libertad del acusado para actuar de otro modo, sino las limitaciones materiales de la libertad, los indicadores de los déficit de libertad. En el proceso penal no se puede averiguar las alternativas que le quedan al acusado tras esas limitaciones. La polémica sobre la libertad de voluntad es, por tanto, totalmente irrelevante para el principio de culpabilidad, porque incluso una posición indeterminista es incapaz de ayudarle a suministrar un fundamento al reproche de culpabilidad.

2. Derecho penal y vida cotidiana

Se dice ahora que el Derecho Penal, para cumplir su misión de elaborar formalmente los más graves conflictos que surgen diariamente, no debería distanciarse demasiado de la vida cotidiana. Pero en esa vida cotidiana se utilizan normalmente conceptos

como reproche o disculpa. Esto quiere decir que el Derecho Penal debería también mantener el reproche frente al delincuente, aunque, honradamente, este reproche sólo puede ser un reproche vago, que sólo puede apoyarse en la diferencia entre este delincuente y el "hombre medio".

Sin embargo, son muchas las razones por las que debe rechazarse esta sugerencia, que considero falsa y peligrosa.

A mi juicio, "la" vida cotidiana es mucho más sensible y sincera que lo que los teóricos pretenden hacer creer. Prescindiendo ahora de que realmente "la" vida cotidiana no existe, sino más bien diferentes normas grupales de referencia y estilos de conducta con relevantes diferencias en el reproche y en la disculpa, la cultura cotidiana puede enseñar a la cultura del Derecho Penal que hay que ser muy cautos con los reproches, que hay que procurar evitarlos, que hay que estar dispuestos a retirarlos o a olvidarlos (en lugar de inscribirlos "con fuerza ejecutoria" en el Registro de Penados); en pocas palabras: que no se puede formular responsablemente un reproche contra una persona que se conoce de un modo tan selectivo y rudimentario como la conoce el juez penal. Si el Derecho Penal tuviera, pues, que vincularse a la cultura cotidiana, debería hacerlo a una forma desarrollada de la misma y no a una de la Edad de Piedra.

Por lo demás, el Derecho Penal se ha mantenido siempre distanciado críticamente de la cultura cotidiana. Y con razón. Piénsese sólo en fenómenos como las campañas en favor de la pena de muerte, la condena de la idea de resocialización en el sistema penitenciario calificando a las cárceles de "hoteles para asesinos", la consideración del fraude fiscal como un "delito de caballeros" o de la criminalidad masiva juvenil de los hurtos en grandes almacenes.

Las reformas en el "ámbito político del Derecho Penal" no pueden ignorar o eludir simplemente una cultura cotidiana -si es que la hay-. Pero tampoco tienen por qué reflejarla al pie de la letra. Lo que sí deben hacer es traducir, en la medida en que sea

factible, las formas humanas de la cultura cotidiana en las formas institucionales de elaboración formalizada de los conflictos.

También se dice en la vida cotidiana que en el delito no sólo interviene el delincuente, sino además una pluralidad de circunstancias humanas y sociales que van desde la conducta de la víctima hasta el índice de desempleo laboral existente, pasando por la crisis familiar ("broken home"). El reproche de culpabilidad desvía la atención de estas circunstancias y de su elaboración a la hora de tomar una actitud respecto al delito y al delincuente, asignando los factores criminógenos a la persona individual y poniéndola a la luz de un reflector que aumenta la oscuridad que le rodea. La "teoría del chivo expiatorio" tiene razón cuando sostiene que en el reproche de culpabilidad la sociedad afectada por el mal lo proyecta sobre la persona individual que lo ha hecho aparecer, expulsándola después. La idea de reinserción social del delincuente desde hace años viene precisamente chocando con este equilibrado mecanismo. Si se eliminara del principio de culpabilidad el reproche, no se eliminaría este mecanismo psicosociológico, pero por lo menos se dejaría de seguir impulsándolo.

3. Reproche de culpabilidad y ley penal

Si se pregunta, para terminar, por las perspectivas futuras del principio de culpabilidad, es muy probable que tanto la Política Criminal como la Dogmática culpabilista sigan participando en la erosión de este principio, sin renunciar a él expresamente. Las razones de esta erosión han sido aquí citadas y en gran parte combatidas. Todavía hay que explicar por qué es probable que el reproche de culpabilidad va a seguir manteniéndose. La razón reside en las consecuencias político-criminales: si se extrajera del principio de culpabilidad la idea del reproche, se dejaría sin base el sistema dual o binario que inspira nuestro Derecho Penal. Al suprimir el sistema binario, habría que suprimir la pena, y sólo quedarían las medidas, ya que la pena se caracteriza porque presupone un reproche de culpabilidad contra el condenado.

Este cambio de la ley penal tendría, sin embargo, mucha mayor repercusión en la teoría que en la praxis. Como ya se ha señalado anteriormente (I.1.) la praxis ha comenzado a hacer estas reformas hace ya tiempo, con el tratamiento en el sistema penitenciario, con el principio vicarial y también con la observación del principio de proporcionalidad en las medidas. También la eliminación de penas deshonrosas, como la pena de reclusión, supuso ya en otros tiempos un avance importante en la dirección hacia un Derecho Penal que pretende evitar lo más posible gravar al condenado con un reproche. Cuando se abolió la pena de reclusión, se temió que con ello se abriera una "brecha" a la criminalidad más temible. Las paredes, sin embargo, han aguantado. Lo que sí parece seguro es que el legislador de entonces estaba más dispuesto a realizar reformas penales en este sentido que lo está el actual.

En la teoría del Derecho Penal se teme que la eliminación del reproche de culpabilidad suponga la supresión de la función limitadora del principio de culpabilidad. Pero este temor se debe a un mal entendido. El reproche de culpabilidad no limita nada - al contrario, extiende en gran medida la carga que para el delincuente supone la consecuencia jurídico-penal-. Los límites de la pena pública se deducen más bien de los criterios de proporcionalidad que el principio de culpabilidad apunta, y que aquí han sido expuestos (II.4). Lo que hay que hacer es asegurar y perfeccionar esos criterios. Esto supone, sin embargo, un trabajo teórico y empírico de gran amplitud: investigar la gravedad del hecho y la intensidad de la sanción, la sensibilidad y la receptividad a la pena del condenado. El reproche de culpabilidad no puede aportar nada a este trabajo.

Una mirada al Código Penal vigente ofrece respecto al reproche de culpabilidad una información consoladora. Con sabia reserva el legislador penal ha renunciado a exigir lo imposible al juez penal: la demostración de la libertad de acción, sino que más bien ha descrito -negativamente- situaciones y características que pueden fundamentar una exculpación:

graves anomalías, error, inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

Sería una incorrección lógica deducir de la ausencia de causas de exculpación la libertad de acción. En este caso una doble negación no lleva a la afirmación. En las causas de exculpación el legislador penal ha tipificado una serie de situaciones en las que no quiere admitir la imputación subjetiva de un hecho ilícito. Para ello ha marcado unos límites de inculpación que corresponden a los criterios de responsabilidad justa por un hecho ilícito en un orden jurídico-penal cuidadoso y prudente. El carácter histórico de estos criterios, enriquecidos en su significado por la legislación penal cambiante y por las discusiones que tienen lugar en la teoría y en la praxis, muestra que ellos no son indicios -negativos- de la libertad de acción y del reproche de culpabilidad, sino que suponen límites de criminalización en un Derecho Penal humano. Si el juez penal se atiene a este programa está asegurado que nadie va a ser gravado con una consecuencia jurídico-penal por haber cometido un hecho del que no es "responsable".

Una última cosa todavía. El que se suprima el reproche de culpabilidad no quiere decir que haya que preocuparse porque se prive al Derecho Penal de su legitimación ética. La justificación del Derecho penal es siempre una justificación ético-social que no se encuentra en el ámbito individual -en la "culpabilidad" del individuo-. Esta justificación se encuentra

en la fuerza del Derecho Penal para elaborar los conflictos más graves que plantea la desviación, de tal modo que con ello queden, en la medida de lo posible, protegidos los derechos de todos los participantes, -también los de la sociedad afectada-.

IV. RESUMEN

El principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz. Es válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales. No lo es, en cambio, mantener el reproche de culpabilidad que hoy se formula contra el autor de un delito en nombre del principio de culpabilidad, porque desde el punto de vista teórico es insostenible y desde el punto de vista práctico perjudicial. Un Ordenamiento jurídico-penal que procure evitar en lo posible molestias a las personas y fundamentar honestamente sus intervenciones debe renunciar a ese reproche.

(Traducido del alemán por Francisco Muñoz Conde,
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de
Sevilla, España)

LIMITES DEL CONTROL SOCIAL A TRAVES DEL SISTEMA PENAL *

Henry Issa El Khoury

Profesor de Derecho Penal, UCR

CONTENIDO

Aclaración necesaria.- 1) Indicaciones sobre la evolución de la criminalidad a nivel nacional con especial referencia a los delitos que presentan mayor alarma social. 2) Estrategia general del sistema de justicia penal: áreas de penalización y despenalización. Evaluación de los recursos disponibles y su concentración en la lucha contra las formas más graves de delitos. 3) Adaptación en el proceso penal de exigencias de control social y de garantía para el individuo. Tutela de los derechos del acusado. Posición del Ministerio Público y papel del Defensor. Comentarios sobre la defensa en Costa Rica. 4) Poderes de la policía y del Ministerio Público, con particular consideración a la obligatoriedad o a la discrecionalidad de la acción penal. 5) Limitación del uso de detención en espera de juicio a casos de extrema necesidad y posibles alternativas. 6) Condiciones favorables para los acusados que colaboran con la justicia. Protección durante y después del proceso. 7) Protección de testigos. 8) Control judicial sobre la ejecución de penas de detención. Tutela de los derechos del recluso. Medidas alternativas a la detención. 9) Indicaciones sobre la justicia de menores. 10) A modo de conclusión.

ACLARACION NECESARIA

Se nos propone un tema: límites del control social a través del sistema penal, dentro de un contexto de análisis de realidades. Así, hemos creído nuestro deber tratar de observar algunos aspectos del tópico, en Costa Rica, y presentar un breve ensayo, que en mucho busca un inicio de marco teórico para una investigación mayor y no un producto acabado.

Hemos destacado los vicios, las fallas del sistema. Esto podría dar la impresión de crítica destructiva; si así se creyera, aclaramos que ese no es nuestro objetivo. Estamos conscientes de los avances

en materia de humanización del Sistema de Justicia Penal en Costa Rica y de las luchas incesantes por lograr mayor ámbito de republicaneidad, luchas que, dichosamente, los primeros en apadrinar o tomar la bandera son los propios gobernantes. En ese contexto se entenderá mejor la crítica.

Para discutir cuáles son los bordes, hasta dónde llega y de qué manera opera el control social en el Sistema de Justicia Penal, en este caso costarricense, se hace necesaria la siguiente precisión: cuando se habla de Sistema Penal se mencionan dos aspectos distintos y diferenciables: sistema penal formal y sistema penal real.

a) El sistema penal formal lo integran la descripción de la actividad legislativa y normativa en general y tiene como base las normas constitucionales. Si se partiera del acuerdo que la normativa derivada tiene que seguir al pie la constitucionalidad (posición idealista), en Costa Rica deberíamos decir que el control social punitivo institucionalizado posee los límites que la República supone pues el Artículo 1) de la Constitución manda y reconoce: "Costa Rica es una República, democrática, libre e independiente".

A partir de este postulado, el Sistema Penal

* Resumen de la ponencia presentada en el "Seminario de Formación e Información, Justicia y Desarrollo Democrático en Italia y América Latina". Santo Domingo. Nov. Dic. 1989.

costarricense es un sistema de legalidad, con un principio rígido de tipicidad (ningún tipo abierto, ninguna ley que remita a normas inferiores), con un claro principio de culpabilidad (ninguna ley penal de peligrosidad, ningún delito de peligro abstracto), con un claro respeto del individuo y su ámbito personal, es decir, con un fundamento antropológico propio de una República que se califica constitucionalmente como tal.

De esta manera, el Derecho Penal costarricense se presenta como sancionador de acciones reprochables que hayan producido lesiones de bienes jurídicos ajenos (ningún tipo sin bien jurídico o sin acción típica; ninguna condenatoria sin comprobar el dolo o culpa y la culpabilidad/reprochabilidad, ningún tipo que pene la autolesión, ninguna ley que origine la violencia punitiva, sino el castigo retributivo y reparador de la República, y a todos los culpables, no sólo algunos y siempre en nuestro territorio. No en vano el constituyente de 1949 calificó esa República de democrática, libre e independiente.

b) Pero lo anterior no agota el Sistema Penal, como concepto, pues si se observa la norma, por un lado y por otro, las prácticas legislativa, judicial y administrativa, en relación con la creación, juzgamiento y castigo de los delitos, es necesario hablar de **Sistema Penal Real** el cual centra su atención e interés en el real acontecer: el control real, a partir de prácticas judiciales, administrativas y particulares.

Esta perspectiva no puede quedar fuera de ningún análisis pues se perdería la descripción de lo que realmente "vive" el grupo social como control. El sendero de la ley no necesariamente evidencia la vida real del grupo social. Ejemplos de lo anterior, en Costa Rica, lo da la comparación entre normas constitucionales y leyes y prácticas judiciales y policiales autoritarias y violatorias de esas normas. Así a pesar de que la Constitución señala un derecho punitivo con reglas claras de legalidad, principio de inocencia, respeto a la libertad, debido proceso, entre otros, que marcan al Derecho Penal como Republicano y Democrático, las leyes permiten un Derecho Penal autoritario y las prácticas judiciales y policiales son

igualmente autoritarias:

La Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, N. 7093 de 22 abril de 1988 no permite la excarcelación y prohíbe otorgar el indulto; el Código Penal establece sanción al que indebidamente tuviera en su poder o fabricare ganzúas u otros instrumentos que conocidamente se destinan a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad (artículo 230); y castiga a quien se le encuentren instrumentos aptos para cometer cualquier contravención, si antes ha sido condenado (artículo 384 inc. 10); la Ley para Garantizar al País Mayor Seguridad y Orden (N.6122 de 27 de octubre de 1977) prohíbe cambiar de color a los vehículos, su desarme o remolque, sin contar con la autorización previa de la Dirección General de Tránsito y; además encontramos tipos abiertos, remisiones a reglamentos, delitos sin bien jurídico, de peligro abstracto, entre otros.

Por otra parte, se dictan sentencias con interpretaciones extensivas en perjuicio, se condena sin probar el dolo y sin hacer el juicio de reproche y en el caso de las contravenciones se compele aceptar el cargo sin más. La policía detiene primero y posteriormente define el motivo de detención que mejor se acomode a las circunstancias (1).

De esta manera se pretende que los puntos que a continuación se destacan no solo aludan al sistema penal formal, sino también al real.

1.- Las cuestiones mencionadas en este punto ya empiezan a ser objeto de investigación y cuestionamiento. Cfr: Chirino Alfredo y Rodríguez Blanca. *Análisis Jurídico-Criminológico de las Contravenciones en Costa Rica*. Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, 1988; Issa El Khoury Henry "Las Garantías del Tipo Penal y la misión moralizante del Juez", En: *Ciencias Penales #2*, marzo de 1990; Chirino Alfredo: *La Aplicación del Sistema Contravencional en Costa Rica*. Resultados Preliminares, ILANUD, 1988. Material mimeografiado; León Zárata Fabio *Taller Nacional Igualdad ante la Ley, Debido Proceso y Detenciones en la Justicia Convencional*, ILANUD, Setiembre de 1989.

1.- INDICACIONES SOBRE LA EVOLUCION DE LA CRIMINALIDAD A NIVEL NACIONAL CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS QUE PRESENTAN MAYOR ALARMA SOCIAL.

a.) Cuando se distingue entre los datos que surgen de las informaciones colectivas (que se manejan como realidad) y los datos que arrojan investigaciones de campo, que muestra realidades desconocidas para un gran público. Se debe pensar que el término "alarma social" que utiliza el encabezado nos conduce a dos distintas versiones acerca de la evolución de la criminalidad, según nos basemos en informaciones de diarios y revistas o en resultados de investigaciones de campo.

En el primer caso, de acuerdo con los hechos noticiados en Costa Rica, se podría dar cuenta de numerosos homicidios, asaltos y robos con armas, violaciones y pequeños hurtos de calle. Y es claramente determinable que los Tribunales de Justicia trabajan constantemente en el juzgamiento de esos hechos, sobre todo, en los delitos contra la propiedad. Igualmente, es fácil constatar un aumento en los presupuestos de los Ministerios de Seguridad Pública y Gobernación (de los cuales dependen las policías administrativas) y del de la Policía de Investigación del Organismo de Investigación Judicial; igualmente, de un crecimiento del número de detenciones provisionales y de aumentos en los montos de las condenas a pena de prisión.

En el caso de los resultados que arrojan las investigaciones de campo sobre el tema, el asunto es distinto, pues tiene efectos mínimos sobre las instituciones de la justicia penal. El "daño social" que puede ser evidenciado en muchas de ellas ciertamente es tal en el tanto en que se socaban las bases de convivencia, la paz social y el entorno ecológico.

Pero el gran público no maneja esos datos, o los maneja sin alarma. Ciertamente, las capturas extralegales, los abortos ilegales, la contaminación y depredación de bosques, suelos y aguas, -para citar sólo algunos ejemplos- son los hechos que están más

lejanos de la mira de las instancias del Sistema de Justicia Penal.

Por lo demás, es válido pensar que han quedado en el camino de la investigación policial y judicial, hechos como la quiebra de financieras, ventas de terrenos y de casas inexistentes, engaños en la calidad de materiales y otros aspectos relacionados con la construcción de las viviendas populares, así como corrupción de funcionarios públicos y altos empresarios privados, además de los aspectos anteriormente enumerados, por dificultades probatorias u otras de las características que presentan los delitos de cuello blanco.

b) Es posible constatar la aparición de nuevas leyes que han creado nuevos delitos y por ello, en algunos casos, nuevas formas de delincuencia. La Ley para Garantizar al País Mayor Seguridad y Orden (No. 6122 de 17 de noviembre de 1977); el Proyecto de Ley sobre los Espectáculos Públicos; la Ley de Armas y la Ley de Sustancias Psicotrópicas y afines N^o 7093 de 22 de abril de 1988. Esta es la única que ha sido altamente publicitada y ha sido la más criticada por sus tipos abiertos y mal construidos y sus postulados represivos contrarios a las pautas constitucionales.

Las anteriormente citadas adolecen de problemas parecidos que pasan desapercibidos para el gran público.

c) Si se examina la legislación Penal Especial y los proyectos de leyes penales discutidos en las comisiones legislativas, es constatable que el concepto de alarma social que allí se maneja, aunque no de manera explícita, sino entre líneas, es el que se extrae de las informaciones de medios masivos de comunicación. De allí surgen leyes penales que socaban la esencia misma de los postulados Republicano y Democrático con que la carta constitucional califica al derecho penal de este país.

d) En relación con la delincuencia violenta se hace difícil, sin una investigación de campo, conocer qué ocurre y cuál es la evolución. Obviamente, de

atenernos a una información masiva, tendríamos que decir que ha crecido en forma alarmante.

2.- ESTRATEGIA GENERAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: a) AREAS DE PENALIZACION Y DESPENALIZACION. b) EVALUACION DE LOS RECURSOS DISPONIBLES Y SU CONCENTRACION EN LA LUCHA CONTRA LAS FORMAS MAS GRAVES DE DELITOS. c) RECURSO A MEDIDAS Y SANCIONES NO PENALES ANTE INFRACCIONES MENOS GRAVES

a) Areas de penalización y despenalización.

1.- Una variable que caracteriza la actitud legislativa costarricense es la solución punitiva de los conflictos. Podría definirse su política criminal legislativa, en ese sentido, como absolutamente sancionatoria. Si bien esta es una actitud permanente en el sistema de Justicia Penal, se puede destacar que a raíz de la llamada "crisis económica" (debido a ella el Estado administrador tiene cada vez menos dinero disponible para hacer frente a los problemas urgentes de salud, educación y bienestar social, pues cada día debe utilizar más divisas para amortizar los intereses de la deuda contraída perennemente con los Organismos Financieros Internacionales) se sucedieron una serie de leyes penales, con claras violaciones a principios constitucionales-penales (entre las más importantes: la Ley de la Moneda #1367; Ley de Protección al Consumidor #5665, entre otras).

Lo que corrobora que la estrategia general del Sistema de Justicia Penal es una: utilizar al Derecho Penal en la solución de conflictos de tipo no penal.

2- Se puede aseverar que no existen en Costa Rica, áreas sensibles de despenalización. Es posible encontrar leyes que contienen materia administrativa y que incluyen normas penales.

b) Evaluación de los Recursos disponibles y su concentración en la lucha contra las formas más graves de Delitos.

Con lo dicho en el punto anterior no habría mucho que ajustar aquí. Sin embargo, puede ser interesante hacer notar cómo, además de seguir la ruta de la penalización -con pena de prisión- las leyes que permiten enfrentar el terrorismo y el narcotráfico responden -sobre todo en este último caso- a formas de Derecho Penal menos republicano y más autoritario: tipos de autor, de peligrosidad, abiertos, mal contruidos, sin bien jurídico tutelado.

La delincuencia organizada, excepto en el caso de Drogas, parece hacer escapado al legislador. Es constatable, además, el hecho de que ha recibido, hasta el momento, poco tratamiento publicitario.

c) Recurso a medidas y sanciones no penales ante infracciones menos graves.

Un estudio panorámico de la legislación vigente, nos permite señalar -repetimos- que la solución de conflictos de la política criminal costarricense es netamente punitiva y vertical. Lo anterior significa que el recurso a vías alternativas para delitos o infracciones menos graves prácticamente es inexistente.

El recurrir a sanciones de corte administrativo sólo se da casos de excepción. Se utiliza sobre todo en casos de "delitos ecológicos".

3.- Adaptación en el proceso penal de exigencias de control social y de garantía para el individuo: tutela de los derechos del acusado, posición del Ministerio Público y papel del defensor

La ley procesal penal vigente en Costa Rica contiene una serie de disposiciones que garantizan todos los derechos que se refieren al debido proceso y al derecho de defensa. En este sentido no habría que hacer objeción alguna a la normativa vigente. Sin embargo, la práctica en muchos casos es diferente. De acuerdo con las manifestaciones de defensores privados y públicos y la experiencia personal, como defensor, la asistencia técnica y el debido proceso no se llevan a cabo con las garantías formales prescritas.

Las críticas más reiteradas (2) se señalan a continuación:

a) La práctica judicial impone limitaciones al Derecho de defensa, en algunos casos por formalismos y en otros porque los jueces las crean.

b) Los juzgadores prejuzgan a los defensores al señalar que siempre buscan dejar en libertad "a los culpables" y que ese prejuicio limita el Derecho Constitucional de Defensa.

c) Hay un acercamiento entre el Ministerio Público y Juzgador, en detrimento de la defensa.

d) Se hace necesario una apertura mayor en cuanto a la recepción de pruebas en el debate.

En un orden más general, podemos observar en sus aspectos formal y funcional, el Ministerio Público y la defensa:

1) Ministerio Público

En Costa Rica no existe criterio de oportunidad en la investigación de los delitos de acción pública. El Ministerio Público está obligado siempre a acusar, aunque puede pedir absolutoria.

El Ministerio Público depende del Poder Judicial, tanto de manera económica como administrativa. Es asistido también por el Organismo de Investigación Judicial -también con pertenencia judicial-, órgano del cual depende la Policía Judicial con que el Ministerio Público trabaja en estrecha coordinación.

Su trabajo es percibido por los defensores entrevistados como parcial y subjetivo. Se dice que no buscan la verdad real sino la condena del encartado.

2) La defensa pública

2.- Estos son resúmenes de las críticas extraídas de entrevistas a fiscales, defensores públicos y defensores privados, hechas personalmente por el suscrito de manera no formal, ni estructurada.

Pertenece al poder judicial del que depende económicamente y administrativamente y trabaja para cualquier persona que no tenga defensa privada; sin considerar el aspecto económico. Su tarea fundamental es asistir técnicamente al imputado. Sin embargo, por su diario quehacer, la mayoría de los profesionales que dedican su tiempo a esa labor van adquiriendo una conciencia más clara que el resto de los actores judiciales, del problema de la marginación y estigmatización que el control social punitivo institucionalizado supone. De ahí que propugnamos por una mayor preparación para que puedan participar mejor en la tarea no formal de ser agentes de conciencia de nuestra sociedad.

3) La defensa privada

No existen investigaciones actualizadas que permitan conocer el comportamiento profesional de esos abogados. Es posible constatar en el trabajo diario de los Tribunales la existencia de dos grupos de defensores privados: uno pequeño, compuesto generalmente por especialistas en la materia que hacen bien su trabajo, mientras que otro, es señalado como no técnico y busca salir del paso.

Comentarios sobre la defensa en Costa Rica

De acuerdo con entrevistas realizadas a Jueces y Fiscales, se puede resumir en lo siguiente la manera como es percibida la defensa.

En general, los Jueces tienen una mejor opinión de la defensa pública que de la privada. Consideran que los defensores privados sólo en muy contados casos hacen técnicamente su trabajo.

Por su lado, los representantes del Ministerio Público consideran que los defensores de oficio no se involucran con sus causas, desconocen los expedientes y, en general, no se esfuerzan por hacer bien su trabajo. De los defensores privados opinan parecido.

Por otra parte, en los medios de comunicación de masas se percibe una lectura negativa del papel del defensor.

4.- PODERES DE LA POLICIA Y DEL MINISTERIO PUBLICO, CON PARTICULAR CONSIDERACION A LA OBLIGATORIEDAD O A LA DISCRETIONALIDAD DE LA ACCION PENAL

Hemos mencionado con anterioridad que en Costa Rica no existe criterio de oportunidad. Cuando nos planteamos el problema del ejercicio obligatorio de la acción no es posible evadir la pregunta de dónde y en quiénes reside el poder sobre el ciudadano, en términos del máximo control directo sobre él.

Una respuesta formalmente obvia no se hace esperar: la instancia que juzga y condena o absuelve es la que ejerce el poder sobre el ciudadano. El juez que cumple el mandato del legislador es quien decide sobre libertades y patrimonios.

Pero esta respuesta es aparential y falsa por omisa. Claro que el juez sí tiene el poder, pero ante su clientela. Sin embargo, el porcentaje de ciudadanos que llegan a la instancia judicial es mínimo si se lo compara con el número de casos que son contactados y resueltos por el poder policial (administrativo o judicial), sin salir de esa instancia, es decir, sin ser enviados al Ministerio Público.

En 1988, según el informe del un matutino costarricense, hubo “más de 15 mil personas detenidas arbitrariamente”.

Estos datos pueden corroborarse en la Memoria del Ministerio de Seguridad Pública, 1989, en donde obviamente no se califican como arbitrarias esas detenciones.

En estos casos, la policía, en uso de un poder que no tiene ni por Constitución ni por ley y en un reducido plazo de 24 horas, (plazo constitucional para pasar al detenido a la orden del juez), detiene, juzga, condena y finalmente libera a un ciudadano que, a pesar de todos los principios constitucionales como inocencia, juicio previo, ley previa etc., pasa a engrosar las largas listas de “fichados por las policía” (lo cual significa algo más que ser anotado, pues para

ello primero fue irrespetado, detenido y, a veces, golpeado). Por lo demás, ser fichado por la policía constituye el primer paso de selectividad que se requiere para ser cliente del sistema penal.

Del reducido número (o porcentaje) de ciudadanos que supera el paso anterior, en la mayoría de los casos, ingresa al Poder Judicial; un alto número o porcentaje de ellos, pasa vía directa a la Agencia de Faltas y Contravenciones, sin escala en el Ministerio Público.

El Juzgamiento Contravencional, además del cuestionamiento a su proceso y a los mismos tipos contravencionales sobrepasa las posibilidades de los juzgadores, por lo que en Costa Rica se tiene la práctica constante de inducir -por no decir obligar- a los fichados a que “accepten el cargo”, es decir, que confiesen ser responsables de los hechos denunciados. En general, esta práctica proviene de los mismos empleados de la agencia y siempre con la amenaza de que un juicio es gravoso y ellos llevan la de perder.

El resto de los ciudadanos llega a los Tribunales, vía Ministerio Público ya tamizado el caso por la policía judicial y, en algunos, administrativa. Aquí el juez sí ejerce su poder.

5.-LIMITACION DEL USO DE DETENCION EN ESPERA DE JUICIO A CASOS DE EXTREMA NECESIDAD Y POSIBLES ALTERNATIVAS

a) De acuerdo con los artículos 37 y 39 de la Constitución Política, en Costa Rica, nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad competente; ni tampoco a nadie se le puede hacer sufrir pena sino por delito, doloso o culposo y falta o contravención, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, con previa oportunidad para la persona de ejercer su defensa y mediante la necesaria de demostración de culpabilidad.

Con base en los principios citados sería de esperar que en Costa Rica la prisión preventiva funcione de manera excepcional, pues prácticamente del principio de inocencia se desprende que la libertad durante el proceso tendrá que ser la regla general.

Sin embargo, la misma ley procesal no es clara en aplicar arbitrariamente el principio de inocencia. El Juez de Instrucción puede dictar la prisión preventiva desde el momento del procesamiento en todos aquellos casos que el máximo de la pena exceda de tres años, según señalan los artículos correspondientes al Capítulo de la Prisión Preventiva (artículos 292 a 296). Por su parte, al regular la excarcelación, la ley se comporta con criterios parecidos (artículos 297 a 317).

A este panorama debe agregarse la disposición de la ley de Psicotrópicos vigente que prohíbe la excarcelación. Es justo agregar que a raíz del crecimiento del número de presos sin condena (sobre todo mujeres) por causa de la prohibición de la Ley de Psicotrópicos (3), recién mencionada, existe un Proyecto de Reforma a esa ley para permitir la excarcelación en los casos de tráfico en pequeña escala.

De acuerdo con los datos que hemos obtenido en las dependencias del Ministerio de Justicia, cabe afirmar que en Costa Rica la regla general es la excarcelación y no la prisión preventiva. En efecto, el número promedio de encarcelados en espera de juicio entre los meses que van de enero a setiembre de 1989 es de 1328. Nótese cómo es muy cercano el número promedio de internos condenados, durante el mismo período anterior: 1824.

Aún no ha sido planteada ninguna investigación que busque conocer por qué los jueces costarricenses no utilizan con soltura la excarcelación en los casos posibles. En conversaciones gremiales, sin

embargo, es fácil escuchar criterios judiciales que permiten suponer que los jueces de instrucción utilizan la Prisión Preventiva como castigo anticipado; y en estos momentos, también por temor al escándalo periodístico. Algunos resultados preliminares de la investigación sobre alternativas a la prisión (4), pronta a publicarse, confirman la versión del castigo anticipado. En efecto, se señala en ese estudio que un alto porcentaje de jueces encuestados señaló que no utiliza la excarcelación con caución juratoria porque entonces los beneficiados no sentirán haber experimentado castigo.

Hasta ahora es posible afirmar vista la ley procesal y la práctica judicial, que en Costa Rica el uso de la Prisión Preventiva no se limita a casos de extrema necesidad. Esta costumbre generalizada, en muchos casos, responde a motivaciones no técnicas, distintas de las legales.

b) En cuanto a las posibles alternativas a la Prisión Preventiva, en la investigación sobre alternativas a la prisión se da cuenta de la efectividad de la caución juratoria y se señala que el temor al incumplimiento de la garantía por parte del beneficiario no tiene relación con el monto de la pena, o con la gravedad del delito.

En una muestra de un mes, en todos los casos de delitos con pena mayor a tres años de prisión, no se utilizó una sola vez la excarcelación con caución juratoria debido a que existe temor de que el beneficiario se fugue. Sin embargo, se logró determinar que no es cierto que cuanto más grave sea el delito, mayor es la posibilidad de escape, y viceversa; el asunto más bien funciona por categorías delictivas. Así, en delitos contra la vida, la libertad sexual, la buena fe en los negocios, la seguridad común, la autoridad pública, la administración de Justicia, los deberes de la función pública y en los delitos de drogas, no hubo

3.- Las autoridades de Adaptación Social estiman que un 30% de los detenidos sin condena, son por infracciones a la Ley de Psicotrópicos. Al respecto ver titular del Periódico La República del 27 de marzo de 1989, que indica que hay "1000 presos por Ley de psicotrópicos"

4.- Carranza, Houed, Mora: **Investigación sobre Alternativas a la Prisión (Eficacia de la Caución Juratoria confrontada con las formas de Excarcelación con Garantías Económicas)**. ILANUD. Borradores e información facilitada por Elías Carranza.

una sola falla, es decir, ninguna fuga. En los delitos contra la propiedad falló uno de cada 17 casos, en ambas formas de caución (con fianza real y juratoria).

Lo anterior indica que si se le podría dar un uso más amplio a esta forma de excarcelación.

Otra alternativa la lleva a cabo, con excelentes resultados, la Dirección General de Adaptación Social, con el Programa de Prueba y Libertad Vigilada, en el que se da seguimiento extracarcelario a "internos" (condenados o indiciados) que cumplen ciertos requisitos y al amparo de una disposición del Código Penal (Art. 55) que permite el trabajo de condenados y de indiciados.

6.-CONDICIONES FAVORABLES PARA LOS ACUSADOS QUE COLABORAN CON LA JUSTICIA PARA LA IDENTIFICACION DE LOS RESPONSABLES DE GRAVES DELITOS DE TERRORISMO Y DE DELINCUENCIA ORGANIZADA. PROTECCION DURANTE Y DESPUES DEL PROCESO.

Legalmente no existen. Solo la Ley de Psicotrópicos señala que el Ministerio Público puede ofrecerle a los intermediarios en el tráfico de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o inhalantes el pedir en su favor el perdón judicial o bien la ejecución condicional de la pena, en caso de que proceda, si dieren información correcta que permita acreditar la participación de una o varias personas como autoras de delitos relacionados con el tráfico de drogas.

No hemos podido determinar, por medio de entrevistas a cuerpos policiales, si hay promesas y beneficios para informantes. La Policía Judicial y la Administrativa niegan que haya alguna práctica al respecto.

Protección durante y después del Proceso

Legalmente no existen. No ha sido posible obtener información policial respecto a este tipo de

práctica; las autoridades policiales tienen sus "soplo-nes" pero esto es imposible de probar. Solo conocemos hipótesis de Jueces Superiores Penales que afirman que la policía sí tiene informantes.

7.- PROTECCION DE TESTIGOS

Legalmente no existe, no tenemos información al respecto.

8.- CONTROL JUDICIAL SOBRE LA EJECUCION DE PENAS DE DETENCION. TUTELA DE LOS DERECHOS DEL RECLUSO. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA DETENCION.

a) Control Judicial sobre la ejecución de penas de detención

La tarea de la ejecución de las penas en Costa Rica, no es tarea judicial sino administrativa con control judicial.

La ejecución penal es competencia del Poder Ejecutivo. La Dirección General de Adaptación Social, que depende del Ministerio de Justicia, se encarga de fijar las políticas penitenciarias, para condenados y para presos sin condena, lo mismo que para los sancionados a medidas de seguridad que importan privación de libertad.

El control de las medidas de seguridad y de la libertad vigilada es competencia del Juzgado de Ejecución de las penas, Instituto Judicial que regula el Código de Procedimientos penales.

La administración de Centros Penitenciarios estuvo tradicionalmente marcada por una ideología del tratamiento, dentro de un régimen progresivo. Una actitud cuestionadora de la mayoría del personal técnico y políticas realistas de la actual administración ministerial han abandonado la idea del tratamiento, para dar al sistema progresivo un marco de deberes y derechos que pueda llevar de manera realista a una mejor reinserción social.

En contraste, el Juzgado de Ejecución de la Pena prácticamente no ha funcionado. Una deficiente regulación y un pobre apoyo administrativo podrían ser las causas que impiden que haya un verdadero control judicial en la ejecución de las penas en Costa Rica.

Resulta ilustrativo, además, mencionar que la mentalidad de los funcionarios del sistema penitenciario es radicalmente opuesta a la mayoría de los funcionarios judiciales en relación con las garantías del sistema progresivo del cumplimiento del encierro y del uso de alternativas de desinstitucionalización.

b) Tutela de los Derechos del Recluso

Existen dos institutos para la tutela de los derechos del recluso: uno directamente encargado de ello, la Defensoría de los Derechos del Recluso y otro que por sus funciones toca con este tópico: la Procuraduría de los Derechos Humanos.

1) La Defensoría de los Derechos del Recluso es una dependencia del Ministerio de Justicia que labora con un alto grado de independencia. Su función principal es recibir cualquier queja que planteen los internos y la de hacer constantes inspecciones a todos los centros carcelarios para verificar aspectos, tales como higiene, alimentación y trato. Por otra parte, se encarga de divulgar los derechos del recluso, de preparar los reglamentos y plantear las leyes necesarias para un mejor funcionamiento del sistema penitenciario, así como hacer las recomendaciones pertinentes a las autoridades del sistema penitenciario.

2) La procuraduría de los Derechos Humanos. Pertenece a la Procuraduría General de la República y su titular tiene rango de procurador. Entre sus funciones está la de recibir cualquier queja de las personas, que cumplen pena de prisión o, de alguna manera, se encuentran privadas de libertad. En la actualidad, a raíz de la creación de la Defensoría antes citada, la Procuraduría de los Derechos Humanos ha pasado a un segundo lugar en esa labor.

c) Medidas alternativas a la Detención

Dentro de estas alternativas es posible distinguir aquellas medidas que surgen de la puesta en marcha del sistema progresivo penitenciario y las meramente judiciales.

1) Las primeras son parte de la última etapa del sistema, llamada etapa de confianza, administrada por el Programa Nacional de Prueba y Libertad Vigilada. En esta etapa existen tres niveles de avance: la confianza limitada, la amplia y la total. En cada una de ellas el encierro se regula de manera distinta, de acuerdo con los objetivos de ir integrando al interno dentro de su comunidad. Así, en la etapa de confianza limitada la libertad consiste en la salida dominical, mientras que en la amplia, es de sábado a domingo y en la total se contempla la permanencia del interno en su medio familiar y comunal, por lo que el encierro se limita a la obligación de dormir un día por semana en el lugar asignado.

2) Como medidas puramente judiciales enumeramos las siguientes, todas reguladas en el Código Penal:

- La condena de ejecución condicional o ejecución condicional de la pena
- La libertad condicional al sujeto que ha cumplido la mitad de la pena.
- El perdón del Juez al condenado.
- El perdón del ofendido en los delitos de acción privada
- El matrimonio del procesado o condenado con la ofendida en delitos contra la libertad sexual
- La conmutación.

9.- INDICACIONES SOBRE LA JUSTICIA DE MENORES

En Costa Rica, por disposición legal, los menores de 17 años están fuera de la acción de la ley penal. No obstante, como sólo existe un Juzgado Tutelar de Menores que funciona en la capital, la jurisdicción tutelar la ejerce el Juez Penal de la localidad, como recargo. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores está encargada de

regular a los menores que, en palabras de esa ley “se encuentran en peligro social”.

Sin embargo la promesa que parece darnos el entrecomillado anterior, de un derecho de menores con prácticas acordes con el objeto de esa regulación, con un carácter no punitivo, se desvanece con la lectura de los artículos siguientes y, sobre todo con la observación de la práctica.

En efecto, el artículo segundo de esa ley señala: “Para los efectos del artículo anterior se considera en estado de peligro social a todo menor... a quien se le atribuye una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta” y más adelante, entre las llamadas “medidas tutelares” encontramos la figura del internamiento con duración indeterminada.

Ciertamente entonces, nos encontramos ante un derecho sancionador, sin ninguna garantía de legalidad. Basta con observar el proceso tutelar en el que no aparece ninguna de las garantías del debido proceso, ni de una defensa clara y bajo el lema de que no se trata de un derecho punitivo, se da fundamental importancia y mayor relevancia al llamado “expediente social”, que puede servir de base para decretar el internamiento del menor en un centro juvenil (que poco se distingue de una cárcel de adultos) o para decretar su depósito en un hogar sustituto.

Es importante llamar la atención de que casos como éste, en donde existen medidas punitivas, aunque se les dé otro nombre legal, no basta la buena fe de un estudio social, por más técnico que éste pudiera ser. Es necesario que para imponer esas medidas-sanciones exista un proceso pleno de garantías que requiere cualquier derecho punitivo.

Por lo demás, cabe destacar que, además del encierro judicial de menores, en Costa Rica existen centros para menores abandonados, administrados por el Patronato Nacional de la Infancia. En este encierro no existe participación judicial.

Dentro de otro orden de cosas, llama la aten-

ción la existencia de la Defensoría de los Derechos del Recluso, como dependencia adscrita al Ministerio de Justicia. Esta oficina fue creada en 1987 y pretende trabajar al margen de las instituciones de menores establecidas, con el fin de ejercer una vigilancia global sobretodo lo relacionado con el menor.

A pesar de ser dependencia de un Ministerio de Gobierno, la Defensoría trabaja durante la presente administración, sin subordinación ni jeraquías en su labor de vigilancia. Su encargo abarca todo lo relacionado con el menor: recibe quejas, denuncias y reclamos por actuaciones, tanto de instituciones como de personas, relacionadas con violaciones a los derechos del menor; en ese sentido también recibe quejas sobre actuaciones del Juzgado Tutelar de Menores.

10.- A MODO DE CONCLUSION

La normativa constitucional costarricense prevee principios fundamentales que guían el ejercicio del control punitivo del Estado pero que de muchas maneras son incumplidos por las leyes y por las prácticas judiciales y administrativas.

Esta conclusión ha sido delineada en el anterior trabajo con algunos ejemplos y datos. Por eso consideramos que repetir las cartesianamente, una a una nos llevaría a copiar párrafos del texto y hemos preferido hacer un resumen sobre la legalidad y la práctica de las contravenciones en Costa Rica, como un buen ejemplo de nuestra conclusión general: que los límites del control social punitivo están diluídos y no pueden ser claramente conocidos ni por las autoridades ni por los ciudadanos.

Se ha podido determinar en el caso concreto de Costa Rica que la mayoría de los tipos contraven- cionales del Libro Tercero del Código Penal no responden a postulados constitucionales: hay ejemplos de tipos abiertos, tanto por el uso de elementos normativos culturales totalmente polisémicos, como por la mala sintáxis, por sus verbos absolutamente polisémicos, entre otros aspectos; hay también claros ejemplos de tipos que remiten a reglamentos, de descripciones sin bien jurídico tutelado y de otros

aspectos que derogan en la práctica los principios fundamentales de la República (5).

Por otra parte, se ha constatado que las detenciones contravencionales, de por sí hechas con suma ilegalidad, han creado una práctica judicial ilegal (6).

Por una parte la apertura de los tipos contravencionales permite cualquier detención, pues siempre habrá cabida para cualquier conducta que no esté acorde con la "moral policial". Por su lado, la agencia contravencional, recargada de denuncias prácticamente obliga al encartado -detenido o no- a aceptar los cargos, declararse culpable y pagar la multa.

Creemos necesaria una breve referencia a los números: En 1988, de 23.418 procesados por contravención solo 506 fueron a juicio. El resto aceptó el cargo y pagó la multa. Por lo demás un 38.8% del total de detenidos lo fue por no portar cédula, prohibición sin ninguna sanción penal existente en el Código Electoral, pero que el Libro III del Código Penal

5.- Véase el Informe Final sobre la investigación del Sistema Contravencional: Análisis de la Legalidad y Funcionamiento en tres países de América latina. Elaborado por Issa El Khoury, Henry y Chirico, Alfredo. ILANUD. 1988

6.- Cfr.: Programa de Reducción de la población penitenciaria y Taller sobre Igualdad ante la Ley, Debido Proceso y Detenciones en la Justicia Contravencional. León Zárrate, Fabio. ILANUD. 1989

(artículo 392 inc. 6 Negativa a identificarse), se sanciona con multa a quien se niegue a presentar identificación.

Es importante explicar que la práctica policial consiste en pedir además de la cédula de identidad, la "orden patronal" (7).

El ejemplo del sistema contravencional, en Costa Rica, es un claro reflejo del poco cuidado Legislativo, Judicial y Policial con que se maneja en general el derecho punitivo. Pareciera que las prescripciones republicanas son piezas de museo que se enseñan a comisiones y visitantes y no un norte y guía del legislador, del juez y de la policía que garantice al ciudadano una clara división de poderes, límites ciertos de lo prohibido y juicios al acto típico y antijurídico de un ser humano. En la enseñanza del sistema contravencional, y no solo de él, es que el Derecho Penal Republicano está desapareciendo y la sanción parece estar fundada, a espaldas de la Constitución en principios de un derecho represivo de corte autoritario, útil por lo demás para alcanzar fines que no son precisamente la justicia y el respeto al ser humano.

7.- En Costa Rica existe un sistema de Seguridad Social por medio del cual todas las personas que trabajan, cotizan un cierto porcentaje de su salario al órgano encargado, que es la Caja Costarricense del Seguro Social. Y este ente público le otorga una constancia, en la que se indica el número de afiliado, su salario mensual y otros datos personales, que se denomina Orden patronal.

ACERCA DE LA DECLARACION DEL IMPUTADO

Dr. José María Tijerino Pacheco

Jefe del Ministerio Público y Profesor de Derecho Procesal Penal, UCR.

CONTENIDO

- 1.- Naturaleza jurídica de la declaración del imputado.
- 2.- Derecho al silencio (ius tacendi).
- 3.- Presentación espontánea.
- 4.- Otras declaraciones

1.- NATURALEZA JURIDICA DE LA DECLARACION DEL IMPUTADO

El **interrogatorio del reo**, otrora medio de prueba por excelencia, pasó a finales del siglo pasado a convertirse en la **declaración del imputado** (1), es decir, a jugar un papel de primer orden en el ejercicio del derecho de defensa, a convertirse en el más representativo acto de defensa material.

Ello significa que en la naturaleza jurídica de ese acto procesal se operó un cambio sobre el cual la doctrina está muy lejos de un acuerdo y que constituye motivo de frecuentes discusiones en las salas de justicia costarricense.

Consideramos pertinente hacer a continuación una somera exposición de las más connotadas opiniones al respecto procurando seguir un orden cronológico.

Parece que fue en la doctrina alemana donde por primera vez se concibió la declaración del imputado como un medio de defensa.

En Italia encontró tempranamente mucho eco y así vemos como **Pessina**, en 1883, catorce años antes del la Ley Constant, de Francia, ya sostenía en su Sommario di lezioni sul procedimento penale que el interrogatorio del imputado no es un medio de prueba sino de defensa (2). Pensamos nosotros que al menos eso se pretendía que fuera, pero no se lograba realmente por la circunstancia de que no iba precedido de intimación, como ya vimos.

Sin negarle el carácter de medio de prueba **Scevola**, en 1886, lo ve principalmente como medio de defensa (3).

En 1910 **Napodano** considera que en el sistema mixto se mantiene el interrogatorio, aunque despojado de aquella forma de constreñimiento dirigido a obtener la confesión por el temor o el dolor. El interrogatorio queda, dice ese autor, como un **medio de instrucción**, pero al mismo tiempo, mejor dicho, principalmente, es un **medio de defensa**, el modo con el cual el imputado enfrenta la acusación (4).

1.- Lo que podemos calificar como el trascendental paso de la indagatoria a la declaración del imputado se dio en Francia con la Ley Constant de 8 de diciembre de 1897, la que dispuso en su artículo 3: "Lors de cette première comparation, le magistrat constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés, et reçoit ses déclarations, après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas en faire..."

2.- Pessina, cit. por Foschini, "L'interrogatorio dell'imputato". En: L'imputato. Studi, Milano Giuffrè, 1956, p.53, nota 20.

3.- Scevola, cit. por Foschini, "L'interrogatorio dell'imputato", cit., p.53, nota 21.

4.- Napodano, Manuale di procedura penale italiana, Milano, Vallardi, 1910, p. 362.

Manzini desde que publica el Manuale, en 1912, es decir, antes de la promulgación del más liberal de los códigos italianos, el de 1913, afirma que el interrogatorio del imputado es un **medio de defensa y no de prueba** (5). Criterio ratificado en el Trattato, en el cual acepta la tesis del informe del Ministro de Justicia sobre el proyecto preliminar del Código de 1930 de que también puede ser **fuerza de prueba** (6), y en las **Istituzioni**, en donde con énfasis asevera que la finalidad de ese acto procesal es siempre (y no solamente en la instrucción formal) esencialmente de intimación (**contestativo**) y de defensa (7).

Tuozi, en 1914, comentando el código italiano de 1913, estima que la institución en examen es sustancialmente defensiva, ya que debe procurar al imputado la ocasión de exponer al juez hechos y circunstancias que puedan disculparlo en todo o en parte de la imputación que obre contra él (8).

Civoli, en 1921, es de la opinión que la inadmisibilidad en el código del 13 de la declaración de no poderse proceder por insuficiencia de pruebas, sin antes haber procedido al interrogatorio del imputado, excluye que en ese acto pueda verse solamente un medio de defensa puesto a disposición del imputado. Y agrega que aunque al interrogatorio no se le hubiese asignado más finalidad que la de procurar al imputado el medio de defenderse, no podría impedirse que de la manera en que él lo haga se desprendan deducciones que le sean desfavorables (9).

Guglielmo Sabatini, apoyado en su compatriota **Ellero** y en los autores de lengua alemana **Bennecke-Beling**, **Binding** y **Rosenfeld**, sostiene que en lo penal el interrogatorio no es un medio de prueba, sino de instrucción y de defensa del imputado orientado al descubrimiento de la verdad. Ello no obsta, sin embargo, a que las respuestas dadas puedan influir en el criterio del juez, ya que pueden suministrar elementos de prueba que bien pueden ser de recibo, especialmente cuando no haya razones para sospechar que el imputado ha tenido motivo para mentir o cuando se revelen espontáneas y sinceras sus declaraciones (10).

Florian considera que la declaración del imputado puede adoptar la forma de medio de defensa y de medio de prueba. Basa su afirmación de que es medio de prueba, en el derecho italiano, en el hecho de que se impone al juez la obligación de investigar todo cuanto el imputado haya afirmado y ello con el fin de descubrir la verdad (11).

Aloisi, en 1932, también se inclina por negarle al interrogatorio naturaleza de medio de prueba y reconocerle la de medio de defensa (12).

De Mauro, en cambio, no se muestra convencido por el argumento del medio de defensa, cuya paternidad parece atribuir a **Stoppato** en la Relazione per la Camera dei Deputati sul progetto del codice processuale penale 1913. Cuando se dice que el interrogatorio del imputado es un medio de prueba, opina, no se pretende realmente negar que él sirva para iluminar al juez también, y si se quiere incluso predominantemente, sobre aquello que constituye la defensa del imputado, pero no creemos que se pueda afirmar que esa sea la única finalidad de un acto tan

5.- Manzini, Manuale di procedura penale italiana, Torino, Fratelli Bocca, 1912, p.573.

6.- Manzini, Trattato di diritto processuale penale italiano, 4a. ed. IV, Torino, UTET, 1952, p. 161. La Relazione del Guardasigilli sul progetto di un nuovo codice di procedura penale (1929) consideró que el interrogatorio puede ser fuerza de prueba en cuanto de él se pueden obtener elementos idóneos para determinar investigaciones probatorias (Cit. por Manzini, ibidem, nota 2).

7.- Manzini, Istituzioni di diritto processuale penale, 12a. ed. Padova, Milani, 1967, ps. 216-217.

8.- Tuozi, Il nuovo codice di procedura penale comentato, Milano, Vallardi, 1914, p.297.

9.- Civoli, Manuale di procedura penale italiana, Torino, Fratelli Bocca, 1921, p. 279.

10.- Sabatini, Principi di diritto processuale penale, 3a. ed., I, Catania, Casa del Libro, 1948, p. 512.

11.- Florian, Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1934, ps. 335-336.

12.- Aloisi, cit. por Foschini, "L'interrogatorio dell'imputato", cit., p. 53, nota 20.

importante del proceso, porque no parece que pueda prohibirse al juez que infiera de las mismas palabras del imputado elementos incriminatorios. Un imputado que durante el interrogatorio, agrega, se contradiga continuamente, o se apoye en circunstancias absolutamente inconciliables con las pruebas del proceso, favorece más a la acusación que a la propia defensa. Y ningún juez, concluye, frente a tal interrogatorio cerrará sus oídos en espera de que el imputado se decida finalmente a decir cosas más útiles para su defensa (13).

Para **Altavilla** (1935) el interrogatorio es medio de defensa, medio de prueba y fuente de prueba (14).

Bettiol (1936) opina que no debe enfocarse como medio de prueba, sino como una actividad dirigida a solicitar de parte del imputado argumentos contra la acusación (15).

De Marsico, en 1943, en cambio, si bien acepta que la declaración del imputado constituye un medio de defensa y de instrucción, considera que también lo es de prueba (16).

Foschini, ese mismo año, rechaza las tesis de que el interrogatorio sea un medio de defensa o un medio de intimidación. Se explica la contraria orientación de la doctrina como una reacción a la importancia exagerada que el proceso inquisitorial daba a los medios coactivos para obtener la confesión. La redacción de los artículos 367 y 368 del código italiano del 30, que él reconoce favorable a la tesis que combate, tiene la misma explicación.

En todo caso, la condición de medio de prueba del interrogatorio se evidencia de numerosas disposiciones que de otra forma no tendrían sentido, asévera. Por ejemplo, aquella de que el defensor no puede conferenciar con el imputado durante el interrogatorio o antes de que éste conteste a las preguntas, o aquella que faculta al juez, si los imputados son varios, para interrogarlos por separado haciendo alejarse a los otros de la audiencia.

No obstante recalcar que el interrogatorio es un medio de prueba y no de defensa, en glosa al artículo donde expone su posición, reconoce **Foschini** en ese acto algunos aspectos atinentes a la autodefensa del imputado, los que no llegan a alterar su condición esencial de medio de prueba (17).

Carnelutti considera, en sus Lezioni sul processo penale, que no existe una prueba más preciosa que el **testimonio del imputado**, que no aporta al juez sólo su versión sino también las manifestaciones de su estado de ánimo, elementos valiosos que pueden y deben ser tomados en cuenta (18).

Para **Guarneri** el interrogatorio, además de ser un medio de información, es un medio de prueba, un testimonio de parte, precisamente útil a la acusación y a la defensa según sus elementos objetivos, en cuanto resulta contradictorio. La experiencia judicial revela cómo son usadas declaraciones de imputados para fundamentar sentencias condenatorias, las que, generalmente, aparecen como fuente genuina de verdad (19).

13.- De Mauro, Manuale di diritto processuale penale, 3a. ed., Roma, Jandi Sapi, 1959, p.283, nota 2.

14.- Altavilla, cit. por Foschini, "L'interrogatorio dell'imputato", cit., p. 53, nota 20.

15.- Bettiol, cit. por Foschini, "L'interrogatorio dell'imputato", cit., p.53, nota 20.

16.- De Marsico, Diritto processuale penale, 4a. ed. (1a. ed. 1943). Napoli, Jovene, 1966, p.202.

17.- Foschini, "L'interrogatorio dell'imputato", (publicado originalmente en "Annali di diritto e procedura penale", 1943), "L'imputato. Studi", Milano Giuffrè, 1956, ps. 49-58.

18.- Carnelutti, Lezioni sul processo penale, 2a. ed., I, Roma, Ateneo, 1949, p.269.

19.- Guarneri, Las partes en el proceso penal, trad. Constan-
cio Bernaldo de Quirós, Puebla, José M. Cajica, 1952, p.
286.

En 1954 **Santoro** duda de que el interrogatorio sea un medio de prueba, después de observar que de los artículos 245 y 376 del código del 30 se colige que está dispuesto como tutela de los derechos del imputado (20).

Vannini y Cocciardi estiman que más que medio de prueba debe considerarse medio de intimidación. En todo caso, sería un medio de prueba indirecto, en el sentido que le da el informe preliminar sobre el proyecto del Código: **fuentes de prueba** (21).

Ranieri manifiesta que en el sistema italiano el interrogatorio no es medio de prueba; no obstante, puede suministrar elementos para la prueba, que el juez debe valorar en relación con otros para formar criterio (22).

Gianturco señala que una vez que fue abolida la tortura y derogado el régimen de prueba legal, que elevaba la confesión a reina de las pruebas, es incuestionable que, en el derecho moderno, la declaración del imputado es una imprescindible formalidad de intimación de la imputación, dirigida a promover la defensa de aquél. Le niega, pues, carácter de medio de prueba y le adjudica el de medio de defensa (23).

Leone, sustentador por excelencia de la tesis de la taxatividad de los medios de prueba, no podía reconocerle a la declaración del imputado, regulada por aparte, condición de tal.

Para él ese acto tiene dos funciones: **a parte judicis**, asegurar la identificación del imputado y la intimación; **a parte rei**, garantizar la defensa.

Si bien no es un medio de prueba, puede ser considerado fuente de prueba, no pudiendo el juez inhibirse de tomar de él argumentos o elementos a favor o en contra del mismo imputado (24).

Mazzanti, en 1961, llega a la conclusión de que la declaración del imputado es un acto complejo cuya naturaleza esencial es la de medio de defensa, pero que también tiene la de eventual medio de intimación y la de eventual fuente indirecta de prueba, aunque permaneciendo inalterada y preeminente la naturaleza defensiva (25).

Si en Italia los textos legales que regulan ese acto sirven de apoyo a los que ven en él un medio de defensa, en España sucede lo contrario.

La misma topografía del capítulo dedicado a las "declaraciones de los procesados" dentro de un título referido a la "comprobación del delito y averiguación del delincuente" deja claro que el legislador de 1882 veía el acto como un medio de prueba. Impresión que se reafirma al leer los artículos 385, 387, 389 y 391 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quizás por ello es que la doctrina española se inclina mayoritariamente a ver en la declaración del imputado un medio de prueba, sin dejar de reconocer que también sirve para que aquél se defienda.

Así, para **Aguilera de Paz** ese acto "puede contribuir muy eficazmente al esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento y a la comprobación de las circunstancias concurrentes en su ejecución" (26).

20.- Santoro, Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954, p. 452.

21.- Vannini y Cocciardi, Manuale di diritto processuale penale italiano, Milano, Giuffrè 1976, p. 224.

22.- Ranieri, Manuale di diritto processuale penale, 5a. ed., Padova, CEDAM, 1965, p.276.

23.- Gianturco, La prova indiziaria, Milano Giuffrè, 1958, p. 109.

24.- Leone, Trattato di diritto processuale penale, II, Napoli, Jovene, 1961, ps. 249-250.

25.- Mazzanti, "Rilievi sulla natura giuridica dell'interrogatorio dell'imputato", Rivista Italiana di diritto e procedura penale, 1961, p. 1182.

26.- Aguilera de Paz, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2a. ed., III, Madrid, Reus, 1924, p. 535.

Fenech opina que el fin principal de la declaración consiste en proporcionar al órgano jurisdiccional elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión.

Rechaza la tesis que ve en ese acto más un medio de defensa que de prueba. Debe tenerse en cuenta, dice **Fenech**, que también son medios de defensa las declaraciones de los testigos propuestos por la defensa y los documentos aportados por el imputado, y no por eso se ha pensado en negarles su carácter de medios de prueba. Igualmente, agrega, son medios de prueba los testigos de cargo, sin que nadie dude de que también son medios de acusación (27).

Serra ve en la declaración del imputado, a la vez que un medio de defensa, "uno de los medios de prueba más idóneos para el feliz resultado del proceso", debido a que el propio imputado es el único que sabe con absoluta certeza si se ha cometido delito y si lo ha cometido la persona acusada (28).

Pensamos que debió decirse que el imputado es el único que sabe con certeza si él es o no el autor del hecho que se le atribuye, que bien podría haber sido cometido por otra persona, en cuyo caso el imputado no estará en mejor situación que las autoridades para saber quién es el autor. Tampoco podrá tener certeza de si el hecho, aun habiendo sido él su autor, es delito, aspecto técnico éste que constituye parte del objeto procesal.

Fairén Guillén considera compatibles las concepciones de medio de prueba y medio de defensa, puesto que si por un lado el imputado toma parte en un medio de prueba de valor indiciario, por otro, no debe desconocerse que la Ley reconoce al acusado un

interés jurídico en su propia defensa y que el medio de exponerlo es el de sus propias declaraciones (29).

Para **Montero Aroca** las declaraciones del imputado son medios de defensa, aunque hace ver que "con carácter general puede aceptarse que se trata tanto de un medio de prueba como de defensa..." (30)

Silva Melero estima que la declaración del inculgado parece ser para el juez un medio que puede contribuir al descubrimiento de la verdad. Sin embargo, no encuentra en ella ningún fin probatorio cuando la examina desde un punto de vista formal. Concluye acogiéndose a la tesis que la concibe como un medio de defensa que también puede llegar a ser fuente de prueba (31).

Gómez del Castillo es del criterio de que la declaración constituye para el órgano jurisdiccional un medio de prueba. Para el imputado, es un acto de parte o de interviniente y puede ser un acto de defensa (32).

En la Argentina, **Clariá Olmedo** asevera que la declaración es "esencialmente un medio de defensa y nunca puede ser utilizado como medio de prueba, a lo menos en su contra. Ello no impide, sin embargo, que el dicho y las indicaciones del imputado puedan servir como elementos de convicción para el tribunal y proporcionar fuentes de prueba, sea en su favor o en su contra" (33). Una vez más, la teoría italiana de la fuente de prueba.

29.- Fairén Guillén, "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español", en Temas del ordenamiento procesal, II, Madrid, Tecnos, 1969, p. 1219, nota 50.

30.- Montero Aroca, Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Madrid, Tecnos, 1976, p.243, nota 232.

31.- Silva Melero, "El interrogatorio del imputado". En: "Tres comunicaciones al Tercer Congreso Internacional de Derecho Comparado de Londres, del 31 de julio al 5 de agosto de 1950", Revista de derecho procesal, Madrid, 1950, III, ps. 402 a 404.

32.- Gómez del Castillo y Gómez, EL comportamiento procesal del imputado. (Silencio y falsedad). Barcelona, Bosch, 1979, p.112, nota 44.

33.- Clariá Olmedo, Tratado de derecho procesal penal, IV, Buenos Aires, EDIAR, 1964, ps.498-499.

27.- Fenech, Derecho procesal penal, 3a. ed., I, Barcelona, Lanor, 1960, ps.651-652.

28.- Serra. "Declaración del imputado e indagatoria". En: Estudios de derecho procesal, Barcelona, Ariel, 1969, ps.740-743.

Para **Oderigo** la declaración del imputado cumple actualmente dos funciones: facilitar al juez la averiguación de la verdad y al imputado la oportunidad de justificarse (34). Es decir, es medio de prueba y medio de defensa.

Vázquez Rossi, con fundamento en el derecho positivo de su país, comenta que la declaración "es, fundamentalmente una de las manifestaciones iniciales del derecho de defensa y...sólo una interpretación antojadiza y distorsionadora de su sentido...puede transformarla en medio probatorio, en una patente desvirtuación del principio constitucional de la prohibición de obtener declaración en contra del propio sujeto investigado." (35).

Después de pasar revista a las distintas posiciones doctrinarias concordamos con **Foschini** en que la tesis del medio de defensa puro surge como reacción al execrable interrogatorio inquisitorial. Ante la evidencia de que de las mismas palabras del imputado el juez puede extraer elementos incriminatorios surge, como tesis contemporizadora, la de la fuente de prueba, que tanta fortuna ha tenido en Italia y fuera de ella.

Sin embargo, esa tesis es un simple juego de palabras para venir a significar lo mismo: que la declaración del imputado es medio de prueba. El hecho de que, sin duda, también es un medio de defensa no le quita un ápice a su condición de medio de prueba, como acertadamente señala **Fenech**, según vimos. Tampoco atenta contra esa condición la obligación del juez de verificar por otros medios la veracidad de lo manifestado por el imputado.

Otro tanto cabe decir de la tesis de **Guglielmo Sabatini**, que, según hemos visto, contrapone medio de instrucción a medio de prueba, y de la posición de **Ranieri**, que por un lado se niega a considerar a la

declaración medio de prueba, pero por otro admite que puede suministrar elementos de prueba, conforme señalamos.

La posición de **Claria Olmedo** nos parece a contrapelo de la realidad cotidiana en las salas de justicia de todo el mundo: las declaraciones de los imputados pueden ser y son utilizadas como prueba de cargo en cuanto se revelen contradictorias o admitan total o parcialmente la acusación. Ciertamente es que luego **Claria** matiza su aseveración contraria acogiendo a la tesis de la fuente de prueba.

La opinión de **Vázquez Rossi** se nos antoja demagógica cuando indica que transformar la declaración del imputado en medio de prueba es "una patente desvirtuación del principio constitucional de la prohibición de obtener declaración en contra del propio sujeto investigado". Suponemos que se refiere a la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo, que de ninguna manera impide que el juez tome en consideración lo que el imputado ha declarado libre y voluntariamente.

En el derecho costarricense la declaración del imputado es, fundamentalmente, medio de defensa; pero también es medio de prueba, y en grado tal que en ciertos procedimientos se le considera capaz de aportar ella sola toda la prueba que necesita el juez para dictar sentencia.

En efecto, el artículo 415 del Código de Procedimientos Penales señala que "tratándose de hechos delictivos sancionados únicamente con días multa, cuando el imputado acepte el cargo que se le atribuye, el juez penal dictará sentencia inmediatamente después de recibido el asunto, imponiéndole la pena respectiva y las demás consecuencias derivadas del hecho, salvo que estime indispensable la celebración del juicio oral y público."

Orientación semejante tiene el artículo 419 CPP:

"Si el imputado confesare circunstanciada y

34.- Oderigo, *Derecho Procesal penal*, II, Buenos Aires, Ideas, 1952, p. 39, nota 559.

35.- Vázquez Rossi, *La defensa penal*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal y Culzoni, S.C.C., 1978, p. 113.

llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla...”

Y el 423 CPP:

“Para juzgar las faltas y contravenciones el Alcalde oirá al ofendido o a la autoridad que hace la denuncia y al imputado inmediatamente. Si éste se reconoce culpable y no se estiman necesarias ulteriores diligencias, el Alcalde dictará la resolución que corresponda...”.

2.- DERECHO AL SILENCIO (IUS TACENDI)

Desde el potro de tormentos que infamara la práctica procedimental de antaño, convirtiéndola en la peor pesadilla engendrada por obra del hombre, y que tenía por objeto arrancar la confesión del crimen al desdichado que hubiera suscitado sospechas, a la tajante declaración de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, proclamada hoy por constituciones políticas y cartas de derechos, hay toda una historia; la historia del derecho procesal penal.

Mientras se consideró la confesión como **regina probationum** fue inconcebible que el imputado tuviera derecho a no declarar, y aún después del triunfo de las ideas ilustradas, plasmado en la abolición de la tortura judicial, mientras se vio en la declaración del imputado un interrogatorio, un medio de prueba y nada más que eso, no podía especularse siquiera sobre la existencia del **ius tacendi**.

Y todavía en época relativamente reciente el derecho de callar es cuestionado como tal. En Italia, en 1932, **Aloisi** sostiene que el imputado no puede negarse a responder al magistrado que lo interroga, ni tampoco puede responder mintiendo. Abomina el citado autor la orientación contraria a su posición de todas o casi todas las legislaciones procesales promulgadas bajo la influencia de lo que él considera “individualismo ad oltranza”, que en la Italia de los 30, con el fascismo en su apogeo, con harta razón podía considerarse “un ciclo storico competamente

superato” (36). No pudo prever **Aloisi** que la rueda de la Historia no detendría allí su marcha.

Sin llegar a la posición extrema de **Aloisi**, **Manzini** considera que (en su redacción original) el código del 30 no reconoce al imputado un derecho subjetivo ni cualquier otro interés legítimo de no responder, porque tal actitud equivale a desconocer la sujeción que todo imputado debe observar respecto a la autoridad judicial. En su criterio, la ley se limita a no castigar el silencio y a no consentir medios coercitivos para obligar al imputado a responder (37).

También **Foschini** opina que no puede, en absoluto, hablarse de un derecho de no responder y menos aún de un derecho de mentir: debe descartarse que la mentira y la reticencia sean algo más que simplemente toleradas (38).

En la misma línea de pensamiento expresa, en España, **Silva Melero**:

“Que no se castigue el silencio no quiere expresar más que la prohibición de los medios coercitivos para obligar a una respuesta, y no se trata de proclamar la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo de no contestar a la autoridad judicial” (39).

En contraste con estas posiciones se encuentra

36.- Aloisi, cit. por Foschini, “L’interrogatorio dell’imputato”, cit., p.51, nota 13.

37.- Manzini, Trattato de diritto processuale penale italiano, 4a. ed., IV, , cit., p.163.

38.- Foschini, “L’interrogatorio dell’imputato”, cit.,p. 51.

39.- Silva Melero, “El interrogatorio del inculgado”, cit., p.404. En forma parecida se expresan Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa: “...entendemos que más propiamente que hablar de un derecho sería aludir a la no existencia de un deber de contestar...”(Compendio de derecho procesal civil y penal, tomo IV, volumen, II, Madrid, Santillana, 1968 p.843). La nueva constitución de 1978 ha zanjado definitivamente la cuestión en España, al proclamar que no existe la obligación de declarar; aunque con imperfecta técnica legislativa, pues se refiere a “persona detenida”.

la de Cordero, que es representativa de la actual tendencia doctrinal italiana. Para ese autor el derecho de defensa implica el derecho de callar y de mentir. Considera asimismo que la obligación jurídica a la veracidad, cualesquiera, que sean las motivaciones que para ella se tengan, es una idea difícilmente compatible con una sociedad de hombres libres (40).

Debe advertirse que en Italia, además de la caída del régimen político bajo cuya influencia Aloisi exigía respuesta y veracidad al imputado, se produjo una reforma en el código procesal penal de 1930 que cambió sustancialmente la referencia normativa de la cuestión.

Los artículos 366 y 367 de ese código recientemente derogado, que regulaban la declaración del imputado, no establecían el derecho a guardar silencio. El segundo de esos artículos únicamente hacía mención de una situación de hecho: la renuencia del imputado a responder ("Se l'imputato rifiuta di rispondere..."). No fue sino por ley de 5 de diciembre de 1969 que, mediante la adición de un párrafo al artículo 78 CPP, se estableció el deber para el juez y la policía de advertir al imputado que tiene "facoltà di non rispondere": prescripción contenida también en el artículo 64.3 del código de 1988, con salvedad de lo que concierne a sus generales.

En Costa Rica la cuestión no ofrece margen ninguno de duda. Veinte años antes de que el ordenamiento italiano reconociera formalmente el *ius tacendi*, nuestra Constitución proclamaba en 1949:

"En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo..." (art. 36).

Con la misma diaphanidad se expresan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra "durante el proceso" el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable" (art. 8.2.g.) y el Código de Procedimientos

Penales, que prescribe la obligación del juez de informar "detalladamente al imputado... que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad..." (art.278).

Por último, importante es señalar que si la ley reconoce al imputado el derecho al silencio, no es lícito derivar del ejercicio de tal derecho ninguna consecuencia desfavorable para aquél. No sólo sería contraria a derecho la presunción de culpabilidad, implícitamente prohibida por el artículo 39 de la Constitución ("...necesaria demostración de culpabilidad") y expresamente por el artículo 278 del Código de Procedimientos Penales, sino también cualquier consideración negativa sobre su personalidad (41).

Una resolución adversa al imputado que esté fundada en la no colaboración de éste con las autoridades represivas sería absolutamente nula por falta de legítima motivación, ya que no puede ser tal la que entrañe una flagrante violación del derecho de defensa.

3.- PRESENTACION ESPONTANEA

Relacionada con la declaración del imputado pero sin que quepa identificarla con ella, debe examinarse la presentación espontánea, mediante la cual aquél acelera su propia intervención en el proceso con miras a aportar verbalmente al instructor elementos de juicio por tomar en cuenta al examinar la inculminación (42).

41.- Así, Grevi, "Nemo tenetur se detegere", interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milano, Giuffrè, 1972, ps. 126-127; asimismo en "Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell'art. 78 C.P.P.". En Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1970, ps. 1176-1177. En el mismo sentido, Chiavario, Processo e garanzie della persona, 2a. ed., II, Milano, Giuffrè, 1982, p. 169.

42.- Cafferata Norez atribuye dos finalidades a la institución: facilitar la intervención del imputado en el proceso, para que ejercite su defensa, y evitar el empleo injustificado de medidas coercitivas para lograr su comparecencia (Medidas de coerción en el proceso penal, Córdoba, Argentina, Lerner, 1983, ps. 47-48).

40.- Cordero, Procedura penale, 8a. ed., Varesè, Giuffrè, 1985, p. 224.

Igual que lo hacen los códigos italiano de 1930 (art.250) y cordobeses (argentinos) de 1939 y 1970 (arts. 325 y 282 respectivamente), el código costarricense establece la mencionada institución:

“La persona contra la cual se hubiere iniciado un proceso podrá presentarse espontáneamente ante el juez a fin de declarar...” (art. 264 CPP).

Aunque el texto de la norma en comentario se refiere a la posibilidad de presentarse ante “el juez”, es indudable que el mismo derecho puede ser ejercido tanto en la información sumaria previa a la citación directa, encomendada por ley al Ministerio Público, como en el llamado sumario de prevención, a cargo de la policía judicial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 45 del mismo código, que confiere los mismo derechos del imputado a “la persona que fuere detenida como partícipe de un hecho delictuoso, o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra” (43).

Debe entenderse que el derecho conferido al imputado, con evidente finalidad defensiva (44), es el de hacer una declaración, no el de obligar al juez instructor a que le reciba la declaración solemne regulada por los artículos 274 a 285 CPP, de la que hemos venido tratando. Es decir, el juez no está obligado a ponerlo al tanto de los cargos y de las pruebas que los sustenta, a intimarlo.

Lo anterior se colige de la segunda parte del texto legal en comentario:

“Si la declaración fuere recibida en la forma prescrita para la del imputado, valdrá como tal para todo efecto.”

43.- En el mismo sentido, Núñez, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba..., Buenos Aires, Lerner, 1978, p. 149; Cafferata Norez, Medidas de coerción en el proceso penal, cit., p. 46; Llobet Rodríguez, Código de Procedimientos Penales anotado, Alajuela, 1987, p.264.

44.- Manzini incluye entre los derechos que integran el de defensa el “di presentarsi spontaneamente per esporre le proprie discolpe” (Trattato..., cit., II, p. 335).

Cabe, pues, que esa declaración no vaya precedida de intimación. El juez es quien decide la oportunidad de ésta, guiado por los elementos de convicción que haya allegado a la causa, salvo que el imputado estuviere detenido (45), en cuyo caso la ley le confiere un plazo de veinticuatro horas a partir del momento en que aquél fuere puesto a su disposición. En ese orden de ideas Leone observa que “Si tratta di un’ipotesi più ristretta dell’interrogatorio, non essendo tenuto... il giudice a procedere alla constatazione del fatto e degli elementi di prova” (46).

De cualquier forma, esa potestad del juez de instrucción de decidir sobre el momento de la intimación debe ser ejercida en forma racional, o sea, sin que llegue a comprometer el derecho de defensa.

Con esto queremos decir que, en todo caso, la intimación (y la consecuente oportunidad para el imputado de rendir declaración con todas las garantías procesales) debe practicarse en los primeros momentos de la instrucción (47).

4.- OTRAS DECLARACIONES

Además de la declaración del imputado, por antonomasia, y de la que está autorizado a hacer cuando espontáneamente se presenta ante la autoridad (que, como vimos, si se dan las condiciones puede coincidir con la anterior), consideramos que hay otras por medio de las cuales se ejerce la defensa material.

Una de esas declaraciones es aquella con la que el imputado se retracta en el juicio por injuria, calumnia o difamación.

45.- Así, Clariá Olmedo, Tratado..., cit., IV, p. 504, asimismo en “Del avocamiento al procesamiento en la instrucción penal”, Revista iberoamericana de derecho procesal, Madrid, 1968 N° 2, p. 232.

46.- Leone, Manuale di diritto processuale penale, 12a. ed., Napoli, Jovene, 1985, p. 480.

47.- En ese sentido, Clariá Olmedo, Tratado..., cit., IV, ps. 503-504.

De conformidad con el artículo 438 del Código de Procedimientos Penales "si el querellando se retractare en la audiencia o al contestar la querrela, la causa será sobreseída...". Si bien la retractación implica la aceptación del hecho imputado, no cabe duda de que los efectos procesales de ella son beneficiosos para el querrellado, puesto que se pone fin al proceso evitando la condena.

Tal vez no sea peregrina la idea de que la misma audiencia de conciliación, prevista en el procedimiento especial establecido en el código costarricense para los pocos delitos de acción privada que todavía subsisten (48), vista desde la perspectiva del querrellado, puede implicar declaraciones de éste cuya finalidad sea la obtención de una resolución judicial favorable: el sobreseimiento, que el artículo 438 CPP dispone en caso de que la audiencia fructifique.

La última palabra en el debate, reservada al imputado por el artículo 389 del Código de Procedimientos Penales, constituye en criterio de Foschini "una agevolazione non della dimostrazione ma della confutazione" (49).

En el mismo orden de ideas, opina Serra: "...nos resistimos a admitir que la declaración final del imputado... constituya un verdadero medio de prueba. A nuestro modo de ver, en tal supuesto existe uno de los pocos ejemplos de autodefensa permitidos en nuestro Derecho procesal penal" (50).

Por su parte, Fairén considera que ese acto es probablemente el más intenso medio de defensa del imputado, que él pone en juego ante la expectativa de una sentencia desfavorable (51).

48.- Injuria, calumnia, difamación, incumplimiento de deberes familiares, propaganda descal y "aquellos que leyes especiales califiquen como tales" (Código Penal, art. 81).

49.- Foschini, Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 184.

50.- Serra, "Declaración del imputado e indagatoria", cit., p. 742.

51.- Fairén Guillén, "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español". En: Temas del ordenamiento procesal, II, Madrid, Tecnos, 1969, p. 1230.

Aguilera de Paz (52) y Vázquez Sotelo (53) consideran esa manifestación del imputado complementaria de la del defensor, ya que vendría a subsanar olvidos de éste.

Vista la importancia que la doctrina le atribuye a ese acto, debe señalarse que se atenta contra el derecho de defensa del imputado no sólo cuando el presidente del tribunal o el juez único le coartan la expresión de sus razones en ese momento procesal, que debiera ser solemne, sino también cuando es el defensor el que le ordena no manifestar nada. La defensa técnica no debe llegar a anular la defensa material.

El temor que pueda tener el defensor de que su patrocinado eche por la borda sus argumentos defensivos, no debe impedir que éste haga sus apreciaciones personales sobre lo visto y oído en su propia causa. En todo caso, el tribunal tiene el deber de fundar sus sentencias en las pruebas del debate y sólo en ellas, y las últimas palabras del imputado ni por su naturaleza ni por su oportunidad constituyen prueba.

La autoridad debe velar porque el imputado esté consciente de que se trata del ejercicio de un derecho personalísimo, del cual únicamente él está llamado a disponer.

Y tener paciencia, recordar que si para el tribunal ese es un debate más, para el imputado es su juicio, en el que sólo su suerte está en juego. **Aguilera de Paz** hace ver que "aún cuando se incurra en la posibilidad de que digan (los imputados) muchas cosas que sean o parezcan impertinentes, y aún extrañas a la causa, puede en algún caso surgir entre ellas cualquiera afirmación o consideración que resulte realmente útil e interesante" (54).

52.- Aguilera de Paz, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, V. Madrid, Hijos de Rous, 1914, p. 550.

53.- Vázquez Sotelo, Presunción de inocencia e íntima convicción del tribunal, Barcelona, Bosch, 1884, ps. 125-126.

54.- Aguilera de Paz, Comentarios..., V, cit., p.551.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS DIRECTORES DE DIARIOS Y LA JURISPRUDENCIA EN COSTA RICA

Luis Sáenz Zumbado

Periodista y egresado de la Facultad de Derecho de la UCR.

CONTENIDO:

I. La Ley de Imprenta: a) Origen de una norma. b) Sistema de "cascadas" c) Responsabilidad concurrente. d) El artículo séptimo. e) Posiciones en la doctrina. II. Responsabilidad objetiva: a) Críticas en la doctrina. b) Responsabilidad subjetiva. c) La jurisprudencia y el concepto objetivo. d) Un concepto moderno. III. Conclusión

I.- LEY DE IMPRENTA

La Ley de Imprenta, promulgada en 1902, establece una responsabilidad en materia penal muy particular para los directores de los periódicos u otras publicaciones impresas.

El artículo siete (1) dice, entre otras cosas, que las penas establecidas para los autores de delitos de injuria y calumnia, contenidos por la ley, "la sufrirán conjuntamente los autores de la publicación y los editores responsables del periódico".

Tal disposición conceptualizada por algunos sectores de la doctrina como una "responsabilidad

objetiva" (2), permitió, en los últimos años, que directores de diarios fueran sentenciados a penas de prisión por haber facilitado, según sus propios alegatos, el ejercicio de la libertad de expresión, de información y de prensa.

Al margen de cualquier causa de inculpabilidad o de justificación, la Sala de Casación, primero, y las distintas Salas, después, impusieron penas de prisión a directores de diarios Demandados por la difusión de informaciones injuriosas o calumniosas (3).

A partir de 1985, sin embargo, La Sala Tercera comenzó a mostrar cambios en la interpretación del citado artículo al considerar que no siempre el director, por su condición de tal, debe ser sentenciado (4).

Aunque un recurso de inconstitucionalidad contra la norma fue declarado sin lugar el 30 de julio

2.- Ver entre otros Soria (Carlos), El director de periódicos, Carvajal Mora (Lucrecia) y Charpentier Jiménez (Francia), Delitos contra el honor en los medios de comunicación colectiva, Porras González (Edgar), La libertad de expresión en los medios de comunicación colectiva, Tomari Bertoni (Luis), Delitos de imprenta.

3.- Ver, entre otras, las siguientes resoluciones: Sala Primera, de 10 horas de 16 de setiembre de 1975, Sala Segunda, Nº72681, de 10 horas de 25 de mayo de 1976, Sala Primera, Nº109501, de 18 de mayo de 1977, Sala Tercera, NºV-180 F, de 10 horas de 14 de agosto de 1986.

4.- Sala Tercera, Nº V-88-F, de 15,45 horas de 29 de mayo de 1985. Calixto Chávez Zamora contra Francisco Gamboa.

1.- El artículo dice: "Los responsables de delitos de calumnia o injuria, cometidos por medio de la prensa, serán castigados con la pena de arresto en sus grados cuarto a sexto. Esta pena la sufrirán conjuntamente los autores de la publicación y los editores responsables del periódico, folleto o libro en que hubiere aparecido. Si en el periódico, folleto o libro no estuviere estampado el nombre de los editores responsables, se tendrán como tales para los efectos de este artículo, los directores de la imprenta y si no los hubiere, la responsabilidad de éstos recaerá sobre el dueño de la imprenta..."

de 1987 (5), la Corte Plena estableció también nuevos conceptos para interpretarla y evitar, de esa manera, que los directores de periódicos sean condenados en forma automática cada vez que se plantea una querrela.

La interpretación dada por la Sala Tercera constituye, sin lugar a dudas, un avance importante, aunque tardío (6), de la jurisprudencia costarricense en materia de derecho de información y derecho constitucional, pues ha permitido ajustar una norma promulgada a principios de siglo, aún vigente, a los avances de la doctrina, al espíritu de la Constitución Política (7) y de la ley (8).

El criterio, sin embargo, pareciera no ser compartido en su totalidad por sectores políticos y judiciales (9).

Para exponer en forma más clara la importancia del progreso en la jurisprudencia es conveniente, sin lugar a dudas, explicar el origen de la norma contenida por el artículo séptimo de la Ley de Imprenta.

5.- El recurso, promovido por el director del diario "La Nación", Eduardo Ulibarri, fue declarado sin lugar por el voto unánime de los 17 magistrados.

6.- En Italia, Manzini (Vincenzo) se pronunció en contra del concepto de responsabilidad objetiva a mediados de la década de los treinta, por considerarlo contrario al Derecho Penal moderno.

7.- El artículo 39 de la Constitución Política dice: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de la culpabilidad".

8.- En su artículo 30, el Código Penal dice: "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

9.- El exPresidente Daniel Oduber dijo en 1967, en su libro "Una Campaña", que "el poder de los medios de publicidad es tan grande que deben responder de sus injurias solidariamente los editores de los periódicos y los autores de las publicaciones". El Lic. Rafael Benavides, como miembro de la Sala Tercera y en un voto salvado, consideró que "La Ley de Imprenta sí concreta categóricamente la responsabilidad del director del periódico, haya o no dolo, culpa o preterintención". Sala Tercera, N^oV.-88-F, de 15,45 horas del 29 de mayo de 1985.

a).- Origen de una norma

La idea de sancionar al director de un diario como responsable de los delitos contra el honor por medio de la prensa, aunque no fuera su autor, data del siglo pasado.

Tanto la legislación belga, francesa como italiana de mediados del siglo XIX contenían, de manera muy clara, normas que sancionaban a los directores de publicaciones escritas que difundieran noticias o escritos con injurias, calumnias o difamaciones (10).

Cada uno de los ordenamientos, sin embargo, desarrolló sistemas de responsabilidad diferentes que se entremezclaron a lo largo de las últimas décadas del siglo pasado y dieron origen a mecanismos mixtos que fueron adoptadas, a principios de siglo, por la mayoría de los países latinoamericanos, incluida Costa Rica.

b).- Sistema de "Cascadas"

Algunos autores en Costa Rica han asegurado que el sistema de responsabilidad de los directores en la Ley de Imprenta está fundamentado en el llamado "sistema de cascadas" (11), adoptado en 1831 por la Constitución Política de Bélgica. Tal criterio, sin embargo, merece ser revisado.

Este sistema consiste, en lo fundamental, en que la responsabilidad por la publicación acusada se va desplazando en forma subsidiaria de una persona a otra hasta llegar, según indica la ley, a la persona que figure como propietaria de la imprenta.

La Constitución Belga establecía que el editor, el impresor o el distribuidor no podían ser reprimidos

10.- Ver Tornaria Bertoni (Luis), Delitos de Imprenta, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

11.- Ver, entre otros, a Amador Hueso (Jaime), La injuria y la calumnia, y Vargas Gené (Joaquín), Nueva Ley de Comunicación Colectiva en sustitución de la actual Ley de Imprenta.

penalmente si se conocía el nombre del autor de la injuria o la calumnia y el mismo radicaba en el país.

La norma, como se observa, delimitaba claramente la responsabilidad. De esa manera, el director de la publicación quedaba exento de toda responsabilidad si se conocía el nombre del autor.

Sobre éste sistema, **Tornaria Bertoni** dice: "La responsabilidad es sucesiva y aislada. Responde primero el escritor (procesado éste, cesan las persecuciones contra los demás), luego el editor, más tarde el impresor, finalmente el distribuidor. Cada uno de ellos puede liberarse individualizado su antecesor en el proceso delictivo. La justicia busca al autor, sin abandonar al que tiene en sus manos. En defecto de aquel retiene al conocido pero nunca reputa cómplices a los demás" (12).

Al explicar el origen del sistema de "cascada", el autor argentino **Sebastián Soler** dice: "esta institución está fundada en necesidades evidentes, tanto de la prensa como de la sociedad, impuestas por las características del periodismo moderno, obra de colaboración de un numerosísimo grupo de personas, entre las cuales la mayoría de las veces sería imposible encontrar a los directa y personalmente culpables" (13).

C.- Responsabilidad concurrente

En Italia, el ordenamiento desarrolló un sistema diferente para regular la responsabilidad del director de una publicación periodística frente a un litigio originado por una querrela de carácter penal (14).

En medio del auge del fascismo en la década de

los veinte y los treinta, a principios de éste siglo, el ordenamiento italiano abandonó el sistema de "cascada" en materia de prensa y estableció una responsabilidad solidaria del director de las publicaciones impresas con el autor del delito acusado.

El Código Penal de 1930, conocido como "Codigo Rocco", estableció que el director de la publicación responde, por el solo hecho de serlo, del delito acusado.

Es decir, el director siempre tenía que responder aunque se conociera el nombre del autor del ilícito. Como se observa, la responsabilidad no se desplazaba de una persona a otra, como en el sistema de "cascada".

De esta manera, el Código precisó una responsabilidad directa y concurrente para el director de la publicación.

d.- El artículo séptimo

El artículo séptimo de la Ley de Imprenta, como está estructurado, pareciera haber recogido los dos sistemas en boga a principios de siglo para reprimir los delitos contra el honor por medio de la prensa.

Por un lado, establece un sistema de responsabilidad directa en los dos primeros párrafos al establecer que el autor del ilícito y el director de la publicación sufrirán conjuntamente la pena.

La identificación del autor del delito no constituye, de acuerdo con lo expuesto por la norma y como lo habían interpretado los tribunales costarricenses, un eximente de responsabilidad para el director.

Por otro lado, en los párrafos sucesivos el artículo describe un sistema de "cascada" al establecer una serie de supuestos de responsabilidad en caso de que no se logre identificar al autor de un ilícito contra el honor por medio de la prensa.

El párrafo es claro en el sentido de que la res-

12.- Ver Tornaria, op.cit., pág. 82.

13.- Ver Soler (Sebastián), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1978, pág. 263.

14.- Ver Tornaria Bertoni. El autor hace una exposición clara de la distinción.

ponsabilidad por el ilícito recaerá sobre los directores de la imprenta, y en caso de no haberlos sobre los propietarios, si en la publicación no aparece el nombre de los editores responsables.

Llama la atención que la Ley de Imprenta de Costa Rica haya recogido un concepto de responsabilidad para el director de los diarios que aparece luego, bastante bien definido, en el Código Italiano. Ese es un tema, sin lugar a dudas, para investigaciones posteriores.

e.- Posiciones en la Doctrina

Es interesante destacar que distintos sectores de la doctrina demandaron, en los últimos años, la eliminación de esa responsabilidad solidaria o concurrente, por estimar que podría constituirse en un peligro para el ejercicio del derecho de expresión.

El abogado y periodista **Joaquín Vargas Gené** ha dicho, al respecto: "Hacer que los directores y gerentes de las empresas de prensa sean responsables, junto con el autor de los mensajes que se comuniquen colectivamente, es convertir a esos directores en verdaderos censores de la opinión pública, violándose así el principio constitucional de la publicación sin previa censura" (15).

En el mismo sentido, el abogado **Edgar Porras González** sostiene que "la responsabilidad solidaria podría servir para que algunos directores, escudándose en ella, no publiquen opiniones que, aún cuando correctas, no concuerdan con sus intereses" (16).

Para las abogadas **Lucrecia Carvajal Mora** y **Francia Charpentier**, esa responsabilidad es peli-

grosa pues "en la eventualidad en que el director pudiera cumplir cabalmente con su obligación de vigilar aplicando el derecho de veto, para evitar posibles infracciones, se critica que el mismo se convertiría en un censor previo, contrariando con ello la legislación positiva" (17).

II.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA

a).- Críticas en la doctrina

Al margen de esos criterios, esa responsabilidad solidaria es criticada en la doctrina por considerarla expresión de un concepto de responsabilidad objetiva, entendida ésta como la atribución a un sujeto de una conducta delictiva de un tercero.

O como dice **Zaffaroni**, la responsabilidad objetiva "consistía en que una conducta resultaría prohibida solo porque ha causado un resultado sin exigirse que esa causación haya tenido lugar dolosa o culposamente" (18).

Al explicar este tipo de responsabilidad, el jurista español **Carlos Soria** dice que su fundamento radica en la dificultad que plantea, muchas veces, la determinación de los autores de las conductas ilícitas en materia de prensa (19).

De acuerdo con el anterior criterio, el director asume responsabilidad ante la imposibilidad, en muchas oportunidades, de identificar al autor de la nota considerada ofensiva al honor de una persona.

En Costa Rica, sin embargo, el director, según lo establece la norma y lo precisó hasta 1985 la juris-

15.- Vargas Gené (Joaquín), Nueva Ley de Comunicación Colectiva en sustitución de la actual Ley de Imprenta. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1970 pág. 54.

16.- Porras González (Edgar), La libertad de expresión en los medios de comunicación social. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, pág. 222.

17.- Carvajal Mora (Lucrecia) y Charpentier (Francia), Delitos contra el honor en los medios de comunicación colectiva. Tesis para optar por el título de licenciadas en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986, pág. 349.

18.- Zaffaroni (Raúl Eugenio), Manual de Derecho Penal, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1982, pág. 425.

19.- Soria (Carlos), El director de periódicos, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1972, pág. 311.

prudencia, siempre fue responsable, aunque se hubiera logrado identificar al autor.

En tal sentido, Soria dice que "la teoría de la responsabilidad objetiva justifica la responsabilidad del director, independiente del grado y de participación y conocimiento que haya tenido en los hechos que se le reprochan. No se trata... de una verdadera responsabilidad ex lege, sino de una presunción de responsabilidad iuris et de iure" (20).

Importantes sectores de la doctrina (21) se han pronunciado en contra de aplicar el criterio de responsabilidad objetiva para reprimir a los directores de diarios.

Soria sostiene que, en términos generales, las teorías que mantienen una responsabilidad sin culpa propia tienden a perder preponderancia, pues en el fondo, "repugna el automatismo de su simplificación" y, por ello, "se abre paso con más fuerza la teoría de la responsabilidad subjetiva" (22).

Se trata, entonces, de que exista una concordanza entre la realidad legal y la realidad fáctica, de suerte que el director de la publicación solo sea llamado a responder por hechos propios.

b).- Responsabilidad subjetiva

¿Cómo resolver entonces el problema que se plantea cuando se desconoce la identidad del autor?

Es claro que el ordenamiento está obligado a proteger el honor de las personas y, en tal sentido, debe sentar responsabilidades específicas frente a los artículos de autores anónimos o desconocidos.

En estos casos, es evidente, el director o editor debe responder penalmente por el ilícito.

Cabe preguntar, entonces, ¿en qué calidad concurre a responder el director de la publicación?

Por lo ya expuesto, es claro que el criterio de responsabilidad objetiva, contenido por la Ley de Imprenta, es insostenible. Una solución, entonces, es recurrir al concepto de responsabilidad subjetiva y reprimir al director por sus propios actos.

Es también congruente preguntar ¿qué determina la responsabilidad de un director frente a un hecho ilícito de un tercero?

La doctrina española (23) dice que todo director de una publicación asume un deber y un riesgo al aceptar el cargo y la tarea de confeccionarla.

Esto supone que el director tiene el deber y la obligación de impedir que el diario se convierta en un instrumento de difusión de injurias y calumnias.

De no hacerlo, sea por una mala vigilancia o porque eligió un mal colaborador para esa tarea, el director incurre en una conducta determinante de responsabilidad.

Su responsabilidad ante el ilícito penal sería determinada por el no ejercicio de una vigilancia debida, por una mala praxis profesional. Es decir, en este caso la responsabilidad del director estaría conformada por un acto propio y no de un tercero.

El director tendría confiada una responsabilidad por parte de la empresa para impedir la publicación de informaciones o artículos injuriosos o calumniosos. Al asumir la dirección, el profesional asume también esa obligación.

De esa manera, el ordenamiento le reprocha al director el incumplimiento de la obligación de impe-

20.- Soria, op.cit, pág. 312-313.

21.- Ver Soria y Tornaria Bertoni, entre otros.

22.- Soria, op.cit, pag. 311.

23.- En su obra El director de periódicos, Soria hace una larga distinción sobre las distintas responsabilidades del editor.

dir la comisión de un ilícito por medio de la publicación que dirige.

Una interpretación subjetiva favorece, sin lugar a dudas, la posibilidad de defensa, pues la demostración de una vigilancia o una elección debida y de una praxis profesional correcta podría convertirse en una eximente de responsabilidad.

Es posible, por ejemplo, que el director de un diario sea sorprendido por una fuente de información falsa que atribuya a un funcionario o a un sujeto privado una conducta delictiva pero que, por un interés público, merezca ser divulgado.

Parecería razonable que el director, en un juicio penal, alegue como eximente de responsabilidad una correcta praxis profesional, tras demostrar que el documento no merecía, por ninguna razón, ser acusado de falso.

e).- La Jurisprudencia y el concepto objetivo

Solo 83 años después de la promulgación de la Ley de Imprenta, los tribunales costarricenses aceptaron abandonar el concepto de responsabilidad objetiva de los directores de periódicos contenida en el artículo séptimo.

Al margen de muchas otras jurisprudencias, es importante destacar el fallo de la Sala Tercera de 1981, en relación con la sentencia impuesta contra el director del diario demandado (24).

En su resolución, adherido al concepto de responsabilidad concurrente, la Sala reconoció que el director no injurió a nadie ni tampoco fue autor de la información acusada.

Sin embargo, indica, “por disposición expresa

de la Ley de Imprenta, en su artículo 7, se le tiene como coautor del ilícito...” (25).

Es interesante destacar que en este juicio se conoció el nombre del autor de la nota acusada. Pese a ello, el director fue declarado culpable en razón del concepto de responsabilidad concurrente.

Incluso, al director se le impuso una pena mayor que al autor del ilícito, en razón de haber sido sentenciado, en dos oportunidades anterior, por delitos contra el honor por medio de la prensa.

Unos años atrás, la Sala Segunda condenó al director de un diario, ahora desaparecido, por haber autorizado la publicación de una nota considerada injuriosa (26).

En su resolución, la Sala acusó al periodista de haber incurrido en el delito de injurias y lo declaró autor responsable, aunque reconoció que no fue el autor del artículo injurioso.

Sin embargo, dijo que su responsabilidad se derivó “de haber consentido en su publicación”.

Pareciera que en esta resolución, la Sala castigó al director de periódico más por haber autorizado la publicación, es decir por no haber ejercido una vigilancia debida sobre el material, que por la aplicación mecánica de la responsabilidad concurrente del artículo séptimo.

La redacción del fallo, sin embargo, no es muy precisa ni contundente (27).

En una resolución de agosto de 1986, la Sala Tercera condenó al director del diario “La Nación”,

25.- Sala Tercera, N°771430 de 19,45 horas de 14 de julio de 1981.

26.- Querrela de Carlos Morales Castro contra Orlando Núñez Pérez por el delito de injurias por la prensa.

27.- Sala Segunda Penal, N°72861 de 10 horas de 25 de mayo de 1976.

24.- Querrela de Gina Luisa Vargas Berrocal contra Andrés Borrásé Sanou por el delito de injuria por la prensa.

Eduardo Ulibarri, por una información acusada de injuriosa en que apareció involucrado uno de sus periodistas (28).

En este caso, la Sala no hizo especial referencia al carácter en que llamó a Ulibarri a responder. Pareciera que se limitó a aplicar el concepto de responsabilidad concurrente y, como consecuencia de ello, lo condenó a pesar de no haber sido autor de la información atacada (29).

d) Un concepto moderno

La Sala Tercera estableció nuevos criterios en relación con el artículo séptimo de la Ley de Imprenta en el juicio entablado por el ex Ministro de Energía y Minas, Calixto Chaves, contra el periodista Francisco Gamboa, en su condición de director del semanario "Libertad" (30)

En su resolución, la Sala abandonó el concepto de responsabilidad objetiva y optó por ajustar el texto del artículo de la Ley de Imprenta al criterio de responsabilidad subjetiva.

Los magistrados recordaron, en tal sentido, que en derecho penal tiene aplicación el principio "Nullum Crimen Sine Culpa", el cual encuentra asidero, en el ordenamiento costarricense, en el artículo 39 de la Constitución Política y en el artículo 30 del Código Penal.

En el debate, los jueces no tuvieron por demostrado que Gamboa estuviera en Costa Rica, cuando se produjo la publicación, y fuera, por lo tanto, el responsable de haberla autorizado.

28.- Querrela de Eloy Miguel Obregón Rojas contra Eduardo Ulibarri y Elbert Durán por los delitos de injurias y calumnias.

29.- Sala Tercera, N^o. V-180-F de 10 horas del 14 de agosto de 1986.

30.- Sala Tercera, N^o. V-88-F, de 15,45 horas de 29 de mayo de 1985.

Aunque reconoció que el artículo séptimo de la Ley de Imprenta "parece optar por el criterio de la responsabilidad objetiva" para sancionar a los directores de publicaciones, la Sala estimó, sin embargo, que "dicho criterio debe ser analizado al amparo de la legislación vigente en la actualidad", que ha optado por el principio "Nullum Crimen Sine Culpa".

Efectivamente, dice la resolución, "el artículo 39 de la Constitución Política garantiza que para imponer pena debe demostrarse culpabilidad del sujeto respecto al hecho atribuido, sea que la acción delictiva le sea puesta a su cargo por dolo, culpa o preterintención con que actuó".

"Por no haber acreditado que en la acción que se investiga el encargado Francisco Gamboa Guzmán desarrollara conducta culpable (a título de dolo), debe absolversele de toda pena y responsabilidad", indicó la Sala.

El criterio de la Sala fue confirmado por la Corte Plena, en 1987, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por Eduardo Ulibarri, Director del diario "La Nación" (31).

"...La expresión conjuntamente usada por el citado artículo séptimo no quiere decir que la declaración de culpabilidad tenga que hacerse extensiva al editor o director del periódico, folleto o libro en que hubiere aparecido la publicación, por la única circunstancia de tener la calidad de tal y por haberse producido la injuria o calumnia en el medio de publicidad de su dirección o pertenencia", indicó la Corte Plena.

Al definir su criterio, los magistrados precisaron que "bien interpretada esa regla, lo que significa es que los editores, directores dueños de la empresa les cabe responsabilidad, en principio, porque sin su actuación no podría haberse cometido el delito a través del medio de difusión colectiva, pero sin que

31.- Sesión de Corte Plena, N^o59, de 30 de julio de 1987, artículo XII.

ello excluya que pueden existir y reconocerse en su favor motivos de inculpabilidad o de justificación que conduzcan a una posible absolutoría.

En aplicación de estos conceptos, la Sala Tercera absolvió al periodista Ulibarri, en el juicio promovido por el exPresidente Daniel Oduber, tras tener por demostrado que no autorizó, personalmente, la publicación de la nota considerada injuriosa.

En su resolución, la Sala descartó que el artículo séptimo de la Ley de Imprenta "establezca una responsabilidad penal automática o de cascada para los editores de los periódicos, pues ello contrariaría nuestra Constitución Política y los principios de culpabilidad y personalidad de la responsabilidad establecida en el derecho penal".

Los magistrados declararon que el director de un gran diario está imposibilitado, por sus múltiples funciones, de revisar todo el material periodístico y, por ello, puede delegar funciones en sus colaboradores.

Aunque están obligados a ejercer una labor de control para evitar que se lesione el honor de los ciudadanos, en razón de ser garantes frente a la sociedad, la Sala tuvo por demostrado que el director, en función de esa delegación, no estuvo "en posibilidad real de evitar que la publicación se hiciera".

El director del diario, según se demostró en el debate, había delegado su labor de revisión de documentos y, por ello, la publicación acusada no pasó por sus manos.

Por ello, de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal, en su párrafo segundo, al director no se le podía atribuir responsabilidad en el hecho denunciado, agregó la Sala.

Los magistrados indicaron en la misma resolución (32) que, por ello, un director puede incurrir en

responsabilidad penal por omisión cuando falta al deber de garantizar el honor de las personas.

III.- CONCLUSION

Los periodistas han elogiado, de distintas maneras, la evolución de la jurisprudencia costarricense en relación con la interpretación del artículo séptimo de la Ley de Imprenta.

La posibilidad de que un director de diario no sea condenado automáticamente por el hecho de garantizar un derecho humano y constitucional, como es la libertad de información, abre las puertas, sin lugar a dudas, a un periodismo más libre.

De acuerdo con la nueva interpretación dada por la Sala Tercera, un director no será condenado por el solo hecho de serlo, en una querrela por delitos contra el honor por medio de la prensa.

En el debate, según el criterio dominante, deberá demostrarse la responsabilidad personal del director en el daño causado, en la medida en que incumplió el papel de garante que le otorga su condición de rector de una empresa llamada a jugar un papel activo en las sociedades democráticas.

Además de ajustar la norma al derecho penal moderno, que rechaza el concepto de responsabilidad objetiva, la nueva jurisprudencia podría tener la virtud de eliminar un peligro que, durante décadas, enfrentó la sociedad costarricense: la censura previa.

No puede descartarse la posibilidad, como lo han indicado estudiosos del derecho, que los directores de periódicos se hayan visto tentados, en algún momento, a ejercer una censura previa sobre los escritos periodísticos, por temor a enfrentar una querrela penal.

La nueva interpretación de la jurisprudencia ha reducido, sin lugar a dudas, éste peligro.

32.- La Sala dijo: "El párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal establece los requisitos para atribuir una responsabilidad penal por omisión (impropia) a saber: a) que la ley reprima el hecho en consideración del resultado; b) que la persona esté jurídicamente obligada a evitar el

resultado; y c) que no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias. Y es ésta última circunstancia en la cual no estaba el señor Ulibarri Bilbao respecto de la publicación...".

BIBLIOGRAFIA

Amador Hueso, Jaime: **La injuria y la calumnia**. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1971.

Carvajal Mora, Lucrecia y Charpentier Jiménez, Francia: **Delitos contra el honor en los medios de comunicación colectiva**. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986.

Código Penal, de Costa Rica, ley N°.4573 de 8 de noviembre de 1971, Editorial Porvenir, San José, 1986.

Constitución Política, de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, Imprenta Nacional, San José, 1986.

Ley de Imprenta, de Costa Rica, N°.32 de 17 de julio de 1902 y sus reformas.

Oduber Quirós, Daniel: **Una campaña**, Editorial

Eloy Morúa, San José 1967.

Porras González, Edgar: **La libertad de expresión en los medios de comunicación social**. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984.

Soler, Sebastián: **Derecho Penal Argentino**. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1978.

Soria, Carlos: **El director de periódicos**. Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1972.

Tornaria Bertoni, Luis: **Delitos de Imprenta**. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. s.f.

Vargas Gené, Joaquín: **Nueva Ley de Comunicación Colectiva en sustitución de la actual Ley de Imprenta**. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica, 1970.

Zaffaroni, Raúl Eugenio: **Manual de Derecho Penal**. Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1982.

ESCRIBE EN LA REVISTA CIENCIAS PENALES

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS:

Extensión máxima de 20 a 25 cuartillas o páginas en trabajos de doctrina, y de 10 a 15 en otros artículos o ensayos.

- Las páginas deben ser de 25 líneas.
- Las citas deben ponerse al pie de página.
- Deben acompañarse de índice, bibliografía y datos curriculares-profesionales básicos del autor.
- Deben acompañarse con resumen sobre el contenido de 15 líneas o media cuartilla máximo.
- Los trabajos se envían a:

Consejo Editorial de la Revista Ciencias Penales
Apdo. Postal 3-1003
Corte Suprema de Justicia
San José - Costa Rica

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Dr. Mario A. Houed Vega.

Magistrado de Casación Penal.

Profesor de Derecho Penal, U.C.R.

I. INTRODUCCION

Desde que el profesor alemán **James Goldschmidt** revolucionó el derecho procesal al poner de relieve defectos de teorías que por su versada estructuración se habían mantenido incólumes (entre ellas la teoría del proceso como relación jurídica desarrollada por **O. von Bulow**), y demostró la necesidad de emplear nuevas categorías jurídicas para explicar los fenómenos del proceso (1), el tema de las **cargas** -tal vez el de mayor relevancia entre dichas categorías- cobró inusitado interés y a pesar de criterios contrarios, rápidamente se expandió doctrinaria y legislativamente dentro del derecho procesal civil, para luego proyectarse a otras áreas del derecho, no escapando a ello el derecho procesal penal, donde suscitó mayor polémica.

En este breve estudio procuramos señalar algunos lineamientos generales sobre las implicaciones del aspecto cuestionado, para concluir en la imposibilidad de su acogimiento en un campo que, como el procesal penal, no puede separarse de ciertos principios rectores de carácter constitucional que -aunque son admitidos para todos los ámbitos del Derecho- se reflejan e inciden en aquél con toda su magnitud. Entre dichos principios fundamentales deben destacarse los siguientes: el de inocencia; el de inviolabilidad de la defensa y del debido proceso (arts. 37, 39 y 41 de la Constitución Política en

relación con el 1º del CPP).

En la actualidad el tema que presentamos a la consideración de los lectores adquiere especial interés, si tomamos en cuenta que muchas veces, lamentablemente, los principios anteriormente señalados parecen invertirse o por lo menos olvidarse, para dar paso a otra serie de planteamientos donde al individuo prácticamente se le exige demostrar su inocencia o, cuando menos, allanarse a los elementos probatorios que le desfavorecen sin oponer resistencia a su incorporación dentro de la correspondiente causa. Desde luego no significa lo anterior que nos pronunciemos a favor del abuso del derecho para discutir otros aspectos que suelen ser ajenos a la tutela de las garantías aquí comentadas, aún con el pretexto de obtener su protección, tema que analizaremos en otra oportunidad.

2.- CONCEPTO DE "CARGA"

Según **Goldschmidt** la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, representa una **carga procesal**, la cual podría entonces definirse como **un imperativo del propio interés**, frente al cual no existe un derecho del adversario o del Estado, sino una estrecha relación de cargas procesales y de posibilidades de las partes, es decir, "...los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida" (2). Así

1- Goldschmidt, J.; *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa América, 1961, Tomo I, p. 91 y ss.

2- Goldschmidt, J.; *ob.cit.*, p.93.

pues, hay una carga, no un deber, de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar etc.

Otros tratadistas continuaron la labor del profesor **Goldschmidt** y con su apoyo decidieron cimentaron la importancia de dicha categoría, en especial dentro del proceso civil, donde hoy día se le reconoce un sitio preferente a pesar de las controversias. Diversos procesalistas han mantenido la idea original respecto del significado de la carga, así para **Couture**... es una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (3).

Leone plantea que en la situación de la carga la ley dice al sujeto: “si quieres conseguir determinado fin, tienes que observar tal conducta” (4).

Según **Micheli**, el fenómeno de la carga consiste en que “la ley en determinados casos atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico considerado favorable para dicho sujeto” (5).

Ahora bien, sin entrar a profundizar la naturaleza jurídica de la carga procesal, tema que como se señaló, desde su introducción ha suscitado amplísimos debates doctrinales y políticos (6), no hay duda que lo que caracteriza a la carga es el mencionado imperativo del propio interés que permite diferenciarla netamente de la obligación, donde el vínculo está impuesto por un interés ajeno y desde cuya perspectiva podemos obtener en principio los siguientes rasgos:

3- Couture (Eduardo), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. edición 1978, p. 240.

4- Leone (Giovanni), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, EJE, Tomo II, 1963, p. 330.

5- Micheli (Gian Antonio), *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1961, p.85.

6- Micheli (Gian Antonio), Op. cit., p. 99 y siguientes. Se ocupa en especial del tema de la carga en la Teoría General del Derecho.

a.- el litigante tiene la facultad de contestar, de probar y de alegar. En ese sentido su conducta es de realización facultativa.

b.- el litigante al mismo tiempo asume el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. Si no lo hace en tiempo no se le escucha. Se falla sin su defensa o sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

3.- LA CARGA DE LA PRUEBA (7)

Debe recordarse que el asunto de la subjetividad de la prueba es conocido también como “onus probandi” o “incumbencia del probar” (“Onus probandi incumbi actori”): La carga de la prueba incumbe al actor).

Por tal razón aproximarse al tema presupone responder a la pregunta ¿cuál de los sujetos procesales debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate?

Dicha circunstancia vuelve a poner de relieve la trascendencia que el Derecho Romano otorgó al ejercicio de una acción (“prueba el que afirma, no el que niega”: **Paulo**), por lo que para el máximo expositor de la materia que encabeza el presente título, **Gian Antonio Micheli**, su estudio requiere previamente una breve revisión de la formación histórica del concepto, teniendo en cuenta que tradicionalmente se le configuró como universal e inmutable, aplicable a toda especie de proceso, con independencia de la estructura y función del mismo y sin tener en cuenta el ordenamiento jurídico concreto al cual ese proceso pertenecía.

Expondremos sucintamente, las cinco fases en que el mencionado autor desarrolla dicha evolución (8):

7- Tema desarrollado de acuerdo con la investigación que realizó la prof. Maxera, Rita en estudios de posgrado en Ciencias Penales de la U.C.R., 1986.

8- Micheli (Gian Antonio), Op. cit., pp. 56-57.

1.- la afirmación en juicio pone al agredido en la situación de deber disculparse o defenderse.

2.- el juez establece cuál de las partes debe producir la prueba en juicio, tomando como base las reglas de experiencia que le indican cuál es la parte que se encuentra en mejor posición para aducirla.

3.- se solidifican esas reglas de experiencia y junto a la prueba directa se forma la contraria dirigida a combatir los resultados.

4.- en la consolidación de las dos etapas anteriores (2 y 3) aparece el “dogma de la carga de la prueba” donde las reglas de distribución se manifiestan como reglas de prueba legal. Incumbe a las partes dar al juez los elementos de hecho aptos para constituir la premisa menor del “silogismo judicial”.

La tesis de **Pothier**, que se presenta como el último grado de evolución del concepto, cuando reconduce el concepto, al interés bilateral atenuando el carácter unívoco del principio, se consolida en el Código Napoleón, que distribuye la incumbencia de la prueba teniendo en cuenta el principio de igualdad de las partes, de manera que quien formule una pretensión debe probarla (9).

Sin embargo no reguló debidamente las consecuencias de la falta de confirmación y debió recurrir a criterios subsidiarios como el de las negativas y las presunciones (10).

5.- En esta última fase la actividad probatoria de las partes pierde el carácter de condición necesaria para conseguir un resultado favorable y adquiere importancia la objetiva sujeción de las partes mismas a los resultados probatorios no solo de las pruebas aportadas por las partes, sino también de las pruebas

traídas “ex officio” por el juez.

Esta última fase que **Micheli** encuentra en aquellos procesos dispositivos, donde las facultades del juez ya no son limitadas en materia de prueba (ej. el proceso civil italiano) lo lleva a plantear la conversión del dogma de la carga de la prueba en una regla de juicio. En este tipo de proceso la actividad decisoria del juez se sitúa en primer plano, “quien debe juzgar en todo caso, no sólo cuando la ley se manifieste oscura y con lagunas, sino también cuando falten los elementos necesarios para formar su propia convicción”(11). Además plantea que las actividades dirigidas a establecer la exactitud de los hechos incumben en esta fase a todos los sujetos del proceso.

4.- LA CUESTION PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

El proceso penal busca el descubrimiento de la denominada verdad real o material, y el único instrumento científico y jurídico para hacerlo es la prueba, de donde se deriva la necesidad de la actividad probatoria, concebida como “...el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba” (12). Como es lógico pensar, en virtud del interés público que supone la materia penal, buena parte de esa actividad se encuentra a cargo de los órganos públicos (Tribunales y Ministerio Público), que de modo imparcial deben procurar la reconstrucción del hecho histórico investigado (ver por ej. el artículo 185 de nuestro CPP) con la mayor fidelidad posible. En cambio los otros sujetos del proceso (el imputado y las partes civiles) naturalmente tratarán de introducir solo aquellos elementos probatorios que resultan de utilidad para sus intereses particulares. Pero si concebimos a la carga de la prueba en sentido tradicional como “el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual se basa su pretensión, de acreditar su

9- Nuestro Código Civil recepta el concepto de carga de la prueba en esa fase de la evolución histórica, Art. 719.

10- Briseño Sierra (Humberto), Derecho Procesal, México, Cárdenas Editor, Volumen 4, 1970, p.364.

11- Micheli (Gian Antonio), op.cit., p57.

12- Cafferata Nores (José L.) La Prueba en el proceso penal, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 31.

existencia, so pena de que, si no lo hace, cargará con las consecuencias de su inactividad, la que puede llegar a ocasionar que aquélla sea rechazada, por no haber probado el hecho que le daría su fundamento”(13), se le plantea en primer término al derecho procesal penal la cuestión de a quién le corresponde la prueba de la acusación y a quién la prueba de la defensa, o sea, entre qué sujetos procesales se distribuye dicha carga.

Para algunos autores esta cuestión tiene distintas respuestas según que se trate de un sistema acusatorio o de uno inquisitivo. En el primero la carga de la prueba de la acusación correspondería al acusador y la de la defensa al acusado. En el segundo no existe esta distribución, debido a que los poderes de investigación están acumulados en el investigador o sea en el juez.

Sin embargo en un sistema como el nuestro, mixto moderno, que resulta de la instauración de “un procedimiento inquisitivo en esencia, que se realiza a similitud de la forma acusatoria, o si se quiere, con límites para el Estado en el ejercicio del poder en homenaje a la persona humana”(14), y en donde con relación al imputado el Código de Procedimientos Penales en su Art. 1, le concede a éste el estado jurídico de inocencia, el imputado no tiene ninguna obligación de probar su inculpabilidad, derivándose por lógica, que es al Estado por medio de los órganos competentes, al que le cabe, no sólo demostrar la responsabilidad penal, sino también investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado alegue a su favor. Así el art. 161 del CPP en cuanto al deber de la Policía Judicial de reunir las pruebas útiles “para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento”. También el art. 284 del CPP en cuanto a la obligación del juez de instrucción de “investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado”, por ejemplo una causa de justificación.

13- Ibidem.

14- MAIER (Julio B.), La investigación penal preparatoria del Ministerio Público, Córdoba, Lerner 1975, p. 17.

También el Ministerio Público, teniendo en cuenta su actuación imparcial puede proponer pruebas favorables al imputado.

Referente a la carga de la prueba de la acusación, siendo el interés del Ministerio Público de justicia y no de condena (acusar a ultranza) y si cualquier inactividad de este sujeto procesal, debe ser suplicada por el juez (Ver por ejemplo art. 352 CPP), cabe afirmar que en nuestro proceso penal no existe distribución alguna de la carga de la prueba.

La primera conclusión a la que podemos arribar es que quien tiene el deber de investigar es el juez, quien puede examinar y corregir el objeto de prueba y también introducir de oficio en el proceso hechos y circunstancias necesarios para encaminar sobre ellos la prueba, iniciativa “ex officio” que puede referirse tanto a la prueba de la acusación como a la de la defensa. La investigación judicial autónoma, una de las características de la actividad probatoria de nuestro sistema procesal penal, no está condicionada ni a la controversia de las partes ni a su iniciativa probatoria. Así el art. 185 inc. 1 del CPP consagra este poder del juez durante la instrucción y el art. 384 ibid durante el juicio, sin ninguna subordinación a la iniciativa de las partes.

En cuanto a que no están condicionadas a la controversia entre ellas, es claro que la aceptación que haga el imputado de su culpabilidad en el delito, no obsta a que se busque la prueba al respecto.

Para terminar este aspecto nos parece de suma importancia destacar un posible “interés de la prueba” al que Florián llama carga natural o material “que no impuesta por la ley surge de la naturaleza de las cosas, de la experiencia y de los mandatos de la psicología judicial. La impulsa y le da contenido el interés de cada una de las partes, interés práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le sirve de apoyo” (15).

15- Conforme Florián (Eugenio), De las pruebas penales, Bogotá, Editorial Temis, Tomo I, 2da. edición, 1976, pp. 143 y 180.

Micheli, en el mismo sentido nos dice que estaríamos ante “poderes jurídicamente relevantes” que no entran dentro de la consideración de cargas por no ser consideradas como condiciones necesarias y suficientes para la producción de un efecto jurídico (16).

5.- CONCLUSION

De acuerdo con lo analizado, debemos puntualizar que en el proceso penal el principio de la carga de la prueba no tiene mayor aplicación porque el imputado goza de un estado jurídico de inocencia que la propia Constitución Política le reconoce, del que se deriva la no exigencia u obligación de probar su inculpabilidad. Es entonces el Estado (por medio de sus órganos autorizados) quien debe acreditar la responsabilidad penal, con el deber de indagar las cir-

cunstancias eximentes o atenuantes invocadas por el imputado en su favor. Igualmente debe negarse que al Ministerio Público le corresponda la carga de la prueba de la acusación, pues su interés no es de condena sino de justicia, inclusive otorgándole la ley la posibilidad de recurrir en favor del imputado, aportar pruebas en su beneficio y solicitar su absolución. Por otra parte no debe olvidarse que cualquier inactividad de la defensa o del Ministerio Público debe ser suplida por el tribunal.

Por todo lo expuesto cabe advertir que quien tiene el deber de investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, en última instancia es el tribunal, realizando la actividad probatoria que le permite la ley, con atribuciones tanto en la instrucción (donde evidentemente son más amplias) como durante el juicio. Cualquier interpretación contraria a la anterior, puede conducir a la violación de garantías constitucionales que tergiversa los fines del proceso penal.

16- Micheli (Gian Antonio), Op. Cit., pp. 95 y ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE LAS MUCHEDUMBRES

Daniel González Álvarez
Magistrado de Casación Penal

Contenido:

1.-Antecedentes. 2.-Naturaleza de la muchedumbre criminal. a.-Conceptualización de muchedumbre. b.-Elementos y características de la muchedumbre. 3.-La responsabilidad penal en los delitos de muchedumbre. a.-Regulaciones en los códigos penales latinoamericanos. b.-Fundamento de la atenuación de la responsabilidad penal. 4.-Obstáculos para la persecución de los delitos multitudinarios. 5.-A modo de conclusión.

1.- ANTECEDENTES

Hace varios siglos Lope de Vega en su "Fuenteovejuna" nos dejó una enseñanza que aún no hemos profundizado en la legislación penal: luego de escucharse el informe del juez que investigaba la muerte del Comendador, y ante aquella repetida respuesta "Fuenteovejuna, señor", el Rey con sabiduría sentencia: "Pues no puede averiguarse. El suceso por escrito. Aunque fue grave el delito por fuerza ha de perdonarse. Y la villa es bien se quede. En mí, pues de mí se vale, hasta ver si acaso sale, Comendador que la herede..." Con ello el autor reconoce, por un lado, la imposibilidad de investigar un hecho delictivo realizado por una muchedumbre y el problema de su juzgamiento; y por otro, la dificultad que habría para declararlos culpables a todos, en cuyo caso se opta por el perdón.

La enseñanza tiene plena vigencia, y cada día recobra mayor validez en nuestras sociedades, atacadas por una gran cantidad de problemas socioeconómicos, que generan actividades grupales, manifestaciones, asambleas, huelgas etc., algunas de las cuales terminan en muchedumbres delictivas (1).

1.- Chichizola, M.: El delito de las muchedumbres. En "Rev. mexicana de Sociología". UNAM. Instituto de Investigaciones Sociales, México 1964, p. 801 ss.

El análisis de la responsabilidad penal de las muchedumbres, y de su conformación criminológica, fue abordado a finales del siglo pasado en los Congresos Internacionales de Antropología Criminal realizados en 1892 (Bruselas) y en 1901 (Amsterdam). Los precursores fueron **Escipion Sighele**, **Gabriel Tarde** y **Gustavo Le Bon**, y prácticamente hoy sus escritos siguen constituyendo la base casi exclusiva para estudiar la muchedumbre, como se reconoce en doctrina (2).

Realizar un hecho delictivo por sugestión de una muchedumbre constituye una atenuante que acoge el Código Penal italiano de 1930 (Art. 62 inc. 3º). **Levene** señala que la fuente de esa disposición la constituye el artículo 22 del Proyecto de Código Penal para Italia, de 1921 (3).

Sin embargo ya para el siglo pasado, se indica que "...fue el famoso abogado italiano **Pugliese** quien, con motivo de un proceso célebre ante el Tribunal de Bari, sostuvo por primera vez que un individuo perdido en medio de una multitud excitada por cualquier motivo, llega a ejecutar actos extraños que jamás hubiera ejecutado estando solo y que aún repugnan a su temperamento, y que el hecho de mezclarse a un tumulto le coloca en circunstancias de ánimo excepcionales. La tesis de **Pugliese** tuvo éxito y el Tribunal admitió que se aplicara a este caso el artí-

2.- Pinatel, Jean: Tratado de Criminología. Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela, Caracas. Reimpresión de la 2a. edición, 1984, p.517, y Jiménez de Asúa, Luis: La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1979, 9a. edición, p.511 y 519.

3.- Levene, Ricardo: Delito de la muchedumbre. En: "Enciclopedia Jurídica" Omeba Driskill S. A., Buenos Aires, 1979, Tomo VI, p. 272

culo 47 del Código Penal, que se refiere a la enfermedad mental..." (4). En efecto por influencia de las corrientes del positivismo criminológico, a finales del siglo pasado y principios de éste, un gran sector de los tribunales de instancia italianos aplicaron la circunstancia atenuante de enfermedad parcial de mente a quienes hubieren delinquirido por influencia de una muchedumbre en tumulto, aunque la tesis nunca fue acogida por la casación penal (5). Prácticamente el tema no ha sufrido mayor desarrollo desde aquellas épocas, y la verdad es que junto a los aspectos de derecho sustancial, que influyen en la responsabilidad penal, el delito de muchedumbres presenta particulares problemas procesales que esperamos señalar aquí.

2.- LA NATURALEZA DE LA MUCHEDUMBRE CRIMINAL

Al enfrentarse el problema de la responsabilidad penal del delito de las muchedumbres observamos que no nos referimos a un simple grupo de personas reunidas que emotivamente reforzadas cometen un hecho delictivo. Conviene hacer, entonces, algunas aclaraciones conceptuales, sobre todo porque la doctrina ha incursionado en ellas, y porque sólo cuando concurren ciertas características se reconoce la disminución de la pena.

a.- Conceptualización de muchedumbre

Dentro de la categoría de delito colectivo se incluye a los delitos de muchedumbres, existiendo una relación de género a especie (6).

4.- Lozano y Lozano, Carlos: Elementos de Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1979, p.78

5.- Véase la jurisprudencia de esa época que en uno y otro sentido transcribe Florian, Eugenio. Trattato di Diritto Penale. Casa ed. Vallardi, Milano, 1934, 4a. edición, tomo II, p. 697 y 698

6.- Seguimos fundamentalmente a Le Bon, Gustavo. Psicología de las multitudes. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1952, en especial p. 27 ss.; y a Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, cit., p. 510 ss.

La forma más simple y embrionaria de los delitos colectivos la constituye la pareja criminal, en la que generalmente uno domina (incubo) y otro es sugestionado (súcubo). Como segunda clase de delito colectivo se ubica la "asociación de malhechores", en los que se divisa un conductor y varios conducidos. Una tercera categoría de delito colectivo la conforma la "secta criminal", que actúa para llegar a un fin concreto, considerado por ella social y altruista, previo acuerdo entre sus componentes, como ocurre por lo general en los delitos de sedición, rebelión y otros en que resulta indispensable la intervención de varios sujetos para configurar el delito (7).

La participación de varios sujetos en el delito, en estos casos se convierte en una agravante de la responsabilidad penal. Tal es, también el supuesto de delito cometido en cuadrilla (robo, hurto etc.). Estas hipótesis difieren sustancialmente de las condiciones psicológicas y sociales exigidas para aplicar la atenuante en los delitos de muchedumbre. Tampoco debemos confundirnos con el denominado "**delito-masa**" referido por un sector de la doctrina para calificar los ilícitos en los cuales el sujeto pasivo está constituido por una gran cantidad de personas, como ocurre con algunas especies de fraudes en perjuicio de una colectividad (8).

Dentro de los delitos colectivos están también los delitos multitudinarios, cometidos por una multitud y aquellos cometidos por una muchedumbre.

La **muchedumbre** requiere afinidad en los intereses y sentimientos que la mantienen reunida en un determinado momento, pero "... es transitoria, no constituye agregado permanente, no existe entre sus miembros previo acuerdo para el acto agresivo, aunque sí puede haberlo para otro fin cualquiera (la huelga lícita, etc.) y precisa circunstancias ambientales y temporales análogas" (9). Normalmente actúan bajo

7.- Sobre estos últimos Castillo González, Francisco. La participación necesaria. En: "Rev. Ciencias Jurídicas N° 48", San José, 1982, p. 63 ss.

8.- Por todos véase Sain Cantero, José A. El Delito masa. En: "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo 3", 1971, Madrid, p. 649 ss.

9.- Jiménez de Asúa, Luis.: Op. cit. p.513.

el influjo de las mismas pasiones o pasiones encontradas (10). La personalidad consciente se desvanece, los sentimientos y las ideas de todos los individuos que la componen son orientadas en una misma dirección, formándose un alma colectiva, o mejor una muchedumbre psicológica (11). Desde ese punto de vista la muchedumbre actúa para un fin concreto, tiene cierta afinidad por lo menos en el objetivo que la congrega transitoriamente (12).

La **muchedumbre en tumulto** -precisa la jurisprudencia italiana- es una reunión imponente y desordenada de individuos que, por un concurso de emociones reacciona de modo imprevisto, ruidoso, capaz de aumentar la turbación de los ánimos por las pasiones que los encienden (13). Otra resolución señala que la **multitud** es "una reunión imponente de individuos que, por concurso de emociones reacciona de manera tumultuaria y pasiva, hasta que los individuos acaban por obrar en un estado de sugestión casi inconsciente" (14).

De acuerdo con estas definiciones de la jurisprudencia italiana, no existen esenciales diferencias, para efectos de la personalidad penal, entre la **muchedumbre** y la **multitud**. Un buen sector de la doctrina tampoco reconoce mayores diferencias. Así, el propio **Le Bon** habló de la psicología de las multitudes, sin distinguirlas de las muchedumbres, pero señalando los elementos que debían concurrir para examinar la responsabilidad penal (15). En igual

sentido lo hacen, por ejemplo, **Pinatel, Sighele, Maggiore, Ranieri**, entre otros (16).

Otro sector, sin embargo, califica a la multitud como una reunión de elementos heterogéneos y desconocidos, reunida inorgánicamente sin ningún fin específico, como sucede cuando un concreto hecho reúne casualmente a un grupo considerable de personas y ello las conduce, finalmente, a la actividad delictiva, pero distinguiéndola de la muchedumbre (17). En igual sentido se indica que en la multitud cada integrante tiene un pensamiento distinto, y por ello comprende lo heterogéneo, lo que se forma en las calles, a diferencia de la muchedumbre (18). "Para nosotros -señalan quienes hacen esa distinción- la transitoriedad, la inorganización, etc. caracterizan la muchedumbre; pero que exigimos en ella relación de temperamentos o de intereses, y unas circunstancias concomitantes de tiempo y lugar. Estas últimas características diferencian a la muchedumbre de la multitud, y su falta de permanencia la distingue de la secta criminal, que es una reunión crónica, con medios violentos, para la consecución de un fin..." (19).

La distinción tiene trascendencia únicamente para excluir de la posible atenuación o exención de pena, los casos en que una gran cantidad de personas -que podrían constituir una multitud- realizan un hecho delictivo previo acuerdo entre ellas, o al menos cuando subsista un premeditado consentimiento expresado por adhesión. En estas circunstancias difícilmente podría hablarse de un sujeto sugestionado o arrastrado hacia el delito por la concentración de personas.

10.- Antolisci, Francesco. Manuale di diritto penale. Parte Generale. Giuffrè, Milano, 1975, 7a. ed., p. 364.

11.- Le Bon, Gustavo. Psicología de las multitudes, cit. p.28

12.- Levene, Ricardo. Delito de la muchedumbre, cit. p. 273

13.- Casación Penal del 14 de junio de 1948, citada por Lattanzi, G. I codici penali annotati, Giuffrè, Milano, 1978, 10 ed. p.160.

14.- Casación Penal de 23 de diciembre de 1933, citada por Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1972, volumen II, p.44, cita 81.

15.- Le Bon, Gustavo. Op. Cit. pp.27¹ ss.

16.- Pinatel, Jean. Op. cit., p. 516 ss.; y en pag. 519 transcribe la posición de Sighele. Maggiore, G. Op. cit. p.42 ss.; Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis, Bogotá, 1975, tomo II, p. 23 ss.

17.- Golstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Astrea, Buenos Aires, 1978, 2a. ed., p.212

18.- Levene, Ricardo. Op. cit., p.273

19.- Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit., p.513

Es de hacer notar, sin embargo, que los autores utilizaron el término “muchedumbre” indistintamente con el de “multitud”, nunca confundieron lo que los demás distinguieron. En realidad se refirieron a una situación grupal denominada muchedumbre, multitud, muchedumbre tumultuosa, tumulto etc., para expresar a un grupo con las características que los últimos autores le atribuyen exclusivamente a la muchedumbre, y excluyeron lo que estos últimos denominaron multitud. Por esa razón es que, desde el siglo pasado, **Le Bon** señalaba que “...el solo hecho de que muchos individuos se encuentren accidentalmente reunidos no hace adquirir a éstos los caracteres de muchedumbre organizada. Mil individuos accidentalmente reunidos en una plaza pública sin ningún fin determinado, no constituyen, de ningún modo, una muchedumbre para la psicología. Para adquirir los caracteres especiales de ésta, se precisa la influencia de ciertos excitantes...” (20).

b.- Elementos y características de la muchedumbre

Por lo general las muchedumbres criminales se forman intespestivamente, sin premeditación, sin que las cosas lleguen a pensarse, señala **Levene**. Por ello, agrega, “hay una súbita organización que se genera espontáneamente. La integran un conjunto de seres que en un momento dado, por un acontecimiento o noticia que ha llegado a sus oídos de manera rápida, repentina, se encuentran reunidos. Hay entre ellos un meneur que activa, que agita, pues es el hombre de más carácter que conduce, y los otros le siguen sin reflexionar y todos llegan al delito” (21).

Desde este punto de vista, se señalan tres elementos esenciales en la muchedumbre: en primer lugar una acción en común y en masa; en segundo lugar un impulso colectivo y, por último, un proceso mediante el cual se liberan las tendencias (22).

Se habla de **una acción en común y en masa**, desde el punto de vista cuantitativo, en el sentido de que en la multitud no sólo se actúa en común, como en el grupo, sino también porque se pone a todos a actuar, y no a un restringido grupo (23). Desde luego la fijación de un concreto número ha sido una cuestión muy delicada, que debe examinarse caso por caso, sin que pueda establecerse una cifra.

Desde un punto de vista cualitativo se indica que la acción es un común y en masa, cuando en la muchedumbre hay unidad de acción y de finalidad entre la infinita variedad de sus movimientos y de sus componentes (24).

Como segundo elemento de las muchedumbres se cita el **impulso colectivo**, en virtud del cual el sujeto se deja arrastrar pasionalmente hacia el delito por la colectividad en la que se halla inmerso en un determinado momento. Se indican como casos típicos los linchamientos y ciertos acontecimientos sangrientos ocurridos durante un encuentro deportivo, en los cuales se desarrolla espontáneamente un impulso no sincronizado, a base de imitación, de contagio, de sugestión y de identificación. Se trata de un proceso recíproco de contagio emocional que sugestióna a todos, se multiplica y se refuerza hasta que “...cada idea, al igual que cada emoción del individuo, es un reflejo del impulso exterior que él ha sufrido. Nadie se mueve, actúa y piensa sino por efecto de una sugestión que proviene de la vista de un objeto, de una palabra o de un sonido escuchado, de un movimiento cualquiera que tiene lugar en un organismo...” (25).

Por último, se habla de la **liberación de las tendencias** como tercer elemento que caracteriza a las muchedumbres criminales. Este sentido reviste capital importancia el momento del “paso al acto”. Como bien precisaba **Sighele**, “¡ Cuántos no hay que gritan

20.- Le Bon, Gustavo. *Op. cit.*, p.28

21.- Levene, Ricardo. *Op. cit.*, p. 274

22.- Seguimos en ello a Pinatel, Jean. *Op. cit.*, pp. 517

23.- *Ibid*, p. 518

24.- Le Bon, Gustavo. *Op. cit.*, p. 27, 28

25.- Pinatel, Jean, *Op. cit.* p. 523

vivo o muerto en la sublevación popular simplemente porque temen que, si se callan, sus vecinos los traten de cobardes y espías...Y cuántos, por las mismas razones, pasan de la palabra al acto!. Se necesita una fuerza de carácter poco común para reaccionar contra el exceso de la muchedumbre de la cual se forma parte, y muy pocos poseen esa fuerza..." (26).

En efecto, no basta una acción en común y en masa (primer elemento), así como tampoco un contagio emocional, ni una recíproca sugestión emotiva (segundo elemento), sino que se requiere, además, que ese estado se refleje en una actuación que el individuo pase efectivamente a realizar la actividad delictiva, arrastrado por la muchedumbre (tercer elemento). Mediante ese "paso a acto" se pone en evidencia las circunstancias de peligrosidad en las que se encuentra un sujeto dentro de la muchedumbre, condicionado por una serie de factores que influyen la determinación final.

Algunas legislaciones señalan que la muchedumbre debe ser tumultuaria, como lo hacen los Códigos Penales de Italia, Colombia y Honduras, como señalaremos más adelante. Por esa razón la doctrina precisa que la sugestión debe provenir no de una multitud cualquiera, sino de una multitud en tumulto, es decir, en agitación desordenada, violenta, ruidosa, en un estado de confusión turbulenta sin que por ello deba asumir el grado de sublevación, insurrección o motín (27).

Partiendo de los sujetos que las componen, Le Bon clasificó las muchedumbres en heterogéneas, formadas por individuos de diferentes características culturales, económicas y profesionales. Dentro de éstas distinguió las anónimas, como las multitudes callejeras, y las no anónimas, como los jurados, las asambleas parlamentarias etc. (28). Por el contrario, señaló que las homogéneas eran aquellas reunidas

por la comunidad de las creencias, como las sectas religiosas o políticas; o bien, reunidas por la comunidad de las profesiones, o por ciertos intereses, hábitos de vida y de educación muy parecidos (29).

3.- LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE MUCHEDUMBRE

La doctrina no es uniforme al señalar el tipo de responsabilidad en los delitos de muchedumbre. Como bien lo precisa **Bettioli** (30), ni siquiera entre los mismos positivistas existió uniformidad. Mientras la mayoría (31) han sido del criterio que el problema debe transformarse en una circunstancia atenuante, y así lo acogen algunas legislaciones, según veremos; otros, por el contrario, estiman que ello constituye una presunción apriorística y gratuita, ya que debe distinguirse entre los instigadores, promotores, exitadores y aquellos que se dejaron llevar por la multitud, admitiendo la peligrosidad disminuída sólo en los segundos (32).

Sin embargo, existen otras posiciones más radicales. En efecto, de acuerdo con una tercera corriente, el delito cometido por un individuo, con ocasión de un tumulto, más bien debería agravarse que atenuarse, por realizar el hecho amparado al anonimato del grupo, y aprovechándose de esa situación para desahogar sus instintos criminales (33).

Por último, una cuarta posición estima que la circunstancia de delinquir sugestionado por una muchedumbre debe configurar una eximente total de responsabilidad, porque "...el hombre que delinquiró

29.- *Ibid.* p. 171 y 172

30.- Bettioli, Giuseppe. *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova, CEDAN, 1978, 10 ed. p.522

31.- En especial Sighele. Véanse Le Bon, Gustavo. *Op. cit.* p.27 ss; y Pinatel, Jean. *Op. cit.* p.p. 516 s.s.

32.- Esa es la opinión de Florian, Eugenio. *Trattato...*, cit., p. 694 ss.

33.- Así Maggiore, Giuseppe. *Op. cit.* p. 43

26.- Citado por Pinatel, Jean. *Op. cit.* p. 528

27.- Antolisei, Francesco. *Op. cit.*, p. 364; Ranieri, Silvio. *Op. cit.*, p.24; y Maggiore, Giuseppe. *Op. cit.* p. 44.-

28.- Le Bon, Gustavo. *Op. cit.* pp. 168 y 169

en tales circunstancias, como parte de la muchedumbre, no es un enajenado, sino un ser habitualmente sano de mente, que en aquel dramático y excepcional instante se hallaba en situación de trastorno psíquico transitorio”, y como tal absolutamente irresponsable para el Derecho Penal (34).

La fórmula de la atenuación ha sido la más generalizada, y la única que encontramos en las legislaciones latinoamericanas, que de seguido exponemos.

a.- Regulaciones en los Códigos Penales latinoamericanos

La mayoría de las legislaciones de la región no contienen reglas expresas para abordar particularmente el problema de la responsabilidad penal de quienes hubieren delinquido por sugestión de una muchedumbre.

En tal sentido revisamos los Códigos Penales de Argentina (de 1921), Bolivia (de 1972), Brasil (de 1940, con modificaciones generales en 1984), Chile (de 1874), Costa Rica (1970), Cuba (1987), México (D.F. de 1931, mod.1984), Nicaragua (1974), Panamá (1982), Paraguay (1914), Perú (de 1924), República Dominicana (1884) y Venezuela (de 1964), y no encontramos ninguna regulación expresa; mientras que los Códigos de Colombia, Honduras, Uruguay, Guatemala y El Salvador sí contienen indicaciones concretas.

No obstante esa falta de regulaciones **Levene** señala que la atenuación de la pena que se produce por las lesiones y el homicidio en riña, cuando no se sabe quien produjo la lesión, constituye un ejemplo de responsabilidad atenuada por un hecho tumultuario, lo que sí contienen algunos de los códigos primeramente citados (35).

Para la mayoría de esas legislaciones que no tienen reglas expresas sobre la materia, resultan entonces aplicables las disposiciones comunes sobre autoría y participación, así como sobre las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal. Cabe agregar que, para los casos en que se actuó sugestionado por una muchedumbre, y ante la falta de regulaciones expresas un sector de la jurisprudencia italiana había acogido la tesis de aplicar la atenuante de enfermedad parcial de mente, durante la vigencia del Código Penal de 1889, solución que nunca fue admitida por la casación (36), lo cual nos refleja la necesidad de regular el problema. Como bien se ha señalado, “los códigos no se ocupan del delito de la multitud; constituye una excepción a la regla. El proyecto de **Ferri**, que lo encara como un hecho de menor significación desde el punto de vista de la peligrosidad criminal. Debido a esta circunstancia, que señala un verdadero vacío en el derecho positivo, los tribunales se ha visto obligados a efectuar prodigios de dialéctica para ajustar la ley a los hechos” (37).

Y en efecto, los prodigios deben realizarse no sólo para enfrentar el problema de la responsabilidad penal, cuando un juez logra individualizar la conducta de uno o varios de los integrantes de una muchedumbre, sino también desde el punto de vista procesal, al enfrentarse a un proceso dirigido o que debe dirigirse contra una gran cantidad de personas, que rebasan las posibilidades físicas de espacio de los tribunales, sin incluir el problema filosófico que conlleva someter a juicio a una muchedumbre.

La idea de no aplicar las reglas comunes en estos casos fue ganando terreno. Como señalamos, el Código Penal italiano de 1930 fue una de las primeras

34.- Jiménez de Asúa, Luis. *Op. cit.* p. 526. Veáanse también p. 520 y 521

35.- Por ejemplo los artículos 95 del Código Penal argentino y 139 del Código Penal costarricense establecen esa forma atenuada. Veáse Leven, Ricardo. *Op. cit.* p. 273

36.- Maggiore, Giuseppe. *Op. cit.* p. 43 Veáse también la jurisprudencia recogida en tal sentido por Florian, Eugenio. *Op. cit.* p.697 y 698

37.- Así Camaño Rosa, A. *Notas explicativas sobre la parte general*, En “Código Penal de la República Oriental de Uruguay, anotado y concordado”, ed. Jurídicas Amelio Fernández, Montevideo, 3a. ed., 1975, p.257

legislaciones que previó esa circunstancia al situar en el inciso 3º del artículo 62, entre las atenuantes “ el haber actuado por sugestión de una muchedumbre en tumulto cuando no se trate de reuniones o motines prohibidos por la ley...” (38).

En igual sentido lo establecen el inciso 5º del artículo 64 del Código Penal colombiano, que ubica entre las circunstancias atenuantes de la pena el “...haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto...” (39), sin entrar a calificar la legitimidad del motivo que congregó a la muchedumbre; y el inciso 1º del artículo del Código Penal hondureño al disponer entre las circunstancias atenuantes “haber procedido impulsado por sugestión colectiva o tumultuaria, siempre que el culpable no la hubiere provocado ni actuado en ella como director del grupo” (40).

Algo similar, al menos para atenuar las formas comunes de responsabilidad establece el Código Penal uruguayo (41). En principio el artículo 65 dispone que tratándose de la participación en delitos cometidos por una muchedumbre, cuando la reunión tuviere por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hubieren participado materialmente en la ejecución así como los que sin haber participado materialmente, hubieren asumido el carácter de directores. Sin embargo, el inciso 2º de esa norma señala que “si la reunión no

tuviera por objeto cometer delitos y éstos se cometieran después, por impulso de la muchedumbre, en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieran participado materialmente en la ejecución: como autores los que revistieren el carácter de instigadores, hayan o no tenido participación material en la ejecución de los hechos delictivos y quedan exentos de pena los demás”. Esta última excepción no comprende a la reunión en sí misma cuando estuviere prevista en la ley como delito, como sería el caso de la rebelión, el motín etc.

El artículo 39 del Código Penal de Guatemala (42) sigue en forma casi exacta los lineamientos del código uruguayo. En efecto, el inciso 1º de esa norma señala que en los casos de delitos cometidos por una muchedumbre, “...si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución, así como los que sin haber tenido participación material, asumieron el carácter de directores”; mientras que el inciso 2º precisa que “si la reunión no tuvo por objeto cometer delitos y éstos se cometieron después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieren participado materialmente en la ejecución y, como autores, los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los actos delictivos”. La norma finaliza, al igual que lo hace el código uruguayo, señalando que los demás quedan exentos de pena, salvo cuando se reprima la reunión por sí misma como delito.

Variando un poco esa perspectiva el artículo 51 del Código Penal salvadoreño (43) establece diversas

38.- Consultamos la edición de Lattanzi, G.: *I codici penali annotati*. Giuffrè, Milano, 10 ed., 1978

39.- Utilizamos la vigésima edición del Código Penal, actualizada por Jorge Ortega Torres. Temis, Bogotá, 1988. Código Penal promulgado mediante Decreto N° 100 del 28 de enero de 1980.

40.- Código Penal de 26 de setiembre de 1983. Decreto N° 144-83, en vigencia desde 1985. Utilizamos la edición a cargo del ILANUD, Tegucigalpa, 1986.

41.- Código Penal del 4 de diciembre de 1933, posteriormente modificado. Utilizamos la edición anotada y concordada por Adela Reta y Ofelia Grezzi. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.

42.- Código del 27 de julio de 1973, Decreto 17-73. Utilizamos la edición del Departamento de Recopilación de Leyes. Publicaciones de Gobernación. Tipografía Nacional. Guatemala, 1983

43.- Código Penal del 26 de febrero de 1973, Decreto N° 270, en vigencia desde junio de 1974. Utilizamos la edición contenida en la Separata de la Revista Judicial N° 2, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1988.

categorías de responsabilidad en el delito de la muchedumbre: califican de “autor mediato de máxima responsabilidad” a los inductores, dirigentes y agentes provocadores del tumulto, mientras que le dan categoría de “autores inmediatos con responsabilidad menor” a los que participan de la muchedumbre en la ejecución de los actos delictuosos; y categoría de cómplices a los demás que participan en el tumulto, pero sin realizar actos ejecutivos, sino simplemente excitando o reforzando a los autores inmediatos.

Estas reglas no deben confundirse con las señaladas para reprimir la asociación ilícita o asociación para delinquir que algunos códigos refieren en la parte general, como lo hace el artículo 37 del Código Penal paraguayo (44), al disponer que “los que se asocian o conciertan para delinquir, serán considerados como instigadores recíprocos. En consecuencia, serán responsables del delito cometido, como autores principales, todos los asociados, hayan o no tomado participación directa en la perpetración del hecho punible...”. Así como tampoco deben confundirse con los tipos penales que describen ese ilícito en la parte especial, como lo hace el artículo 272 del Código Penal costarricense (45), el cual dispone que será “reprimido con prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación...”. En estos casos se trata de organizaciones especialmente formadas para delinquir, para cometer un número indeterminado de delitos, lo que excluye las condiciones psicológicas del tumulto o la muchedumbre.

Es de mencionar también que algunos códigos establecen como atenuante, en los casos de rebelión, motín y sedición, el hecho de que se disuelva la

muchedumbre sin mayores consecuencias. Así por ejemplo, el artículo 232 del Código Penal argentino (46) establece que “en caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, solo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la pena señalada para el delito”. Norma similar la encontramos, entre otros, en el artículo 297 del Código Penal costarricense.

La solución de las legislaciones citadas ha sido la de acoger la tesis de la atenuante, pero ninguna asume la posición de eximir de responsabilidad a los participantes de los hechos delictivos en muchedumbre. Nos parece que la fórmula contenida en los códigos penales de Uruguay y Guatemala resuelve muchos problemas, en especial los de índole procesal, sobretodo para quienes solo hubieren estado presentes en la muchedumbre, sin ninguna intervención en los hechos delictivos. Ello resulta interesante en virtud de una posición doctrinal que admite la complicidad criminal también cuando se presta ayuda psíquica o psicológica al autor, o bien cuando se refuerza o se apoya moralmente la decisión delictual, como ocurre en los casos de delitos de muchedumbre en tumulto. Los códigos penales de esos dos países excluyen las responsabilidades a título de cómplice, aún cuando la presencia en el tumulto haya reforzado a los autores.

b.- Fundamento de la atenuación de la responsabilidad penal

Las tesis que propugnan eximir o al menos atenuar de responsabilidad a quienes hubieren delinquido por sugestión de una muchedumbre se fundamentan en varias razones.

Unos sostienen (47) que la atenuación está basada en la sugestión que la multitud ejerce sobre el

44.- Utilizamos la edición de la Revista Informaciones del Ministerio de Justicia y Trabajo. Año XXI, N° 208, Asunción, 1984.

45.- Código Penal de Costa Rica, 1970. Utilizamos la edición de Editorial Porvenir. San José, 1984

46.- Utilizamos la edición de Breglia Arias, O. y Gauna, O. Código Penal, comentado, anotado y concordado. Astrea, Buenos Aires, 2a. edición, 1987.

47.- Maggiore, Giuseppe. Op. cit. p. 42, 43

individuo y en la menor peligrosidad del culpable, quien podría no haber delinquido si no lo arrastran emotivamente. En efecto, el contagio emotivo y la sugestión que produce la mayoría exaltada hace que aún los más mesurados pierden los frenos inhibitorios (48), razón por la cual no podría apreciarse esa responsabilidad penal en igual medida que la de aquella que planea y medita en forma serena y calculada, su conducta delictiva. Incluso los promotores y organizadores llegan a ser arrastrados por las mismas situaciones que crearon o promovieron, reforzándose recíprocamente hasta aumentar el influjo de las pasiones.

Se trata de “una verdadera fermentación psicológica...explicable, porque la emoción de cada uno de los miembros va creciendo, en proporción cada vez mayor, cuando sienten que su emoción es compartida por otros seres. En el mismo lugar, contemporáneamente, esa emoción aumentada bruscamente al sentirse en contacto con emociones similares, y al mismo tiempo se produce un despertar de todas las pasiones, una rotura de los frenos de la corteza civilizadora que tenemos, que a veces hace convertir al hombre en bestia. Es un poco de atavismo, un salto atrás; obran tendencias ancestrales y un poco de sentimiento de irresponsabilidad...” (49). Ello concluye en un doble proceso que afecta la personalidad; por un lado se sufre un proceso inhibitorio de la propia personalidad, y por otro se pierde el control, hasta adoptar una conducta delictiva (50).

Como señalamos antes (supra 2.b) el impulso colectivo aparece caracterizado por la imitación, el contagio moral y la sugestión; mediante los cuales el hombre inmerso en una muchedumbre sufre un proceso fulminante de intercambio de impresiones y sentimientos, donde cada idea y cada emoción es un reflejo del mundo exterior, que proviene de la vista de

un objeto, de una palabra, de un sonido, de un movimiento que surge entre el grupo. Al efecto señaló **Sighele**: “Todos los individuos que forman parte de una multitud están en un estado psicológico análogo al de un individuo provocado y ofendido personalmente. Por lo tanto, el delito que cometerán no será un acto salvaje incomprensible, sino más bien una reacción (justa o injusta, pero en toda caso natural) contra la causa, o lo que ellos creen la causa de esa provocación que ha experimentado por contagio” (51).

Esta característica la plasmó magistralmente **Le Bon**, al precisar que el individuo inmerso en una muchedumbre adquiere, por el solo hecho de pertenecer al grupo, un sentimiento de poder invencible que le permite ceder a instintos que de otra manera hubiera frenado. Agrega que un individuo puede ser puesto en un estado tal, que, perdida su personalidad consciente, obedezca a todas las sugestiónes del operador que se la hizo perder, cometiendo los actos más contrarios a su carácter y a sus hábitos, casi como un sujeto hipnotizado en manos de su hipnotizador (52), en fin, “desvanecimiento de la personalidad consciente, predominio de la personalidad inconsciente, orientación por vía de sugestión y contagio de los sentimientos y de las ideas en un mismo sentido, tendencia a transformar inmediatamente en actos las ideas sugeridas; tales son, pues, los principales caracteres del individuo en muchedumbre” (53).

Todas estas circunstancias deberán tomarse en cuenta para examinar la responsabilidad penal en cada caso concreto, pues no es posible fijar con anticipo reglas fijas (54). Para examinar el grado de responsabilidad en cada situación es importante tomar en cuenta la amplitud, la intensidad y el ímpetu de la

48.- Lozano y Lozano, Carlos. Op. cit. p. 78 y Bettiol, Giuseppe. Op. cit. p. 522

49.- Levene, Ricardo. Delito de la muchedumbre, cit. p.274

50.- Ibíd.

51.- Citado por Pinatel, Jean. Tratado de criminología, cit. p.529.

52.- Le Bon, Gustavo. Psicología de las multitudes. Op. cit. pp. 34 y 35.

53.- Ibíd. p.36

54.- Florian, Eugenio. Trattato..., cit., tomo II, p. 694.

sugestión y de la tempestad pasional, así como las particulares condiciones psíquicas de los participantes. Se trata de tres criterios básicos que orientan el examen: la personalidad del delincuente, los motivos determinantes y la acción desarrollada, es decir su contribución al proceso de causalidad en el delito (55).

La responsabilidad penal en general tiene como fundamento algún grado de libertad en el comportamiento del sujeto, cuando éste opta por el delito en circunstancias en que podía o debía actuar de manera distinta, es decir conforme a la ley, sin lesionar los derechos y bienes jurídicos ajenos. Esa opción constituye el sustento para reprocharle a una persona haberse decidido por lesionar un determinado bien jurídico, en condiciones en que podía realizar esa determinación, con la necesaria comprensión de la ilicitud de su acto. Sin embargo, en el delito sugestionado por muchedumbre esa opción se desvanece y en algunos casos desaparece, al extremo de no poderse sustentar una actuación más o menos libre, realizada con pleno conocimiento, voluntad y capacidad. Ello es lo que ha venido a justificar que algunas legislaciones sigan el camino atenuante, pero tampoco excluye la posibilidad de que, en aplicación de las reglas comunes, el problema pueda resolverse de igual modo cuando se cuantifica el grado de culpabilidad del sujeto.

La cuantificación del grado de culpabilidad lo realiza el juez al momento de establecer la naturaleza y el monto de la pena, en los casos en que el tipo penal le permite alguna escogencia. Ante un delito realizado por un sujeto sugestionado por la muchedumbre, es ineludible el examen de todas las circunstancias que contribuyeron de manera más o menos inmediata, a condicionar el comportamiento y el accionar del sujeto, al extremo de disminuir y en algunos supuestos eliminar, su grado de comprensión, su propia personalidad, sus propios sentimientos.

Pareciera que ante la complicación de la "vida

moderna", y el resurgir de mayores manifestaciones grupales, se hace indispensable un tratamiento particularizado del delito de la muchedumbre, sobre todo para evitar contradicciones entre la jurisprudencia y los complicados discursos dialécticos en que deben incurrir los juzgadores para justificar alguna solución por razones de justicia.

4.- OBSTACULOS PARA LA PERSECUCION DE LOS DELITOS MULTITUDINARIOS

Cuando delinque una multitud y ésta pasa a ser una mayoría, como los procesos revolucionarios o de guerra civil, se plantea un verdadero problema filosófico para justificar la acusación penal.

La ley ha sido hecha por el hombre para beneficiar al hombre y sus relaciones en comunidad, para liberarlo y regular pacíficamente los conflictos sociales, no para esclavizar. El sistema jurídico debe representar -al menos en alguna medida- los intereses legítimos de la mayoría y estar a su servicio. Pero en los supuestos de contravenciones delictivas mayoritarias, a las que en muchas ocasiones puede verse obligado un pueblo para defender sus más preciados valores y derechos, salvo los casos de delitos colectivos especialmente tipificados, como la asociación ilícita, la rebelión, el motín etc., se produce un contrasentido al pretenderse que los operadores del sistema penal (policía, Ministerio Público, Tribunales, funcionarios de la ejecución penitenciaria) actúen oficiosamente para perseguirlos y someterlos a proceso, para encarcelarlos.

Con la salvedad de los delitos colectivos citados, y sobre todo en los casos comunes, es indispensable conocer la magnitud del problema, establecer hasta qué punto la estructura policial-judicial debe estar en capacidad de responder y hasta dónde se justifican las medidas kantianas, categóricamente Kantianas, según las cuales a todo hecho delictivo debe seguir necesariamente como un imperativo categórico, un proceso judicial y finalmente una pena. Este esquema ya se ha quebrado con los sustitutos de la pena, con los sustitutos del proceso

55.- *Ibidem*, p. 695.

(suspensión condicional del proceso), y finalmente con el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción, mediante el cual se ha facultado al Ministerio Público no acusar aún cuando pueda existir un delito, en ciertos casos especiales.

No podemos ignorar que la multitud -y no solo la muchedumbre en sentido estricto- constituye un verdadero límite para el ejercicio de la acción penal, por razones históricas, políticas y filosóficas, en virtud de la contrariedad que representa para un Estado democrático aplicar una ley para reprimir a una considerable mayoría de sus ciudadanos.

Además de esos aspectos filosóficos, se agregan una infinita cantidad de problemas procesales y prácticos cuando se quiere enjuiciar a una muchedumbre,

La mayoría de las legislaciones no contienen reglas específicas para enfrentar ese problema, razón por la cual los operadores del sistema penal deben recurrir a una serie de "salidas" para buscarle una solución racional. Cuando observamos a grupos de cierta consideración realizar conductas que pueden calificarse como delictivas, tales como huelgas en el sector público (en que surge la posibilidad de que se presuma la existencia de ciertos delitos: instigación al abandono de las funciones públicas, incumplimiento de deberes, abandono del cargo etc.); bloqueos en las vías públicas para protestar y presionar al Gobierno, así como para llamar la atención de la opinión pública ante un determinado problema social (que podrían tipificar delitos tales como entorpecimiento del transporte, la desobediencia a la autoridad, alteración del orden público etc.); aunque raramente en nuestra época, puede pensarse también en casos de justicia por propia mano (linchamientos, ajusticiamientos), cuando la muchedumbre opera por venganza, ya no cuando se demandan soluciones a problemas políticos o económicos; etcétera, la experiencia nos muestra una mutabilidad en la actuación de los órganos públicos encargados de investigar, acusar y someter a proceso a esas personas.

En efecto, en unos casos los órganos públicos

han detenido y acusado solo a los dirigentes, en otros han procedido contra todos los que en alguna forma hubieren intervenido y fueron sorprendidos, y aún en otros no han acusado a ninguno, ante la intervención oportuna de las autoridades políticas que han ofrecido resolver o al menos intentar una posible solución al problema que generaba la congregación de la muchedumbre.

El diferente comportamiento de las autoridades frente a las muchedumbres concretas constituye un problema que debiera ser objeto de una investigación de campo, con auxilio de la psicología y la sociología criminal. Baste aproximarnos aquí, y señalar que en Costa Rica, donde la legislación prohíbe las huelgas en el sector público, se sanciona tanto la incitación al abandono de funciones públicas, como el abandono de la función pública sin causa justificada, frente a hechos aparentemente delictivos realizados por multitudes, acusaron solo a los dirigentes en el caso de una huelga de los empleados de una institución pública (el Instituto Costarricense de Electricidad) en los años setenta; acusaron a todos en 1982, en la huelga del Sindicato de Profesionales en Ciencias Médicas, en otra institución pública (La Caja Costarricense del Seguro Social); y no han acusado a ninguno cuando se han producido varias huelgas de maestros, anteriores a 1984. Tal es el reconocimiento de las dificultades, que el Jefe del Ministerio Público de entonces, señaló ante una huelga de maestros lo siguiente: "...No podemos acusar a 20.000 docentes del país, porque las cifras de criminalidad subirían escandalosamente, y porque el sistema judicial nuestro no tiene capacidad para ello,...cuando se acusa a todos no se acusa a nadie..." (56). Con base en ello se seleccionó a las personas que iban a ser sometidas a proceso, razón por la cual las organizaciones gremiales de los docentes replicaron, en una nota que hicieron publicar en los diarios, lo siguiente: "...Es tal la contradicción del Ministerio Público en sus pretensiones de que se aplique el artículo 333 del Código Penal a los educadores, que su propio jefe...reconoce

56.- Declaraciones aparecidas en el Diario La Nación del 28 de agosto de 1984, p. 6 A

la imposibilidad de ser justo acusándolos a todos, para que no haya impunidad que salve a algunos, porque materialmente ese Ministerio no está capacitado para actuar en todas las jurisdicciones o circuitos judiciales, ni el legislador previó situaciones en que la pluralidad de los indiciados es masiva como en esta ocasión se da..." (57).

Lo anterior pone en evidencia la imposibilidad de mantener vigente, de manera inflexible, el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, contenido en la mayoría de nuestras legislaciones procesales, y según el cual ante todo hecho en apariencia delictivo debe generarse, necesariamente, un proceso judicial. El problema estriba en que no es que los órganos de la acusación actúen con cierta discrecionalidad al ejercer la acción penal, sino en la ausencia de reglas especiales que permitan controlar el comportamiento del Ministerio Público en cada caso concreto, pues aún cuando no se admita en la ley, lo cierto es que esa diversidad en el comportamiento de los órganos represivos constituye una forma selectiva y discrecional de ejercer la acción, que podría convertirse en discriminatoria según otros criterios, tales como los políticos, ideológicos, raciales, culturales etc.

En realidad ante delitos cometidos por una gran cantidad de personas (miles), no es posible exigirle a los miembros del Ministerio Público que acusen a todos. Además de los problemas filosóficos, se agregan tal cantidad de problemas prácticos que hacen imposible proceder.

El proceso penal no se encuentra especialmente estructurado para que por medio de él se juzgue a una muchedumbre en una sola causa. Bástenos señalar la cantidad de problemas que generaría la intervención de dos defensores distintos para cada acusado, cuando estos pueden ser cientos de miles, sus múltiples gestiones, el solo hecho de recibirles la declaración indagatoria a los imputados, evacuar la prueba que

ofrecen y pronunciarse en plazos más o menos racionales para evitar la prescripción etc.

Difícilmente la multitud contribuirá con sus testimonios para descubrir a sus propios compañeros y a sus cabecillas, así como para indicar las conductas antijurídicas que se realizaron. Además, "cuando se comete un hecho en público y hay muchos testimonios, es más discutido y más discutible que cuando hay un pequeño número de testigos. Acerquémonos a una aglomeración en una calle y preguntemos la causa. Nos darán respuestas numerosas y contradictorias. Pero la nota más típica es el poder de sugestión de la muchedumbre que hace creer que se han visto u oído cosas que no existieron" (58). Ni que se diga también del poder de influencia que podrían ejercer los diferentes medios de comunicación colectiva, no solo al transmitir los acontecimientos, sino también al hacer sus propias apreciaciones y conclusiones, lo cual podría contribuir aún más a distorsionar la realidad.

Junto a esos aspectos debemos agregar los problemas de espacio físico para la tramitación de la causa y la celebración de un juicio en el que deben estar, al mismo tiempo, cientos o miles de personas reunidas (entre imputados y defensores solamente).

En igual sentido, junto a otros problemas prácticos, debemos reconocer que las posibilidades de error por parte de los juzgadores aumentan, ante la dificultad de obtener la prueba y por no poder dedicarle la suficiente atención a cada caso en particular de cada uno de los integrantes de la multitud.

Por otro lado, es dudosa la capacidad de los órganos represivos de proceder contra una multitud arrestándola, ante la falta de personal que ello demandaría, por falta de lugares donde recluirlos, y aún cuando lo hicieran en estadios o sitios públicos, por la falta de recursos para mantenerlos y darles alguna asistencia penitenciaria, para aplicarles un tratamiento.

57.- Espacio publicado en el Diario La Nación del 7 de setiembre de 1984, p. 3 C.

58.- Jiménez de Asúa, Luis. *Op. cit.* p. 254.

Como indicamos antes (supra 3.a. in fine) la mejor solución la han ofrecido los códigos penales de Uruguay y Guatemala, los que sancionan sólo a quienes intervinieron en forma directa en la ejecución material del hecho, o lo hubieren instigado, eximiendo de pena a los demás integrantes de la muchedumbre. Pero aún cuando la fórmula resuelve muchos problemas, todavía es insuficiente al no permitir un comportamiento selectivo incluso para quienes hubiesen intervenido en forma directa en la ejecución de ilícitos.

En realidad el tema justifica una intervención legislativa que ofrezca soluciones objetivas, a efecto de que no intervengan, como al parecer ha estado ocurriendo, criterios político-ideológicos en la selección.

5.- A MODO DE CONCLUSION

Creemos que las legislaciones latinoamericanas deben dirigirse, por un lado, hacia la atenuación de la responsabilidad penal por delitos realizados por sugestión de una muchedumbre, (Derecho Penal) como lo regulan algunos códigos; y por otro, hacia la discriminación de los participantes, para ejercer la acción penal, es decir, hacia la introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal contra muchedumbres (Derecho Procesal Penal aunque los criterios específicos se ubican como de Derecho Penal sustantivo).

El primer aspecto ha ido ganando terreno, luego de la regulación contenida en el Código Penal italiano de 1930, seguida por los códigos de Uruguay, Colombia, Guatemala, El Salvador y Honduras, que establecen la atenuación de la responsabilidad penal ante la comisión de delitos sugestionados por una muchedumbre. Es indispensable extender esa fórmula hacia las demás legislaciones y regular el problema de los que intervienen reforzando la multitud, pero con realizar actos materiales de ejecución en los delitos concretos, como lo hacen los códigos de Uruguay y Guatemala.

En relación con el segundo aspecto, ya la pauta para introducir el criterio de oportunidad en el ejer-

cicio de la acción penal, expresamente tasado en la ley, ha sido formulada por la legislación procesal alemana (59). Es cierto que la Ordenanza alemana no contiene una regla expresa referida en esos supuestos a los delitos de muchedumbre, sin embargo, algunas de sus fórmulas podrían resultar aplicables. Tal es, por ejemplo, el caso del parágrafo 153 d, según el cual el Fiscal General Federal puede abstenerse de acusar ciertos delitos, cuando la realización del proceso provoque el peligro de una grave desventaja para la República, o cuando se opongan a la persecución otros intereses públicos superiores, a lo cual se denomina como un caso de abstención de la persecución por motivos políticos (60).

En efecto, en muchas ocasiones la persecución penal de una gran cantidad de personas, como por ejemplo todos los docentes de primaria y secundaria del país (en los casos de huelgas...), podría provocar daños más severos para la estabilidad política del país, que aquellos ya provocados con la realización del hecho, en cuyo caso no se justifica acusar a ultranza, y los beneficios de no acusar pueden ser mayores que aquellos que se quisieren obtener con la aplicación de la pena.

El criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal también ha sido propuesto para Latinoamérica, aunque no específicamente para resolver el problema de la muchedumbre. En primer término ese criterio lo propone el "**Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica**" (61), el cual, en su artículo 230 lo consagra, reservando eso sí a la ley penal (y no a la procesal) el señalar los criterios de selección que deben aplicarse. Dispone ese artículo

59.- Parágrafos 153, 153 a, 153 b, 153 c, 153 d, 154, 154 a, 154 b, y 154 c de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Tuvimos a mano la traducción hecha por el profesor Gómez Colomer, Juan Luis, en su obra El Proceso penal alemán. Bosch, Barcelona, 1985, p.p. 260 s.s.

60.- *Ibidem*, p.333

61.- Tuvimos a la mano la edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que contiene además la historia, los antecedentes y la exposición de motivos del Modelo, Hammurabi, 1989.

que: "En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el Ministerio Público...pedirá el archivo al juez...". A título de ejemplo los autores del Modelo señalan, entre otros que podrían preverse, el caso de los hechos que no afectan gravemente el interés público, salvo cuando la pena supere los tres años de prisión, y los supuestos en que puede prescindirse (suspensión) de la pena como casos en que debe aplicarse el principio de oportunidad (62).

En igual sentido ese principio lo propone el profesor **Julio B. J. Maier** en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación para la justicia federal argentina (63), y en su Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala (64), siguiendo los lineamientos ya propuestos por él y recogido en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, al cual hicimos referencia.

Se trata de fórmulas que buscan introducir en las legislaciones procesales del área el criterio de oportunidad, reservando al Derecho Penal sustantivo la indicación de los criterios que facultarían la selección porque representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal (65).

Ahora bien, somos partidarios de que se incluya como una de las causales expresas, ya sea en el Código Procesal como lo hace la ordenanza alemana, o en la legislación penal material, como lo propone el Código Modelo para Latinoamérica, que el Ministerio Público pueda solicitar el archivo de las causa

cuando deba proceder contra gran cantidad de personas por un mismo hecho delictivo (delito multitudinario), o bien que seleccione y acuse sólo a los cabecillas o directores del grupo, en todos aquellos casos en que por la cantidad de las personas a acusar, se ponga en peligro la estabilidad social del país o se dificulte la persecución.

En realidad no creemos que el Ministerio Público deba asumir siempre una rígida posición de acusación a ultranza, con el fin de hacer cumplir el principio de obligatoriedad de la acción a toda costa. Sin embargo, tampoco participamos de la apertura total, conviene tasar en la ley, con fórmulas claras, los casos en que debe proceder o pedir el archivo, y aquellos en que debe perseguir sólo a los cabecillas, evitando así que la decisión se tome según sea el hecho y sus posibles autores, es decir, para no permitir que la actividad del órgano requirente se inflencie de criterios que no son propiamente de justicia.

Desde otra perspectiva, el Ministerio Público debe asumir siempre una misma posición: la legal, aunque implique una diversidad de comportamientos. Ello evita la selección de los casos según criterios políticos, económicos, sociales o cualquier otro que implique arbitrariedad, de lo contrario se lesionarían derechos fundamentales como la igualdad jurídica y la certeza del derecho.

BIBLIOGRAFIA

Antolisei, Francesco: Manuale di diritto penale. Parte Generale. Giuffré, Milano, 1975, 7a. ed.

Bettiol, Giuseppe: Diritto Penale. Parte Generale. Padova, CEDAN, 1978, 10 ed.

Breglia Arias, O. y Gauna, O.: Código Penal. Comentado, anotado y concordado. Astrea, Buenos Aires, 2a. edición, 1987.

Camaño Rosa, A.: "Notas explicativas sobre la parte general". En: Código Penal de la República Oriental de Uruguay, anotado y concordado. Ed. Jurídicas Amelio Fernández, Montevideo, 3a. ed., 1975.

62.- *Ibidem*, p.108

63.- Art. 230. Tuvimos a manos la edición oficial de la Secretaría de Justicia. Buenos Aires. 1988

64.- Art. 249. Tuvimos a mano la edición mimeografiada por el Organismo Judicial. Guatemala, 1989.

65.- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. *cit.* p.107.

Castillo González, Francisco: "La participación necesaria". En: Rev. Ciencias Jurídicas N° 48, San José, 1982

Chichizola, M.: "El delito de las muchedumbres". En: Rev. Mexicana de Sociología. UNAM. Instituto de Investigaciones Sociales, México 1964,

Florian, Eugenio: Trattato di Diritto Penale. Casa ed. Vallardi, Milano, 1934, 4a. edición, tomo II

Golstein, Raúl: Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Astrea, Buenos Aires, 1978, 2a. ed.

Gómez Colomer, Juan Luis: El Proceso penal alemán. Bosch, Barcelona, 1985.

Jiménez de Asúa, Luis: La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1979, 9a. edición.

Lattanzi, G.: I codici penali annotati, Giuffrè, Milano, 1978, 10 ed.

Le Bon, Gustavo: Psicología de las multitudes. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1952

Levene, Ricardo: "Delito de la muchedumbre". En: Enciclopedia Jurídica Omeba Driskill S. A., Buenos Aires, 1979, Tomo VI

Lozano y Lozano, Carlos: Elementos de Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1979

Maggiore, Giuseppe: Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1972, volumen II

Pinatel, Jean: Tratado de Criminología. Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela, Caracas. Reimpresión de la 2a. edición, 1984

Ranieri, Silvio: Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis, Bogotá, 1975, tomo II

Sainz Cantero, José A.: "El Delito masa". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo 3, 1971, Madrid.

CODIGOS

Código Penal de Argentina. Utilizamos la 2a. ed. comentada, anotada por Omar Breglia y Omar R. Gauna. Astrea, Buenos Aires, 1987.

Código Penal de Colombia. Decreto N° 100 del 28 de enero de 1980. Utilizamos la vigésima ed. Actualizado por Jorge Ortega Torres. Temis, Bogotá, 1988. Promulgado mediante Decreto N° 100 del 28 de enero de 1980.

Código Penal de Costa Rica de 1970. Editorial Porvenir. San José, 1984

Código Penal de El Salvador, del 26 de febrero de 1973, Decreto N° 270, en vigencia desde junio de 1974. Edición contenida en la Separata de la Revista Judicial N° 2. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1988.

Código Penal de Guatemala, del 17 de julio de 1973, Decreto 17-73, en vigencia desde enero de 1974 Edición del Departamento de Recopilación de Leyes. Publicaciones de Gobernación. Tipografía Nacional. Guatemala, 1983

Código Penal de Honduras, de 26 de setiembre de 1983. Decreto N° 144-83, publicado en la Gaceta N° 24264 del 12 de marzo de 1984., en vigencia desde 1985. Edición ILANUD, Tegucigalpa, 1986.

Código Penal Italiano. I codici penali annotati, por G. Lattanzi. Giuffrè, Milano, 1978, 1a. ed.

Código Penal de Paraguay del 13 de junio de 1914. Utilizamos al publicación en Revista Informaciones del Ministerio de Justicia y Trabajo, año XXI, N° 208, Asunción, 1984.

Código Penal del Uruguay, del 4 de diciembre de 1933. Ley N° 9155. Edición anotada y concordada por Adela Reta y Ofelia Grezzi. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.

Código Procesal Penal Modelo para Ibe-

roamérica. Ed. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que contiene además la Historia, los antecedentes y la exposición de motivos del Modelo. Hammurabi, 1989.

Proyecto del Código Procesal Penal de la nación para la justicia federal Argentina. Ed.

oficial de la Secretaría de Justicia, Buenos Aires, 1988

Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala. Ed. mimeografiada por el Organismo Judicial. Guatemala, 1989.

LA NATURALEZA INCONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 27 DE LA LEY SOBRE SUSTANCIAS PSICOTROPICAS, DROGAS DE USO NO AUTORIZADO Y ACTIVIDADES CONEXAS

María Gerarda Arias Méndez

Procuradora

I.- LA LIBERTAD ES UN DERECHO NATURAL

La libertad no es un estado concedido por las leyes, es el estado natural del Hombre (véase, entre otras, acta número 102 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949). Las leyes, en consecuencia, sólo pueden restringir este estado en casos muy especiales y teniendo como punto de referencia, precisamente, éste y otros derechos fundamentales, es decir, la libertad sólo puede limitarse en el tanto en que no solo se protegen los derechos de un individuo sino los de todos. Y, sucediendo que la libertad no la otorga el Ordenamiento sino que es protegida por él, resulta de evidente trascendencia más que su consagración literal en la Constitución, la restricción substancial en cuanto a la privación de ella. De esta manera, la libertad aparecerá en la Constitución con un contenido implícito, este es: la eventual y excepcional pérdida de ella, pérdida que supone el quebranto previo de la inocencia del individuo.

Es fácil inferir entonces, que la Inocencia es consubstancial a la condición de libre y que para arrebatar o cuestionar tanto la inocencia como la libertad deben darse concreta y fehacientemente las circunstancias hipotéticas que excluyen la posibilidad de entrar en conflicto con la Constitución Política.

Las leyes no crean libertad. Sí son valiosas, en cambio, y constituyen uno de los factores más importantes para reconocer que se está ante un Estado de Derecho, cuando respetan la libertad. Las leyes, igualmente no crean la condición de la Inocencia, ella

existe por la misma naturaleza del Hombre y el Derecho la protege y garantiza; para ello no se necesita de un texto que verbalice específicamente su conceptualización formal.

II.- EL PRINCIPIO DE LA INOCENCIA EN LA CONSTITUCION

Pero, es lo cierto que la Constitución protege la libertad y asume la Inocencia como un estado natural, ambos estados, uno implícito en el otro, integran la base fundamental de las Garantías Individuales, que a la vez son las que dan razón de ser a nuestra Constitución pues ella tiene sentido en cuanto está conceptualizada y promulgada para hombres libres. En forma específica encontramos esta protección en los artículos 20, 22, 37, 39 y 48.

Expresamente, aunque no se mencione la palabra "inocencia" encontramos el principio en el artículo 39, el cual literalmente dice.

"A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionada por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad..."

La pérdida de la Inocencia es lo que justifica la de la Libertad, si ambos son estados naturales y la pérdida del primero lleva a la del segundo, es la Sociedad o el Estado quien debe demostrar la existencia de una causa para aquella pérdida. El consti-

tuyente, en perfecta armonía con la protección de la Libertad así lo comprendió. Refiriéndose a la norma equivalente a ésta en la Constitución de 1871, explicó el Representante Jiménez Quesada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949: "...es el Estado el que va a convencer al inculpado y no éste al Estado de su inocencia (véase acta número 109 de la Asamblea). Es así que, dentro de nuestro marco constitucional, esencialmente coherente con la propia naturaleza del Hombre, el individuo no pierde su libertad hasta que el Estado no le demuestre que ha perdido su inocencia mediante la prueba de la culpabilidad (sobre la consagración del principio de la presunción de la inocencia en este artículo puede verse resolución de Corte Plena, Sesión Extraordinaria del 24 de marzo de mil novecientos ochenta y tres).

Dada la existencia de la Libertad y consubstancial a ella el principio de la Inocencia, la permisión para privar de la Libertad, como podemos observar, se presenta como excepcional, de aplicación muy restringida y donde primero debe declararse la culpabilidad antes de la privación de la libertad.

Ahora bien, existen situaciones en las cuales, sin que el individuo haya perdido su condición de inocente resulta imprescindible para el Estado garantizar coactivamente su sujeción. Pero, estas situaciones, como se desprende de lo expuesto, son muy excepcionales y tienen como límite, más que la literalidad del artículo 37 (que exige la existencia previa de un indicio comprobado) el sistema constitucional que protege la Libertad y la Lógica misma. Las excepciones son excepciones, no se deben interpretar en forma amplia de tal manera que se pierda la perspectiva y se lleguen a mirar como si ellas fueran los principios, y a éstos como si constituyeran las excepciones; con mayor razón aún si se está ante derechos constitucionales. Consecuentemente, de acuerdo con las normas mencionadas y el espíritu de la Constitución, la necesidad de sujeción coactiva sin la pérdida de la inocencia no se puede establecer genéricamente sino en relación a cada caso concreto, considerando tanto el individuo, así, singularizado, como las circunstancias fácticas particulares. En igual

sentido se expresa Alfredo Vélez Mariconde cuando explica:

"... La ley no puede resolver adecuadamente el problema en toda su extensión, mediante normas generales, abstractas y rígidas que carecían de base constitucional. Como el imputado es inocente mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, él no puede ser privado de libertad, durante la tramitación del proceso, sino cuando ello sea necesario, y esa necesidad, en principio, sólo puede ser reconocida por el órgano jurisdiccional." (Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba, pag. 38).

III.- EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

Dice el artículo 27 de la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no Autorizado y Actividades conexas:

"No será procedente la excarcelación de quien sea sindicado como autor de los hechos delictivos tipificados en la presente ley. Respecto de los partícipes, sí será posible el acuerdo de ese beneficio."

Como se desprende de la simple lectura, el artículo impugnado prohíbe la excarcelación para todos los sindicados como autores, ello equivale a ordenar la privación de libertad para todos los que sean puestos en esa situación. Es esencial precisar entonces:

A.- Que este artículo ordena la privación de libertad para "sindicados", lo cual, atendiendo al significado gramatical de la palabra implica, privación para los acusados, delatados o denunciados y sospechosos. Ello viola el espíritu de la Constitución, el cual exige la existencia previa de un indicio comprobado (que dentro de la lógica constitucional por supuesto es más que la mera significación gramatical).

B.- Que el artículo impugnado, al prohibir la

excarcelación ordena la detención y la prisión preventiva en forma genérica, prescindiendo de la comprobación concreta de las circunstancias que pueden justificar dentro del marco de la Constitución la privación de la Libertad. Ello significa: que serán privados tanto aquellos en relación a los cuales eventualmente podría justificarse esta medida como otros que nunca deberían haber sido así sujetos. Si la protección de la Libertad es una garantía individual ¿cómo puede admitirse que el Derecho pueda someter genéricamente?

Se viola así el principio de la presunción de la Inocencia porque, con el contenido del artículo impugnado se prescinde de la comprobación particular de las circunstancias que justifican la privación de la Libertad sin la previa demostración de la culpabilidad.

Si, dejando a un lado el análisis expuesto y el espíritu mismo de la Constitución, (asumiendo una posición incongruente de un Estado de Derecho), se quisiera resolver el conflicto planteado atendiendo a la mera literalidad del artículo 39 entonces habría que precisar que en un Estado de Derecho, la conceptualización de la privación de la Libertad como "pena" sólo tiene trascendencia en el tanto en que se respetan los derechos de los individuos y se regula, en consecuencia, en forma muy precisa la reacción social frente a la comisión de un ilícito grave. La conceptualización de la privación de la Libertad como pena sólo es trascendente en el tanto en que lo es la protección de la libertad. El concepto de pena y el de delito tiene

una función limitante cuyo sentido es garantizar la no existencia de perjuicio. Pero, tanto es perjuicio la privación de la libertad impuesta a título de pena como, la privación de la libertad a título de medida cautelar, y la diferente conceptualización lógicamente no nos puede llevar a afirmar que, la protección constitucional debe variar según varíe el concepto formal de la privación de la libertad.

Por el contrario, dentro del sentido que la conceptualización de la pena tiene, sí podemos afirmar que, congruentemente con lo ya expuesto, la privación de la libertad se justifica como pena cuando el Estado le compruebe la culpabilidad al individuo; que, sin haberse probado la culpabilidad, la privación de la libertad sólo justifica como medida cautelar estrictamente necesaria (comprobada concretamente y en relación a cada individuo en particular) y que, cuando no se procede así, la privación de la libertad, aunque se encuentre enunciada en una ley como medida cautelar (que en todo caso siempre es un perjuicio-sufrimiento) se constituye en un castigo sin la previa declaración de la culpabilidad. También en esta forma es evidente que el artículo 27 de la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, viola el artículo 39 de la Constitución Política (véase, en sentido parecido, Vélez Mariconde, *Ibidem*).

Y es que, es evidente que en un Estado de Derecho la restricción de la Libertad no puede depender de meras conceptualizaciones con prescindencia de la verdadera naturaleza de las cosas.

Cecilia Sánchez Romero
Directora del Digesto de Jurisprudencia

I.- RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

- 1.- Impedimento de salida del país dictado por autoridad que había perdido competencia.
- 2.- No procede el recurso de amparo contra sentencias jurisdiccionales.
- 3.- El término de la prórroga extraordinaria es de naturaleza perentoria.
- 4.- Apertura del recurso de casación penal.
- 5.- El recurso de casación no debe interpretarse con rigor formalista.
- 6.- Detención improcedente por no estar firme la sentencia.
- 7.- El Hábeas Corpus no procede para atacar sentencia de casación por supuesta violación al debido proceso y al derecho de defensa.
- 8.- Incidencia de la pena del nuevo delito para revocar ejecución condicional.

II.- RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A.- Derecho Penal

- 1.- Inconstitucionalidad de la tesis que califica al libramiento de cheque sin fondos como delito formal.
- 2.- Análisis sobre la ubicación y tipo de bien jurídico tutelado en el libramiento de cheque sin fondos.
- 3.- Datos esenciales que debe reunir un cheque.
- 4.- Importancia de la pena impuesta para efectos de revocatoria de la ejecución condicional.
- 5.- La participación criminal en la Ley de Sicotrópicos.

- 6.- Pronunciamiento sobre responsabilidad civil pese a absolución del acusado.
- 7.- Distinción entre cohecho y concusión
- 8.- Vencimiento de la capacidad de resistencia de víctima de abusos deshonestos.
- 9.- Análisis del concepto "monumento arqueológico" utilizado en la Ley de Patrimonio Nacional.
- 10.- Diferencia entre peculado y malversación.
- 11.- Legítima defensa y bien jurídico tutelado.
- 12.- Naturaleza de la responsabilidad civil del propietario de vehículo causante de accidente.

B.- Derecho Procesal Penal

- 13.- La inmunidad no constituye una cuestión prejudicial sino condición de procedibilidad.
- 14.- Teoría del funcionario de hecho aplicado a Juez que no ha prestado juramento.
- 15.- Autenticación de recurso de casación por abogado de centro carcelario.
- 16.- Alcance del concepto "interesados" dentro del proceso penal.
- 17.- Validez de la querrela presentada por gerente de cooperativa.
- 18.- Consulta sobre constitucionalidad de la Ley de Imprenta.

III.- DISCREPANCIA ENTRE AMBAS SALAS EN RELACION CON LA REVOCATORIA DE LA EJECUCION CONDICIONAL.

I.- RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1) Impedimento de salida del país dictado por autoridad que había perdido competencia.

"II.- SOBRE EL FONDO: A.- La resolución impugnada en cuanto se refiere el "impedimento de salida" del país al... contraviene disposiciones normativas expresas, pues, efectivamente, la competencia de la Alcaldía de Faltas y Contravenciones de Goicoechea en funciones de Juzgado de Instrucción, estaba limitada a lo que el Tribunal Superior Tercero Penal, Sección Segunda, le había indicado resolver expresamente, a tenor especialmente de lo que dispone el artículo 348 del Código de Procedimientos Penales. En el juicio principal estamos en presencia de un Auto de Elevación a juicio confirmado por el superior de aquel juzgado, de modo que la solicitud que planteó el representante de la actora civil no podía ser atendida como se hizo, si la situación jurídica del imputado...pende ante el Tribunal Superior por estar concluida la instrucción. B.- Ya esta Sala Constitucional ha fijado criterios sobre la forma en que deben aplicarse las restricciones a la libertad de los imputados, pero en el presente recurso basta con el examen de la competencia respecto de la autoridad que dispuso la restricción, por imponerlo así el artículo 24 inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, y como es manifiesto que el Juzgado de Instrucción de Goicoechea o la Alcaldía en funciones de tal había perdido competencia en relación al defendido por el recurrente lo que incluso había sido admitido con anterioridad en resoluciones de octubre y noviembre últimos (visibles a folios 1349 y 1374 del Tomo III), a la luz del mandato del artículo 37 constitucional la resolución en que consta la orden impugnada deviene en ilegítima. Por lo anterior, el recurso debe declararse con lugar.-"

Sala Constitucional. Nº 278 de las 16, 15 horas del 13 de marzo de 1990.

2) No procede el recurso de amparo contra resoluciones jurisdiccionales.

"UNICO: No son de recibido los alegatos del recurrente, al pretender por la vía de amparo, que la Sala revoque la resolución que le rechazó el recurso de casación, así como la sentencia que lo condenó por el delito de Abusos Deshonestos, pues este Tribunal tal y como lo ha establecido reiteradamente, no es una instancia más dentro del proceso penal. Además que de conformidad con el artículo 30 inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, no procede esta acción contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial."

Sala Constitucional. Nº 517 de las 16,15 horas del 16 de marzo de 1990.

3) El término de la prórroga extraordinaria es de naturaleza perentoria.

"SEGUNDO: Ya sobre el fondo, parece necesario que la Sala precise que, en una causa por delito, evacuadas las pruebas propuestas, que deben serlo dentro de los dos meses de instrucción que dispone el artículo 199 del Código de Procedimientos Penales o dentro de sus prórrogas ordinarias, en su caso, que deben estar solicitadas antes o en el propio vencimiento del plazo anterior, plazo total que -en ningún caso- podrá exceder de seis meses contados a partir de la fecha en que se recibe la declaración indagatoria y cuya procedencia en todo caso deberá calificar, por resolución fundamentada, el Superior que la concede, si hay duda fundada del juzgador en cuanto a la comisión del hecho, a su tipicidad o a su imputabilidad al procesado, procede dictar, por resolución fundamentada, prórroga extraordinaria -exclusivamente para allegar a la causa nuevas pruebas que modifiquen aquella duda-. Si dentro de este plazo no se recibieran nuevas pruebas o la que se recibiere no fuera conducente para modificar la situación de duda que la motivó, el juez que conoce de la causa sólo tendrá competencia para dictar el sobrecimiento obligatorio (artículos 8, 325 y 327 del Código de Procedimientos Penales y 10 del Código Procesal Civil). En el caso subexamine evidentemente el juzgador recurrido ha actuado con prescindencia de lo anterior, motivo por el cual la Sala encuentra que es procedente el reclamo que se formula, pues si a las ocho horas del veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho se dictó auto de prórroga extraordinaria de la instrucción (folio 285, Tomo II del expediente principal) sin que se recibiera que modificara la situación de duda que la motivó, no podía, como lo hizo, dictar auto de procesamiento mediante resolución de las ocho horas del diez de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, revocando aquella prórroga con violación de la normativa preindicada, pues carecía de competencia para hacerlo, desde que se trata en la especie de un término perentorio y no ordenatorio como se le ha pretendido calificar (art. 325 en relación con el 327 del Código de Procedimientos Penales).-"

Sala Constitucional. Nº 605 de las 16,30 horas del 30 de marzo de 1990.

4) Apertura del recurso de casación penal

"I.- Que si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo de conformidad con el artículo 7º de la Constitución Política, ello no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por si mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley #7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1º de setiembre) y

sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (#7135 de 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

II. Todo es cuestión de procedimiento y de oportunidad: si el problema se plantea en el hábeas corpus o en el amparo, ahí puede la Sala declararlo y resolverlo sin necesidad de otorgar al recurrente la oportunidad prevista por los artículos 28 y 48 de la Ley para aducir las acciones de inconstitucionalidad. Pero puede y debe hacerlo, asimismo, por la vía del control de constitucionalidad, cuando conozca de acciones de inconstitucionalidad o, en su caso, de las consultas judiciales o legislativas de constitucionalidad previstas en la misma Ley.

III. En lo que se refiere al objeto concreto del presente recurso, considera la Sala que la norma invocada, artículo 82 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley #4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), es absolutamente clara e incondicionada, en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior.

IV. Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando éste provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza, si no los tuviera obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, que resulta del artículo 1.1 de la Convención se traduciría en la de crearlos conforme el artículo 2º.

V. En el caso concreto considera la Sala que se está ante un supuesto de aplicación inmediata del tratado porque existen en Costa Rica tanto el órgano como el procedimiento para recurrir de los fallos en cuestión ya que el artículo 474 incisos 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales admite, en general, el recurso de casación a favor del imputado contra la sentencia condenatoria, sólo que restringiéndolo a los casos de condena por dos o más años de prisión u otros, en juicio común; o por más de seis meses de prisión u otros, en los de citación directa en consecuencia negándolo contra las sentencias de condena inferior. De tal manera, pues, que, para dar cumplimiento a la exigencia citada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana, basta con tener por no puestas las indicadas limitaciones, y con entender que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito.

VI. En vista de que está vigente la orden de encarcelamiento de

las personas a cuyo favor se interpone el recurso y algunas de ellas se encuentra ya en prisión, en cumplimiento de la penas que les fuera impuesta en sentencia, sin que ésta esté constitucionalmente firme en virtud de que no se les ha reconocido el derecho de recurrir contra ella en casación, es procedente declarar con lugar el hábeas corpus, y ordenar su libertad hasta tanto no se haya resuelto la causa por sentencia firme, una vez concedida a los imputados la plena oportunidad legal de recurrir del fallo en casación con las modalidades y requisitos propios del recurso -salvo, en el presente caso y por razones obvias, lo dispuesto en el inciso 2) in fine del artículo 471 del Código de Procedimientos Penales. Lo cual podrán hacer a partir de la notificación personal de esta sentencia."

Sala Constitucional. Nº 282 de las 17,00 horas del 13 de marzo de 1990.

5) El recurso de casación no debe interpretarse con rigor formalista

"I. Esta Sala al resolver un recurso de hábeas corpus, expediente #210-90 por sentencia# 282-90 de las 17,00 horas del 13 de marzo de 1990, declaró:

"Que la norma invocada artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley #4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), es absolutamente clara e incondicionada, en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior." "Que, concretamente, el artículo 474 inciso 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales al restringir el recurso de casación contra el fallo penal condenatorio a los casos de condena por dos o más años de prisión y otros, en juicio común, o por más de 6 meses de prisión u otros, en el de citación directa, viola la norma invocada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por lo que deben tenerse por derogadas esas restricciones, y por otorgado el recurso contra toda sentencia penal por delito sin ninguna excepción" (Considerandos III, IV y V).

II. Si bien en el mismo fallo #282-90 citado se declaró la derogatoria pura y simple de dichas limitaciones, con lo cual debe admitirse a partir del mismo el recurso de casación contra toda sentencia penal por delito, sin necesidad de pronunciamiento específico en la acción de inconstitucionalidad, sobre todo porque, además, la jurisprudencia y precedentes de esta Sala son vinculantes erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), no obstante, como ahí se dijo también, (considerandos I y II) nada obsta a que la inconstitucionalidad de las normas así derogadas se declare también cuando se haya planteado en esta vía, de conformidad con lo dispuesto expresamente por el artículo 73 inciso d) de la misma Ley.

III.- No obstante, la inconstitucionalidad, encontrada por la Sala, del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, tanto la alegada concretamente de su inciso 2º, como la del inciso 1º por la misma razón, no resulta extensible, como lo pretende el recurrente, a los artículos 447, 454, 458 y 472 del mismo Código. En efecto: no contraviene el derecho fundamental al recurso contra la sentencia (condenatoria) a favor del imputado por delito, el hecho de que el derecho a recurrir en materia penal, en general, se limite a los casos expresamente previstos, conforme al artículo 447, siempre que, como ahora se resuelve no se restrinja respecto de la sentencia; tampoco contraviene ese derecho fundamental el que se restrinja o condicione respecto de otros actos procesales diversos de la sentencia (artículo 454); o el que se prevea su rechazo cuando sea inadmisibles o manifiestamente improcedente (artículo 458); o, finalmente el que se limite el recurso de casación a las sentencias definitivas o a los autos con carácter de tales (artículo 472). Lo único que, obviamente, impone la Convención Americana es la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior contra la sentencia penal por delito, de manera que al declararse inconstitucionales las limitaciones impuestas por el artículo 474 incisos 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales, los requerimientos del artículo 8.2 inciso h) de la Convención estarían satisfechos, con la sola salvedad de que el de casación no fuera el recurso ante juez o tribunal superior, en los términos de dicha norma internacional.

IV.- En cuanto a este último punto, la Sala considera que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso.”

Sala Constitucional. Nº 719 de las 16,30 horas del 26 de junio de 1990.

6) Detención improcedente por no estar firme la sentencia

“Como lo resolvió esta Sala, en acción de inconstitucionalidad -promovida por el Licenciado ... contra el artículo 474 inciso segundo del Código de Procedimientos Penales y otros del mismo texto, por considerarlos violatorios del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 7 de la Constitución Política que se tramitó bajo el expediente número 10-90, las sentencias dictadas por los jueces penales que impongan penas aún por menos de dos años de prisión, en juicio común, o de seis meses o menos, en el de citación directa, tienen recurso de casación para ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con lo anterior, por encontrarse en libertad la recurrente, no procedía dictar su detención sino hasta que la sentencia estuviera firme, tomando en cuenta su no peligrosidad, el tipo de delito por el que

se le condena y la duración de la pena. Al no haber actuado así el recurso deviene procedente por lesión de su derecho fundamental a la libertad personal.”

Sala Constitucional. Nº 817 de las 15,30 horas del 17 de julio de 1990.

7) El Hábeas Corpus no procede para atacar sentencia de casación por supuesta violación al debido proceso y al derecho de defensa.

“UNICO.- En la propia ley número 7128 de la Jurisdicción Constitucional se agregó un inciso 6º, al artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, permitiendo el recurso de revisión cuando la pena impuesta en sentencia firme, lo hubiera sido con quebranto de las normas que regulan el debido proceso o sin conceder al condenado oportunidad de defensa, la alegación planteada por el recurrente resulta entonces ser propia de un recurso de esa índole y no del de hábeas corpus.”

Sala Constitucional. Nº 847 de las 15,30 horas del 20 de julio de 1990.

8) La revocatoria de la ejecución condicional está referida al límite de la pena con que se sanciona el ilícito.

“La interpretación que el artículo 63, inciso 2) del Código Penal hace el recurrido -motivo del reclamo del presente recurso- está correcta, toda vez que dicha disposición se refiere, no a la fijación de la pena que debe imponerse en un caso concreto al condenado, sino a los límites de la pena de prisión que señala el Código indicado para determinado delito. Límite que, en su extremo mayor, no puede exceder -en ningún caso- de seis meses para el nuevo delito doloso que, eventualmente, pudiera ser cometido por el ya condenado dentro del término por el cual le hubiere sido concedido el beneficio de condena de ejecución condicional. Correctamente revocado el beneficio de que gozaba el recurrente -por haber cometido un nuevo delito doloso, sancionado con pena de prisión mayor de seis meses, dentro del término acordado- la prisión inherente deviene legítima, no lesiona derechos fundamentales y el recurso es improcedente”.

Sala Constitucional. Nº 722 de las 8,40 horas del 28 de junio de 1990.

II.- RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A.- Derecho Penal

1.- Inconstitucionalidad de la tesis que califica al libramiento de cheque como delito formal.-

“1.- Acogiendo como válida una vieja clasificación de los delitos (por cierto hoy superada por la doctrina moderna),

algunos sectores de nuestra jurisprudencia han indicado que el delito de libramiento de cheques sin fondo es un "delito formal", queriendo decir con ello que basta la realización de la conducta para que el delito se estime tipificado culpablemente. Por esta razón sostienen que es suficiente que un sujeto gire un cheque sin tener provisión de fondos, para que sin mayor indagación se configure el ilícito previsto en artículo 243 del Código Penal, aunque lo haya girado en garantía de pago de una obligación pecuniaria. Esta tesis es inconstitucional y así lo declaró la Corte Suprema de Justicia desde 1954 (cuando el pleno conocía del Recurso de Inconstitucionalidad). En efecto, para esa época el artículo 40 de la entonces "Ley sobre Cuenta Corriente Bancaria y Cheque" (luego derogada por el Código de Comercio en 1964) disponía que independientemente de la intención, por tratarse de un delito formal, incurrirá en defraudación el que girare un cheque que en los casos y condiciones en el inciso... del artículo... del Código Penal".-

La Corte Suprema de justicia en Sesión del 18 de noviembre de 1954, con gran sentido de responsabilidad declaró que esa norma era contraria al artículo 39 de la Constitución Política, entre otras razones porque "...al tener como realizado el delito por el simple hecho de emitir y firmar el cheque, le da éste el carácter de plena prueba contra el girador, el cual fuera de casos muy limitados, no tendría medios de justificar su falta de voluntad de cometer el delito...", para concluir en que esa norma, "... está restándole al delito no sólo uno de sus elementos esenciales que es la culpabilidad sino que también pasa por alto uno de los presupuestos necesarios para imponer una condenatoria, de acuerdo con lo que dispone el artículo 39 Constitucional, o sea la necesaria demostración de la culpabilidad del indiciado..." (Resolución citada en la Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada y concordada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, Editorial Juricentro, San José, 1984, pp. 196 y 197). De lo anterior podemos extraer, entre otras, tres conclusiones básicas: Primero, que la interpretación jurisprudencial que sostiene que el delito de libramiento de cheques sin fondos es de carácter formal, es contraria a nuestra Constitución Política; Segundo, que por jurisprudencia no podría ponerse en vigencia lo que no pudo hacerse por medio de una ley de la Asamblea Legislativa, si ésta se declaró inconstitucional; y Tercero, debemos concluir en cuanto al fondo, que no puede aplicarse automáticamente la sanción penal a quien gire un cheque sin tener recursos, puesto que resulta indispensable demostrar además de otros factores, entre ellos la efectiva lesión al bien jurídico tutelado con el ilícito de libramiento de cheques sin fondos, conforme lo señala un sistema constitucional que exige previa demostración de culpabilidad, para lo cual deben examinarse las circunstancias de cada caso.-

II.- Descartado el automatismo de la responsabilidad penal en esta clase de ilícitos debemos observar como, partiendo del principio de que toda persona pueda disponer en forma libre de su propiedad y que existe legitimación para adquirir derechos y

contraer obligaciones, algunos sujetos recurren al documento denominado cheque para garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria, utilizándolo como un instrumento de crédito en lugar de orden incondicional de pago. Esa conducta realizada por dos sujetos de derecho privado, con pleno conocimiento de que la cuenta corriente no tiene fondos suficientes para cubrir el importe del cheque al momento del giro, y con plena voluntad de utilizar el cheque como documento de crédito, en nuestro criterio no es delictiva (ni para el que gira en descubierto, ni para el que recepta a sabiendas) porque no afecta ni sorprende a ninguno de ellos, ni a terceros, y se despliega con fundamento en varias disposiciones legales que garantizan la libertad de negociación respecto de bienes patrimoniales, como por ejemplo los artículos 20, 28, 41, 43 y 45 de la Constitución Política; 264, 266, 287, 290, 295, 480 s.s., 627 s.s., 764 s.s., 1008 s.s., 1367 s.s. y 1034 s.s. del Código Civil; y 411 s.s., 438 s.s. y 667 s.s. del Código de Comercio. De todas esas normas debe resaltarse el contenido del artículo 28 constitucional, que permite excluir la responsabilidad penal, en este caso, en virtud de disponer que "las acciones privadas que... no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley..."-

III.- Finalmente, además de las razones antes expuestas, la conducta analizada no constituye delito por no lesionar ni poner en peligro el bien jurídico tutelado. El delito de libramiento de cheque sin fondos es un ilícito pluriofensivo, por afectar en primer término "la confianza pública" y en segundo lugar el "patrimonio" de un determinado sujeto. La primera de esas tutelas parte del supuesto de que el cheque va a circular entre los ciudadanos como una orden incondicional de pago, por ser esa la característica principal que la ley le atribuye, prácticamente como sustitutivo de dinero, y que podría afectarse (peligro) a terceros de buena fe que creyendo que el documento sí reúne las condiciones de instrumento de pago, lo aceptan como tal, sintiéndose posteriormente defraudados. Ello afecta a la colectividad, poniéndose en peligro "la confianza pública" en la medida en que existe interés general en que los cheques sean aceptados con todas las características que la ley les atribuye, a efecto de no entorpecer las relaciones patrimoniales de los ciudadanos y del Estado. Sin embargo cuando se usa el documento para garantizar una obligación, con pleno conocimiento y voluntad, tal conducta escapa a la sanción penal por no ser idóneas para poner en peligro o afectar el bien jurídico. Es cierto que el delito de libramiento de cheques sin fondos es un delito de peligro abstracto, sin embargo ello no exime del deber de analizarse en cada caso la conducta acusada para determinar si es peligrosa para el bien jurídico tutelado. En esa perspectiva lo primero que debe existir es el peligro, y éste debe ser real, efectivo, cierto. Pero en un caso como el presente, en que se le informa al tomador que el cheque no tiene fondos para ser cubierto, y se entrega el documento como garantía de pago, el peligro para la "confianza pública" no existe, al menos en el comportamiento del girador, y tampoco lo existirá en el del tomador siempre que no ponga a circular el documento, o que lo haga informándole al nuevo tomador las circunstancias en

que se giró el documento, porque no dañan a ningún tercero, conforme al artículo 28 de la Constitución. (Sobre los delitos de peligro véanse Patalano, Vincenzo. Significato e Limiti della Dommatica del Reato di pericolo, Jovene, Napoli, 1975, p.p. 173 s.s. y Escrivá Gregori, José María. La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal. Boch, Barcelona, 1976, pp. 63 s.s.). La acción culpable en este tipo penal consiste en girar un cheque con conocimiento y voluntad de que se hace sin tener provisión de fondos, poniéndolo a circular como si se tratara de un documento de pago, y ocultando que no tiene ni tendrá fondos suficientes para ser cubierto. En igual sentido, el tomador del cheque sin fondos incurre en la responsabilidad prevista en el artículo 243 bis del Código Penal sólo cuando pone el documento a circular indebidamente, pues de lo contrario no existe tercero afectado con su proceder, salvo que hubiere incurrido en otro tipo de responsabilidad penal al exigir coactivamente un cheque para garantizarse una obligación pecuniaria. Por otra parte, tampoco existe peligro para el otro bien jurídico. El patrimonio, en virtud de que el tomador del cheque recibe el documento para garantizar una obligación pecuniaria, a sabiendas de que no tiene fondos para ser cubierto, y acepta esa "garantía" sin ser sorprendido, por la falta de pago inmediato. Ello no afecta el patrimonio al momento de girarse el documento, aunque posteriormente el girador cancele la "deuda", pues esto último constituye otro hecho que escapa a la descripción del tipo penal, y además porque la prisión no puede fundarse en una deuda. En síntesis, salvo que recurramos a la tesis de la "formalidad" del delito, con violación de principios constitucionales, en los supuestos de hecho que se analizan no existe ningún peligro para la confianza pública ni para el patrimonio. Es probable que al reducir la sanción penal sólo a esos supuestos, en virtud de los principios constitucionales citados el cheque deje de ser utilizado como instrumento de crédito, ya que perdería el "atractivo penal", al no poderse "cobrar" por medio del sistema penal con la imposición de una pena y con los efectos civiles consiguientes. Desde luego, tratándose de razones que eximen de responsabilidad, cada interesado debe acreditar en el caso concreto que giró o entregó el cheque informado que no tenía fondos suficientes, para lo cual no basta con alegarlo. En síntesis, cuando se operan esos supuestos la solución acertada debe ser la de excluir la responsabilidad penal. Por todas esas razones la mayoría de la Sala estima que debe rechazarse el recurso de casación por el fondo interpuesto por la Agente Primero Fiscal de San José, contra la sentencia absolutoria en favor del imputado, con el voto salvado de los magistrados Guzmán y Gamboa."

Sala Tercera. Nº 15 de las 9,55 horas del 12 de enero de 1990.

2.- Análisis sobre la ubicación y tipo de bien jurídico tutelado en el libramiento de cheque sin fondos.-

"En la parte del recurso que fue admitida, el señor defensor alega violación al artículo 77 del Código Penal, porque en su criterio concurren las circunstancias del delito continuado, por lo que

de conformidad con esa norma debió condenarse al imputado a una pena igual a la del hecho más grave aumentada en otro tanto. El tribunal tuvo por cierto que "... el imputado giró doce cheques de la cuenta personal del Banco Nacional de Costa Rica, a favor de..., con diferentes fechas, todos del año 1987, y por diferentes sumas de dinero...", con lo que la mayoría de esta Sala estima que se evidencia una continuidad en su proceder. En efecto, según se infiere del resto de la sentencia, el imputado laboraba en una Agencia de Viajes, y en su relación con otra Agencia le giró esos cheques para adquirir tiquetes de avión. Evidentemente ello refleja una misma finalidad en su proceder, por lo que en la especie concurren los presupuestos que el artículo 77 señala en una de las categorías o clases de delitos continuados, a saber: a) se trata de delitos en concurso, por que el Tribunal señaló que concurrían los doce delitos en concurso material; b) todos los delitos son de la misma especie, incluso en este caso del mismo tipo penal; c) todos afectan bienes jurídicos patrimoniales, pues los delitos de libramiento de cheque sin fondos son pluriofensivos, afectan la confianza pública, pero también el patrimonio de terceras personas; y, ch) el agente persiguió con su conducta una misma finalidad, según se expuso antes. Cabe observar, en relación con el tercer requisito del delito continuado, que la doctrina ha discutido mucho sobre la ubicación y sobre el tipo de bien jurídico lesionado con el delito de libramiento de cheques sin fondos, razón por la que unos lo ubican como delito contra la fé o la confianza pública, otros lo catalogan como un delito contra el patrimonio, e incluso algunos estiman que debe ubicarse entre los delitos contra la libertad. Sin embargo, la doctrina es prácticamente unánime al considerar ese ilícito como pluriofensivo, independientemente del lugar donde lo ubique el legislador. En efecto, "...se trata de tipos pluriofensivos, que giran en torno a la protección del patrimonio individual, del comercio y la fé pública, y que la escogencia de uno de los bienes, expresada en la ubicación formal dentro de los diferentes capítulos del Código, refleja las preferencias del legislador al determinar la prevalencia de los bienes del juego" (Así TOCORA, Luis Fernando. Protección penal del Cheque, Temis, Bogotá, 1984, p. 21. En igual sentido, entre muchos otros, véanse TERRAGNI, Marco Antonio, El Cheque, Hammurabi, Buenos Aires, 1985, pp. 14 ss.; BORINSKY, Carlos, El Derecho Penal del Cheque, Astrea, Buenos Aires, 2a reimposición, 1982, pp. 39 s.s.; TERAN LOMAS, Roberto. El Cheque ante el Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2a edición actualizada, 1986, pp. 43 ss.; y GOMEZ LEO, Osvaldo. Instituciones de Derecho Cambiario. El Cheque, Depalma, Buenos Aires, 1985, tomo III, p. 423 ss.). Esta uniformidad de la doctrina, al considerar que el delito de libramiento de cheques sin fondos también lesiona el patrimonio, independientemente de su ubicación entre el respectivo Código Penal, nos permite concluir que los requisitos a que se refiere el artículo 77 citado concurren en la especie, en especial que ese ilícito afecta bienes jurídicos patrimoniales. En el caso costarricense se ratifica aún más, porque si el girador cubre el importe del cheque en el plazo prevenido, no se aplica la pena en virtud de la excusa legal

absolutoria, con lo que la imposición de la pena queda condicionada a una lesión patrimonial.”

Hay dos votos salvados. Sala Tercera, N° 118 de las 9,55 horas del 4 de mayo de 1990.

3.- Datos esenciales que debe reunir un cheque.

“La sentencia en el considerando de fondo entra a analizar las fórmulas de los cheque que giró..., de lo cual concluye que las mismas no cumplen en su totalidad con los requisitos exigidos por el artículo 803 del Código de Comercio. Dice que en ellas no se indica el lugar de expedición del cheque y como el artículo 804 del mismo Código dispone que el título que no llene los requisitos consignados en el artículo anterior, sea el 803, no se considerará como cheque, los títulos examinados no son cheques por faltar en ellos la indicación del lugar en donde fueron expedidos, por lo que en el caso no se cometió el delito de libramiento de cheques sin fondos. Al anterior razonamiento, que en criterio de la Sala es equivocado, pues parte de una concepción formalista del delito de libramiento de cheques sin fondos que en la actualidad no aceptan quienes integran esta Sala, debe decirse que el artículo 670 del Código de Comercio establece que si en un título como los examinados no se menciona el lugar en donde se giró o expidió, ni el lugar de su pago, o alguno de estos dos requisitos, se considerará que ha sido emitido y que debe ser pagado en el domicilio del librador. Además de que, por otra parte, del mismo artículo 803 párrafo final se desprende que los datos esenciales del cheque son los que resulten necesarios para indentificar al tomador y al girador del documento, como para la seguridad del título, para evitar falsificaciones o alteraciones, entre otros, de manera que la prevención contenida en el artículo 804 debe entenderse limitada a los datos o aspectos esenciales del cheque y no el referente al lugar de su expedición. De suerte que indicar en dónde se emitió el título no tiene más efecto que definir cuando debe presentarse el cheque para su pago, conforme así lo dispone en este sentido el artículo 830 del aludido Código de Comercio”.

Sala Tercera, N° 142 de las 9,35 horas del 25 de mayo de 1990.

4.- Importancia de la pena impuesta para efectos de revocatoria de la ejecución condicional.

“II. El asunto se centra en determinar si por la pena que le fue impuesta a... de seis meses de prisión por un delito doloso cometido durante el período de prueba, se le debe o no revocar la condena de ejecución condicional acordada a su favor en la causa seguida en su contra por el delito de Tenencia y Fabricación de Ganzúas y otros Instrumentos, en que se le condenó a tres meses de prisión. Es criterio de la Sala que al decir el artículo 63 inciso segundo del Código Penal, que ese beneficio se pierde si se “comete nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor de seis meses de prisión”, se está refiriendo a la pena impuesta y no a la posible sanción o pena en que pueda incurrir quien

comete un delito por segunda vez; pues sancionar es sinónimo de penar y castigar, en un sentido amplio de la palabra. Sobre el concepto de “sancionado” Cabanellas apunta que “esta última y necesaria acepción, técnica y popular siempre, ha sido resistida largamente por académicos y antiguos expositores, pero ha sido ya “sancionada oficialmente”. (Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo III). Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española dice que una de las acepciones de sancionar es la de “aplicar una sanción o castigo”. De ahí que, interpretando la situación creada en beneficio del imputado, debe aceptarse la tesis en el sentido de que el artículo 63 alude a la pena de prisión que para el caso concreto imponga el Tribunal en sentencia y no la pena establecida para el tipo penal por el cual se condena de nuevo a quien goza de una suspensión de pena, ya que esto último es un hecho objetivo que califica la revocatoria o no de ese beneficio...”.

Sala tercera. N° 143 de las 9,40 horas del 25 de marzo de 1990.

5) La participación criminal en la Ley de Sicotrópicos

“...debe tenerse cuidado con la interpretación de los verbos contenidos en el artículo 16 de la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, los que a su vez vienen a delimitar las conductas ilícitas que el legislador estableció para su correspondiente sanción (verbos “delictorios”). Asimismo cabe advertir que, además de todos los verbos contenidos en dicha norma, al final del primer párrafo de la misma se agregó una frase de carácter residual que de modo amplio abre el tipo y penaliza de igual forma al que “...de alguna manera o por cualquier medio, facilite el tráfico de drogas que causen dependencia”, lo que implica la inclusión de cualquier modalidad de participación criminal (la complicidad entre ellas) a nivel de autoría. Es decir que el legislador no dejó la posibilidad en este artículo (16 ibid) de calificar las conductas ahí contempladas de un modo diferente a la calidad de autores para los imputados que se encuentran dentro de él (distribuir, suministrar, elaborar, preparar, cultivar, transformar, etc...). Lo anterior significa que las reglas que definen la participación en nuestro Código Penal (complicidad e instigación, arts. 46 y 47) no operan en la presente materia, que se regula por la ley especial N° 7093 sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no autorizado y Actividades Conexas (con vigencia a partir de mayo de 1988). Desde luego que la particular forma de legislar observada en la mencionada ley -sin entrar a calificar sus dificultades y falta de tecnicismo- responde a otros conceptos que en alguna medida se apartan de los principios del Código sustantivo. Con base en lo expuesto debe señalarse que, como bien lo argumenta el representante del Ministerio Público, no podían los juzgados de mérito concluir sin quebrantar el referido artículo 16, que las operaciones o labores desplegadas en atención a lo que ellos denominan etapas del proceso para el tráfico de drogas (...que da “inicio con la siembra de la marihuana y terminaba con la distribución de ella en el mercado...” (f.345 fte) pueden dividirse para sancionar algunas conductas como modos de cooperación que suponen complicidad y no

autoría. Resulta indudable que el financiamiento para el cultivo, la preparación, fabricación o elaboración, transformación o producción, así como el posterior suministro o distribución -entre otras actividades- aunque forman parte de todo ese proceso de trasiego de drogas, el legislador las sancionó por separado (a cada una de ellas) como conductas independientes que por sí solas están sancionadas con la misma pena de prisión (de ocho a veinte años), al igual que se señala para el que "...de alguna manera o por cualquier medio facilite el tráfico de drogas que causen dependencia" (art. 16 *ibid*). De ese modo quedaron cerrados los caminos para interpretar que en algún caso la colaboración que brinden los imputados en una etapa del proceso de tráfico de estupefacientes pueda ser considerada como complicidad (como equívocamente lo afirma el a quo al decir que (dos de los imputados) únicamente procesaban las hojas de marihuana, limitándose a prestar su cooperación para la comisión del hecho punible). Así pues, todos los que realicen la conducta que describen los verbos delictivos (distribuir, suministrar, fabricar, elaborar, preparar, transformar, extraer, cultivar, transportar, etc.) son autores del hecho ilícito referido, como también lo son quienes lo facilitan "...de alguna manera o por cualquier medio...".

Sala Tercera Nº167, de las 10,10 horas del 15 de junio de 1990.

6) Pronunciamiento sobre responsabilidad civil pese a absolución del acusado

"-El recurrente alega la violación de los artículos 106 y 395 inciso 2º, en relación con el 400 inciso 4º, todos del Código Procesal Penal. Como los motivos primero y segundo están debidamente complementados (toda vez que la fundamentación contradictoria conduce invariablemente a la falta de fundamentación) uno y otro aspecto serán examinados como un solo contenido. El sustento esencial del reclamo consiste en que el juzgador de mérito, pese a haber decretado la absolución de... con apoyo en el "in dubio pro reo", declaró con lugar la acción civil resarcitoria incoada por la representante de las ofendidas. El impugnante apunta que se tuvo por acreditado que ... conducía el vehículo causante del accidente en "condiciones climatológicas adversas" (f. 90), además de tenerse expresamente como hechos no probados" 1) que el aquí encausado haya ido conduciendo a excesiva velocidad; 2) que el vehículo rural del Servicio Municipal (en cuya parte trasera chocó el primero), haya tenido los intermitentes direccionales, indicando que iba a doblar hacia su izquierda y que haya estado en la posición correcta para ello..." (la explicación entre paréntesis no es del texto) (ver f. 91).- Lo anterior determina, según el criterio del impugnante, que hay una grave contradicción lógica y jurídica en la fundamentación de la sentencia, pues es absurdo afirmar que aunque el imputado no haya observado una conducta imprudente, se fije su responsabilidad civil con base únicamente en que los daños sufridos por las lesionadas que viajaban en el vehículo de aquél son jurídicamente resarcibles. En efecto, el reproche está justificado. Aunque nuestro ordenamiento proce-

sal faculta a los tribunales de juicio a pronunciarse sobre la responsabilidad civil pese a la absolución del acusado (ver artículo 11 en relación con el 398, ambos del Código de Procedimientos Penales), ello debe hacerse en las situaciones donde quede claro que tal indemnización es posible (ver al respecto Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba; Ed. Lerner, 2da. Edición. Argentina, 1986 p.32). De ahí, pues, que era necesario que el a-quo hubiese establecido con exactitud, si el razonamiento que lo llevó a acoger la acción civil resarcitoria deriva de alguna consideración o circunstancia que la misma ley permite, porque en la forma en que lo hace (teniendo inclusive por una parte hechos probados que no establecen la responsabilidad culposa del citado ..., y por otra parte hechos no demostrados que igualmente descartan la falta al deber de cuidado de aquél) ciertamente se presenta una contradicción incomprensible e irreconciliable en la sustentación del fallo en lo que a este aspecto concierne."

Sala Tercera. Nº192 de las 9,45 horas del 13 de julio de 1990.

7) Distinción entre cohecho y concusión.

Efectivamente al a-quo tuvo por acreditado que el imputado, quien tenía como recargo la Jefatura Regional de Migración de Ciudad Neilly, le cobró a ... la suma de cinco mil colones por legalizar su situación en el país, para lo cual le entregó el carné correspondiente (ver hechos 2 y 3 a folios 106 vuelto y 107 frente), y la calificación jurídica que corresponde a tales hechos lo es el delito de Concusión del artículo 346 del Código Penal. La doctrina en forma mayoritaria distingue este delito (reconocido como una modalidad de exacción) del Cohecho, precisamente en que se da este último cuando el ofrecimiento proviene del interesado, mientras que en la Concusión el funcionario pide o exige (ver entre otras, obra de Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo V; Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976; p. 196; obra de Breglia Arias y Gauna; Código Penal anotado; edit. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 921; asimismo Rodríguez Devosa, J.; Derecho Penal Español, parte Especial, ed. Dykinson, Madrid, 1989, p. 1202, con ligeras modificaciones que no afectan el fondo del cuestionamiento). Con base en lo expuesto debe concluirse que el razonamiento del tribunal está correcto por lo que el reclamo debe denegarse."

Sala Tercera, Nº 196 de las 10,05 horas del 13 de julio de 1990.

8) Vencimiento de la capacidad de resistencia de víctima de abusos deshonestos.

"I.- El defensor del imputado alega por el fondo que se violaron los artículos 1, 2, 156 inciso 2º y 161 del Código Penal, porque el tribunal realizó una interpretación extensiva del tipo y aplicó la figura delictiva por analogía, en virtud de que en este asunto la víctima tenía capacidad para resistir, y era mayor de doce años, en cuyo caso no existe el delito de abusos deshonestos. El Tribunal tuvo por cierto que la ofendida se presentó a una

farmacia que era atendida por el sentenciado, a comprar unas pastillas para el dolor. Que el sentenciado le solicitó a la ofendida que se sometiera a un breve examen para recetarle otras pastillas, la pasó a un cuarto o pequeña bodega,"... y allí le pidió a la menor se bajara un poco su cnagua y una vez que ésta lo hizo le palpó el bajo vientre, pero sin alcanzar a tocarle sus partes íntimas. Acto seguido, el imputado le alzó la blusa a la menor y le subió un tanto el brasier, advirtiéndole a la menor que podía tener los bustos inflamados y que necesitaba examinarla, procediendo a palparle los senos y en determinado momento y en forma sorpresiva introdujo uno de los senos en su boca, expresando la menor "pero qué está haciendo" retirándose inmediatamente del establecimiento, mientras el imputado le pedía disculpas diciéndole que se había alterado..." (hecho marcado "a" en la sentencia, ff. 78). En virtud de que la menor es mayor de doce años, pues a la fecha de los hechos tenía catorce años de edad, el recurrente estima que se aplicó en forma extensiva el delito de abusos deshonestos, porque de acuerdo con los artículos 156 y 161 del Código Penal, se requería del uso de violencia corporal o intimidación, que en el caso de autos no se dio, o bien que la ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir. Afirma la defensa que en este caso la menor tenía plena capacidad para resistir el acto, razón por lo cual no concurren los presupuestos del ilícito por ello solicita que se absuelva al imputado.-

II.- El reproche del señor defensor no lo comparte la Sala. Como bien lo señaló el Tribunal, el imputado colocó a la menor en una situación en la que no podía resistir el abuso sexual del cual fue objeto, porque se prevaleció de su condición de farmacéutico para practicarle un examen físico a la ofendida, quien por ello dejó que le levantaran su ropa y le descubrieran sus senos, lo que aprovechó el imputado para llevarse uno de ellos a su boca. En las circunstancias en que el imputado actuó evidentemente la víctima se encontraba imposibilitada para resistir el abuso, por lo sorpresivo del acto. En el fondo lo que el agresor sexual hizo fue vencer la posibilidad real de defensa de la víctima mediante el ardido de que pretendía practicarle un examen físico para recetarle algún medicamento contra el dolor. Venció esa capacidad de resistencia prevaleciéndose de su condición de farmacéutico, y por ello realizó el hecho en circunstancias en que la víctima se hallaba incapacitada para resistir. De haber conocido sus intenciones la menor no hubiere permitido que le descubrieran sus senos y menos que se los besaran, conforme lo concluye el Tribunal, partiendo de la reacción de la víctima al percatarse de que era objeto de una agresión sexual. De esa manera el autor no tuvo necesidad de recurrir a la violencia para lograr su propósito, no obstante que no contaba con el consentimiento de la víctima. Comentando un caso similar, Fontan Balestra afirma que en esas circunstancias "...no debe repararse tanto en la imposibilidad física de resistir por obra de la posición en que la mujer se encontraba, como en el desconocimiento del verdadero acto que se iba a ejecutar, y como consecuencia de tal desconocimiento, la falta de manifestación de voluntad de la mujer opuesta al acto, mediante resistencia" (Fontan Balestra,

Carlos, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, tomo V, p. 83). Esa anulación a la capacidad física de resistencia provocada por la confianza de la víctima al prestar su concurso para ser sometida a un examen médico exclusivamente, como elemento constitutivo del delito de violación en los términos del inciso 2º del artículo 156 del Código Penal, y en consecuencia, también como elemento constitutivo del delito de abusos deshonestos, es reconocida ampliamente en la doctrina (véanse autor antes citado, Rivero Juan Marcos, Comentarios al Código Penal, Juriscentro, San José, 1989, p. 229; Nuñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Omeba, Buenos Aires, 1964, Parte Especial, tomo IV p. 258-259; Lopez Bolado, José Daniel, Violación, estupro, abuso deshonesto, Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 183, y Espinoza Vasquez, Manuel, Delitos Sexuales, Marsol Perú Editores, Perú, 1983, p. 74). En síntesis, de acuerdo con los hechos probados en la sentencia, el imputado realizó actos libidinosos en perjuicio de la menor, aprovechando que ésta se encontraba física y transitoriamente incapacitada para resistir, lo que tipifica como abusos deshonestos en el artículo 161 citado, y por esa razón debe rechazarse el recurso.-"

Sala Tercera, Nº 203 de las 10, 40 horas del 13 de julio de 1990.

9) Análisis del concepto "monumento arqueológico" utilizado en la Ley de Patrimonio Nacional."

"II.- El juzgador de instancia absolvió a la imputada al estimar que desde el punto de vista jurídico monumento mueble debe constituir una obra de arquitectura o una escultura de considerable tamaño, y que en todo caso esa obra debe ser declarada como "monumento" por el valor artístico o histórico en un determinado momento. En consecuencia, en virtud de que los objetos arqueológicos decomisados son de poco tamaño, pues se trata de metates, efígies, vasijas, escudillas, ocarinas, cinceles, mazas, cilindros, etcétera, el juzgador absolvió a la imputada. La ley de Patrimonio Nacional Arqueológico (No. 6703 del 28 de diciembre de 1981) hace referencia a los monumentos arqueológicos muebles, al señalar en el artículo 14 que éstos no pueden ser trasladados sin previa notificación al Registro Público del Patrimonio Arqueológico, bajo el apercibimiento de aplicar la sanción penal prevista en el artículo 22 de esa ley. Sin embargo, el legislador no definió lo que debía entenderse por "monumento arqueológico mueble". El juzgador de instancia utilizó la definición del "Diccionario Larousse Ilustrado" para concluir que los monumentos son objetos de gran tamaño, y por ello descartó las piezas arqueológicas decomisadas. Resulta de vital importancia, entonces, determinar los alcances jurídicos de ese concepto. En tal sentido es de utilidad, recurrir al derecho comparado, concretamente a la definición que contiene la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, de México, país que se ha caracterizado por su alto desarrollo de la arqueología y la conservación del patrimonio arqueológico, el cual dispone en el artículo 28 que "son monumentos arqueológicos los bienes

muebles e inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, de la flora y de la fauna, relacionados con esas culturas" (Ley de 28 de abril de 1972, publicada en el Diario Oficial mexicano del 6 de mayo de 1972. Tuvimos a mano una edición del Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1979).- Como puede observarse, el concepto de monumento no se relaciona con el tamaño físico de los bienes, sino con la trascendencia histórica y cultural del objeto, por su significación para el desarrollo histórico, antropológico y arqueológico del país. En igual sentido, y desde el punto de vista gramatical, la palabra monumento no está exclusivamente asociada a la idea de objeto de gran tamaño físico. El "Diccionario de la Real Academia Española" señala que monumento es un "objeto o documento de utilidad para la historia, o para la averiguación de cualquier hecho. Obra científica, artística o literaria, que se hace memorable por su mérito excepcional..." (Vigésima edición, Madrid, 1984, tomo II, p.926). Se trata, entonces de bienes de gran significación y de gran relevancia, no por el espacio físico que ocupan, sino por su mérito excepcional. Es así que gran cantidad de obras de arte miden escasos centímetros y ocupan pequeños espacios, son consideradas como monumentos por su significación artística y cultural. Esta concepción jurídica y lingüística del monumento ya la acogió el legislador costarricense, al ratificar varias convenciones internacionales, adquiriendo incluso un rango superior a la ley, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política. En efecto, la "Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural", suscrita por Costa Rica, "ad referendum" en París, Francia, el 23 de noviembre de 1972, y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley Nº. 5980 del 16 de noviembre de 1976 (Publicada en La Gaceta Nº 246 del 24 de diciembre de 1976), define en el artículo 1 que los monumentos son "obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia". En similares términos, la "Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas" (Convención de San Salvador), aprobada el 16 de junio de 1976 en Santiago de Chile, y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley 6360 de 5 de setiembre de 1979 (Publicada en La Gaceta Nº. 177 del 21 de setiembre de 1979), dispone en el inciso a) del artículo 2 que monumentos son "objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas...". Con lo anterior se evidencia que el sentido de monumento arqueológico mueble, utilizado en la Ley de Patrimonio Nacional, Arqueológico, no puede ser otro que el de bienes arqueológicos, restos humanos, de la fauna y flora relacionados con las culturas indígenas americanas, de una importante significación histórica y cultural, con independencia del tamaño físico de los objetos. Esa concepción se encuentra íntimamente ligada a lo estatuido

en el artículo 1 de esa misma ley, al señalarse que el patrimonio nacional arqueológico está constituido por "los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna relacionados con estas culturas".-

III.- Ciertamente debe observarse que en el fallo de mérito, el juzgador de entonces tuvo por acreditado que "...las piezas decomisadas no son de los considerados (sic) monumentos de valor histórico (véase declaración del Licenciado Acosta Soto y juego de fotografías aportadas por la defensa e incorporadas al debate -file separado-)" (ver folio 232 vuelto, líneas 26 a 29, hecho probado señalado con la letra c), pero ello, más que un hecho, constituye una apreciación o un criterio del a-quo que se contrapone precisamente a la descripción de los objetos arqueológicos (descalificado como "monumentos" equivocadamente por su tamaño) que dieron origen a la presente causa, contenida en el cuadro fáctico que el propio juez tuvo por establecido (ver folio 232 frente y vuelto), así como a su propio razonamiento de fondo -exceptuando, desde luego, su conclusión- (ver en especial folios 233 vuelto, 234 frente y 235 frente), de donde se deriva de tales objetos arqueológicos, un valor cultural e histórico indiscutibles con el carácter de "monumentos". Por esa razón y porque como bien se explicó en el anterior Considerando, nuestro país ratificó diversas convenciones internacionales que se asimilan a la legislación propia (al rango superior a la ley) con el fin de proteger el patrimonio arqueológico nacional de actos ilícitos como el investigado, debe acogerse el recurso por el fondo que presentó en su oportunidad el Ministerio Público. Se casa la sentencia impugnada en cuanto a la absolutoria y se resuelve declarar a... autora responsable del delito de Infracción a la Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico (artículos 14 y 22 por el traslado de monumentos arqueológicos dentro del territorio nacional sin la notificación respectiva en perjuicio del Patrimonio Arqueológico Nacional."

Sala Tercera Nº211 de las 10,40 horas del 20 de julio de 1990.

10) Diferencia entre peculado y malversación

"El delito de Malversación del artículo 354 se diferencia del delito de Peculado del artículo 352 *ibid*, y así lo reconoce la doctrina penal que informa ambas normas punitivas, en que en la Malversación la aplicación diferente a aquella a que los fondos estaban destinados, debe ser dentro de la misma administración (cfr. al respecto Breglia Arias y Gauna, *ob. cit.*, pág. 905), pues la sustracción o distracción de bienes públicos con fines particulares o con cualquier otro de carácter privado, dan lugar al ilícito de Peculado si se dan las demás características del artículo 352 de comentario. Por todo lo expuesto, sin lugar al recurso.-"

Sala Tercera, Nº 221 de las 9,15 horas del 10 de agosto de 1990.

11) Legítima defensa y bien jurídico tutelado.

“VI.- Violación de normas sustantivas (arts. 28, 30 y 141 del Código Penal): El impugnante reclama el quebranto de las anteriores normas, las primeras por falta de aplicación y la última por aplicación indebida. Sustenta su disconformidad básicamente en que el fallo de mérito estima que su conducta es constitutiva de la eximente de legítima defensa” pero que la misma no fue declarada... por haber existido desproporción en el medio empleado...” (ver f. 643 fte.) lo que no acepta, por considerar que la proporción, junto con los demás elementos de la justificante invocada, si existieron en el presente caso. Posteriormente hace un análisis del instituto de la legítima defensa conforme lo dispone el artículo 28 del Código de la materia, en relación con los hechos que provocaron su condenatoria por el delito de Agresión Calificada (art. 141 ibid), lo que -según su criterio- a su vez lleva consigo el quebranto del artículo 30 ibidem, por no haber actuado con dolo, culpa o preterintención. Efectivamente le asiste razón al recurrente. En el cuadro fáctico que estableció en su sentencia el a quo, quedó debidamente acreditado que el ofendido... se presentó a la cantina que administraba... en evidente estado de ebriedad, donde estuvo causando incidentes ante la negativa de aquél de venderle licor (ver folio 615 vto., líneas 17 y ss.). Que luego el ofendido pasó de los reclamos verbales a los hechos y se enfrentó a ... con el fin de agredirlo, lo que parcialmente consiguió, para luego continuar **en esta actitud hostil, hasta que en determinado momento - una vez fuera del local- se abalanzó sobre aquél con una piedra en sus manos para impedirle que le cerrara las puertas, por lo que el acusado en su defensa “... sacó el arma y con ella lanzó el primer disparo al suelo, siendo amenazado por el ofendido, y de seguido el acusado por segunda vez, encontrándose ambos de frente y a escaso un metro de distancia, accionó el gatillo,** haciendo blanco el disparo en la región izquierda del abdomen...” (ver f. 616 fte., lin. 13 y ss). Posteriormente los juzgadores afirman en el razonamiento de fondo (donde efectúan el correspondiente análisis y valoración de las pruebas) que el impugnante... no escogió el mejor medio para repeler la agresión, pues tuvo a su alcance en ese momento, golpearlo con su cuerpo o con otro objeto como lo hizo la primera vez; bien cerrar las puertas en forma efectiva, e incluso evitar el enfrentamiento directo, que debió prever al acercarse a la puerta...” (ver f. 638 vto., líneas 21 a 27). Lo anterior aunado al hecho de que el ofendido sólo tenía como arma agresora unas piedras “... que tiraba hacia el local desde media hora antes, sin que ninguna de ellas lograra lesionar al acusado...” (ver f. 638 vto., líneas 19 y 20). Asimismo el a quo agrega -para desestimar la causal de legítima defensa- que los bienes jurídicos protegidos no eran los mismos: “...el acusado defendió solamente su integridad corporal ante el ataque injusto; no era su vida lo que estaba en peligro conforme al análisis ya realizado...” (f. 639 fte., líneas 24 a 28), y finalmente concluye que se configuró el delito de agresión calificada por haber mediado exceso en la defensa, conforme lo dispone el 141 del Código Penal. Tales apreciaciones se salen, según el criterio de esta Sala, del marco de referencia que el

propio tribunal de mérito estableció en su relación de hechos tenidos por demostrados y que debieron ajustarse a la causa de justificación de legítima defensa contemplada en el artículo 28 ibid. Ciertamente la agresión ilegítima (primer requisito de aquélla) de que fue objeto el acusado ... por parte del ofendido ... es indiscutible y está reconocida por el propio a quo, pero el argumento que éste utiliza para desestimar la necesidad razonable de la defensa empleada (segundo requisito) excede los límites de actitudes humanamente comprensibles. En primer término la proporción que debe existir entre la magnitud e intensidad de la agresión y la reacción defensiva no puede medirse únicamente por la proporcionalidad que se dé entre los medios o armas utilizadas para la defensa, o por otra alternativa que no depende en ese momento, del que sufre directamente la agresión (por ej. la posibilidad de pedir auxilio a los presentes que señala el a quo a f. 638 fte., líneas 13 y 14). Tampoco el agredido está obligado a huir (situación que el tribunal sentenciador reconoce, pero que con sus argumentos de fondo prácticamente -sin proponérselo- avala como modo de solucionar un conflicto inmediato que no buscó el impugnante, en contra de todas las circunstancias que rodearon el presente caso -ver f. 639 fte., líneas 1 y ss.). De todas formas, quedó claramente demostrado que el imputado hizo lo posible (antes de accionar su arma) por evitar el daño que causó ante la reiterada agresión de que era objeto. Asimismo es errónea la valoración del a quo cuando estima que el bien jurídico protegido no era idóneo para justificar la reacción del recurrente, pues con ello olvida que de acuerdo con la doctrina moderna es susceptible de defensa cualquier interés jurídicamente tutelado, no solo la vida; inclusive los bienes jurídicos del Estado o de otras personas jurídicas de Derecho público si poseen carácter individual) Cfr. al respecto obra de Jeschek, H. H.; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Ed. Bosch, 1981, p. 463). Tampoco es acertado el criterio de los juzgadores de instancia en lo que se refiere a la racionalidad de la defensa empleada por ... para repeler la injusta agresión, pues como bien lo afirmó el señor Jefe del Ministerio Público en la audiencia oral correspondiente al estar de acuerdo con la procedencia del recurso, no se trata de enfrentar armas u objetos contundentes de la misma especie o exactamente iguales, sino que ante la inminencia de la agresión con una piedra (lo que hace más discutible la tesis del tribunal respecto de que solo se afectaba la integridad corporal del agredido y no su vida), el único medio que el impugnante tenía para defenderse en ese momento era su arma de fuego. Debe recordarse que el Estado no puede dejar sin amparo al que se defiende o defiende a otro de una injusta agresión, pues al propio tiempo que realiza esa defensa legítima, está impidiendo que se menosprecie el ordenamiento jurídico, que se burle el respeto que las leyes imponen a la persona y derechos ajenos”. (Rodríguez Devosa, José María; Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, 1979, p. 534). Por todo lo expuesto esta Sala concluye unánimemente que en el presente caso si se dieron los requisitos de la legítima defensa que exige nuestra ley, por lo que como causa de justificación debidamente comprobada, se elimina la antijuridicidad del hecho investigado y cabe absolver el

mencionado... de toda pena y responsabilidad. Al no hacerlo de ese modo, el tribunal quebrantó las normas que señaló el impugnante.”

Hay un voto salvado. Sala Tercera. N° 218 de las 9,00 horas del 18 de agosto de 1990.

12) Naturaleza de la responsabilidad del propietario de vehículo causante de accidente.

“II.- Recurso por el fondo: El impugnante señala que su representada resultó condenada solidariamente con la autora de las Lesiones Culposas, en forma errónea, con quebranto de los artículos 38 y 39 de la Ley de Tránsito. El primero por cuanto no se acreditó que la imputada condujera el vehículo sin licencia; y el segundo por cuanto se trata de una situación distinta, donde lo que queda gravado es el vehículo, debiendo indicarse su valor. Efectivamente lleva razón el impugnante. El artículo 38 de la Ley de Tránsito atribuye responsabilidad al propietario o dueño del vehículo “... que permitiere que una persona carente de la respectiva licencia lo conduzca...”, además de los casos de explotación de vehículos (por empresas industriales o comerciales o en el transporte remunerado de personas o carga), extremos estos que ni siquiera aparecen mencionados en la sentencia, por lo que deben tenerse como no acreditados. El artículo 39 *ibídem* mas bien lo que establece es un gravamen legal (una garantía real para el eventual pago por el daño causado) sobre el vehículo, y no responsabilidad civil solidaria -como una obligación personal- del propietario o dueño del vehículo. (Ver al respecto entre otras, sentencia de esta sala N° 250-F de las 9,30 horas del 18 de setiembre de 1987). Por las razones dichas, se declara con lugar el recurso por quebranto de las normas sustantivas señaladas, y se casa la sentencia impugnada en lo que fue objeto del recurso.”

Sala Tercera. N° 236 de las 10,10 horas del 24 de agosto de 1990.

B.- Derecho procesal Penal.

13) La inmunidad no constituye una cuestión prejudicial sino una condición de procedibilidad

“II.- Sobre el fundamento del recurso: El impugnante (discrepa del sobreesimiento que por prescripción de la acción penal decretó el a quo en esta causa, porque estima como argumento básico que se está en presencia de una cuestión prejudicial que había interrumpido el plazo correspondiente, cual es la circunstancia de ser el querrellado, Ministro de Obras Públicas y Transportes, lo que constituye “una serie de obstáculos legales y constitucionales que conforman jurídicamente la existencia de una cuestión prejudicial que mientras no se define -con el abandono del cargo o su renuncia a la inmunidad como es lógico y natural- no podía ser juzgado por los Tribunales, ni el proceso podía seguir adelante por sus trámites normales” (f.86 fle.). Señala el quebranto, entre otras normas, de los artículos 7, 8 y

171 del Código Procesal Penal; 82 inciso 4º, 83 párrafo segundo, 145 y 147 del Código Penal y 110 de la Constitución Política. Por ser público y notorio que efectivamente el acusado era Ministro de Gobierno a la fecha en que se instauró esta acción, cargo al que posteriormente renunció (ver f. 69), el aspecto a examinar en esta vía se centra en determinar si entraña una cuestión de la citada naturaleza el obstáculo por privilegio constitucional que impedía darle curso a la presente querrela hasta tanto no se diese el respectivo pronunciamiento o autorización de la Asamblea Legislativa (arts. 171 y ss. del Código Procesal Penal en relación con el 121 inciso 9 spts. y concordantes de la Constitución Política), en cuyo caso no podía correr el plazo de la prescripción en la forma que lo estableció el juez de mérito, por ser esta una circunstancia de suspensión que no se había definido (artículo 83, párrafo segundo, del Código Penal). Pero el criterio de esta Sala difiere de lo expuesto en ese sentido por el impugnante. Es cierto que la legislación en nuestro país, especialmente en materia de procesal penal y penal sustantiva, no contiene una regulación exhaustiva en lo que a la institución de las cuestiones prejudiciales se refiere (Cfr. al respecto obra de Castillo Barrantes, E.; Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal; publicación del Colegio de Abogados, 1977, ps. 185 a 189). También lo es que aún en doctrina y jurisprudencia existen diversas opiniones y criterios que hacen difícil su sistematización así como la unificación de conceptos en este delicado campo (Sobre este tema ver obra de Delgado Salmerón, Sergio; La prejudicialidad en materia penal; Edit. Temis, Bogotá, 1970, ps. 61 a 66 y 161 y ss.; y estudio de Herrera Castro, Luis Guillermo, La prejudicialidad en el Derecho Procesal costarricense; en Revista Judicial N° 23, de octubre de 1982, ps. 9 a 23). Sin embargo en el presente asunto, se estima que la circunstancia que impidió u obstaculizó el ejercicio de la acción penal en contra del señor... no es propiamente una cuestión prejudicial sino tan solo una condición de procedibilidad o de perseguibilidad que se diferencia de aquella, entre otros aspectos, en que en ésta se trata de determinar únicamente si se levanta o no el impedimento constitucional para someter a proceso al querrellado (por parte de la Asamblea Legislativa que no tiene facultades para juzgar y decidir la controversia principal), sin que la decisión en tal sentido incida o afecte el fondo de la causa; mientras que en la primera, la decisión que se emita en el procedimiento prejudicial incide sobre el fondo del asunto, con eficacia vinculante en lo que concierne a aspectos fundamentales objeto del proceso -como por ejemplo relativos a la existencia del delito o circunstancias de él- (admitiendo buena parte de la doctrina, el carácter de cosa juzgada material al respecto, no obstante la crítica que hacen algunos autores sobre la equiparación y confusión que suele hacerse de ambos conceptos; cosa juzgada y prejudicialidad- cfr. sobre este tema, ob. cit. de Delgado Salmerón, p.163). Inclusive es discutible que por vía de interpretación o por convención de las partes pueden admitirse cuestiones de prejudicialidad que la ley no ha previsto como tales, cuya consecuencia sería la incertidumbre y entramamiento procesal (ver ob. cit. de Herrera Castro, Luis G., pag. 14), pero admitiendo que de la omisión del legislador no puede

deducirse en materia penal la regla de la no prejudicialidad (ver ob. cit. de Castillo Barrantes, E.), ps. 185 y 186), es lo cierto que las cuestiones prejudiciales (por ejemplo el art. 150 del Código Penal, o aún la simulación de delito, la autoalumnia, etc) y las condiciones de procedibilidad, a pesar de cierta similitud, deben recibir un tratamiento diferente.-

III.- La doctrina, en forma mayoritaria, examina por separado las cuestiones prejudiciales y los obstáculos al ejercicio de la acción (entre los cuales se encuentra por supuesto, el previo levantamiento de la inmunidad por privilegio constitucional, como condición de procedibilidad), situación que "...se inspira en el principio de que en defecto de la autorización para proceder, la autoridad judicial no puede emitir una decisión... pero puede proceder a actividades cautelares o de conservación de las pruebas" (Leone, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, EJE, Buenos Aires, 1963, Tomo I, p. 166), lo que no podría realizarse ante una cuestión prejudicial. (Sobre el diverso tratamiento que da a las instituciones anteriormente mencionadas, cfr. obra citada de Leone, G., en especial p. 340: "Excluimos que la prejudicialidad puede reconducirse a la categoría de las condiciones de procedibilidad por las observaciones ya expuestas anteriormente (véase pág. 299), y que, en definitiva se concentran en la observación de que las cuestiones prejudiciales afectan el mérito de la causa". Obra de Schmidt, Eberhard; Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal; Ed. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1957, ps. 97 y ss. Obra de Gómez Orbaneja y Herca Quemada; Derecho Procesal Penal, octava edición; Madrid, 1975, ps. 86 y ss., entre otras).-

IV.- Es cierto que parte de la doctrina argentina se refiere al desafuero o antejuicio como una de las causas de suspensión de la prescripción de la acción penal, pero ello es acorde con el contenido del artículo 67 del actual Código Penal argentino que así lo establece expresamente, al señalar, en lo que interesa que: "La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones prejudiciales o previas que deban ser resueltas en otros juicios...", refiriéndolo sin embargo, como una cuestión previa y no prejudicial. En este sentido se señala "Cuestiones previas y prejudiciales", el párrafo 1º del artículo 67. Comienza declarando el artículo que la prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban resolverse en otro juicio. En cuanto a las cuestiones previas a la ley se refiere, por ejemplo, al divorcio en relación al delito de adulterio, al desafuero o al antejuicio (el subrayado no es del texto) de jueces contra los que se formule denuncia, o de legisladores acusados de la comisión de delitos comunes". (Breglia y Gauna; Código Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, 2a edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 231). Como puede apreciarse, se trata de una disposición legal muy específica y diferente a la que contiene nuestro Código Penal en el párrafo 2º del artículo 83, de manera que sus alcances

no podrían nunca asimilarse.-

V.- Extender que las condiciones de perseguibilidad en general son cuestiones prejudiciales, en el sentido técnico del concepto que aquí se ha discutido y que según el criterio de esta Sala es el sentido que el legislador utilizó en la fórmula del artículo 83, párrafo segundo del Código Penal, llevaría a extremos que desbordan el marco jurídico procesal, con las consecuencias anteriormente señaladas, lo que no concuerda con los propósitos que suelen fijarse para la función jurisdiccional. Por todo lo expuesto, se declara sin lugar el recurso, pues el plazo que el juzgador de mérito estableció para decretar la prescripción de la acción penal en la presente causa no se suspendió en la forma ni por las razones señaladas por el impugnante.-"

Hay un voto salvado. Sala Tercera, #34 de las 10,40 hrs. del 26 de enero de 1990.

14) Teoría del funcionario de hecho aplicada a juez que no ha prestado juramento.-

"Se acusa el quebranto de dichas normas jurídicas (Artículos 16 del Código Procesal Penal, 12 y 160 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 10 y 11 de la Constitución Política.), por el hecho de que el Juez de Instrucción interino..., practicó diversos actos procesales entre el primero y el treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (incluyendo la indagatoria de los sentenciados) sin estar debidamente juramentado, lo que hizo posteriormente al período de su nombramiento (el 8 de junio).- El impugnante sustenta su reproche en que el juramento es un requisito de carácter constitucional indispensable para el desempeño del cargo, por lo que su omisión conlleva que la persona designada carezca de competencia por razón de la materia y que los actos que realizó sean absolutamente nulos, así como sus resoluciones. Concluye en que se afectó el debido proceso desde el auto inicial, restándose validez a todas las actuaciones posteriores, incluida la sentencia impugnada, y para acreditar su afirmación solicita a esta Sala que admita la prueba documental que ofrece para mejor proveer (dos certificados emandos de la Secretaría de la Corte y del Juzgado Mixto de Povo respectivamente) pues manifiesta que esa prueba no fue conocida antes del debate. Lo anterior con fundamento "si fuere del caso" en los artículos 371 y 387 del Código Procesal Penal. En efecto, consta de los documentos aportados que la Sala admite por ser de relevancia para resolver el punto en cuestión, que el juez interino no se juramentó, como era su deber, antes de asumir el cargo. Es igualmente cierto que la Sala Tercera ha manifestado en resoluciones anteriores que el juramento atañe a la investidura, capacidad y constitución del juez, por lo que ha procedido a anular las actuaciones y sentencias de juzgadores que han participado en debates sin haber sido juramentados previamente (ver Res. N° 145-F de las 10,10 hrs. del 27 de junio de 1986, y Res. N° 37-F de las 10 horas. del 29 de enero de 1988). Sin embargo, aunque podría pensarse que el presente caso es similar a los pronunciamientos anteriormente

referidos, hay que considerar que falta en él -entre otros aspectos de importancia- un elemento relevante que debe ser tomado en cuenta para denegar la nulidad gestionada, cual es el interés actual -traducido en un perjuicio real y concreto para los intereses de la defensa-, pues declarar aquélla en las condiciones en que viene expuesta, equivaldría a avalar la nulidad por la nulidad misma, tesis que la doctrina procesal moderna rechaza por caer en el exceso y abuso del formalismo (Cfr. entre otras obra de Quiros B. y Rodríguez W.; Las Nulidades en el Proceso Penal, ediciones Jurídicas Cuyo S.R.L., Mendoza, Argentina, 1982, p. 17 y Clariá Olmedo, J. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1964, págs. 192 y ss.). Asimismo la jurisprudencia de esta Sala, se ha pronunciado en igual forma (ver Res. N°167-F de 16,10 hrs. del 25 de setiembre de 1984; y V-208-F de las 9,45 hrs. del 7 de agosto de 1987, entre otras).- Pero resulta indudable que el punto medular para resolver la cuestión planteada si equivale a modificar los criterios que han servido anteriormente a la Sala Tercera para considerar el "juramento" como un requisito ineludible en el desempeño del cargo del juez, cuya omisión hace derivar la nulidad de los actos en que intervino. En efecto debe observarse que la interpretación en sentido estricto de las normas que exigen la prestación del juramento como autorización para el ejercicio del cargo (en especial el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 11 de la Constitución Política) podría ser llevada a tal extremo que la tardía juramentación derivaría en la ineficacia absoluta de todas las actuaciones del juzgador omiso, no solo en una causa particular sino en todas y cada una de ellas, así como en todas las disposiciones de carácter administrativo que en el ejercicio del cargo hubiese tomado. Prácticamente habría que admitir que toda la actividad que realizó en este caso el funcionario interino (entre el 1º y el 31 de mayo de 1988) es inválida, por lo que cualquier persona que se encuentre en circunstancias similares a las que reclaman los impugnantes quedarían igualmente autorizados para impugnar las decisiones de aquél. Es decir, tendríamos que aceptar que todo lo hecho es nulo porque el juez que se designó realmente no lo fue por la falta de juramento previo, a pesar del caos que ello suponga.

La sanción no será propiamente para el juez que voluntaria o involuntariamente incurrió en la omisión (que desde luego también podría plantearse) sino para la actividad jurisdiccional y administrativa- que involucra derechos adquiridos y situaciones jurídicas resueltas de muchas personas.- Por tales razones debe acogerse la doctrina del "funcionario de hecho" que recoge en sus artículos 115 y 116 la Ley General de la Administración Pública, como con acierto lo argumenta el representante del Ministerio Público, pues es incuestionable que la Corte Suprema de Justicia hizo el nombramiento del.. como órgano competente para hacerlo y por el período que se señaló, sin que en ningún momento se haya discutido o declarado la ausencia o la irregularidad de su investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente, como tampoco se ha discutido que la conducta desplegada por él no lo fuese en forma pública, pacífica,

continúa y normalmente acomodada a derecho (art. 116 *ibid*). Distinto sería el caso en que no se hubiese producido el nombramiento del funcionario por el órgano competente o que aquél hubiese asumido el cargo en forma espontánea a la espera de una ratificación que no se dió, lo que haría nulas sus actuaciones."

Sala Tercera. #90 de las 9,35 hrs. del 20 de abril de 1990.

15) Autenticación de recurso de casación por abogado de centro carcelario.

"I.- Que esta Sala en resoluciones anteriores consideró que la autenticación del escrito del recurso de casación, exigida por el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales, cuando el imputado está preso, no lo era la consignada por el encargado de la custodia ni la del abogado del Departamento Jurídico del respectivo centro carcelario, y por tal razón el recurso de los imputados presos se rechazaba. En esta oportunidad, con un nuevo estudio del punto aludido, la Sala concluye en que si el recurso de casación trae la firma de un abogado (en este caso concreto del encargado del Departamento Jurídico del Centro de Trámite La Reforma) quien da fe que la firma es del imputado, ello equivale a la autenticación que exige el expresado numeral 477, independientemente de la frase consignada por ese funcionario en el sentido de que no "No se autentica a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 del Código de Procedimientos Penales; ...".- Consecuentemente, debe examinarse la impugnación deducida en cuanto a otros requisitos de presentación formal.-"

Sala Tercera. N° 281 de las 9,20 horas del 13 de julio de 1990.

16) Alcances de concepto "interesados" dentro del proceso penal.

"I.- La defensora del sentenciado ... reclama la nulidad que prescribe el artículo 145 inciso 1º, 201 incisos 1, 2 y 10, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 29 y 145 del Código Procesal Penal; y 39 y 41 de la Constitución Política, por violación al principio de imparcialidad, debido proceso y principio de defensa. Sustenta su alegación en que "... intervino como presidente del tribunal el Lic...., quien es primo por consanguinidad de la testigo ... y por tanto primo de segundo grado de la señorita ... hija de la primera, ambas testigos constituyen la única prueba que podría tener el tribunal para condenar al imputado". (ver f. 103 fte. al final y 104 fte. al inicio). Sin embargo el reproche no puede ser atendido. La normativa aplicable al caso es la contenida en el Código que regula la materia procesal penal, y como bien lo argumenta el señor Subjefe del Ministerio Público en su escrito de F. 116, el artículo 29 *ibid* en su parte final determina en forma expresa a quiénes se considera "interesados" (el imputado, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyen en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios), entre los que no se incluye, por razones obvias, a los

testigos. Estos están obligados a comparecer y a declarar la verdad de lo que supieren (salvo las excepciones establecidas por ley) (ver arts. 224 y ss. del Código Procesal Penal) y únicamente podría discutirse -eventualmente- un aspecto como el aquí cuestionado, si el juez, su cónyuge o alguno de los parientes en los grados indicados en el inciso 2º del 29 ibid (entre los que no se encuentran los primos-hermanos, que están en cuarto grado de consanguinidad) tuvieran interés en el proceso (art. 29 inciso 3º ibid), aunque hubiesen comparecido como testigos lo que no ocurre en el presente asunto ni en una u otra forma.- Siendo entonces inexistentes la causal de inhibitoria o recusación invocada, procede denegar la gestión de nulidad interpuesta.”

Sala Tercera, N° 197 de las 10,10 horas del 13 de julio de 1990.

17) Validez de la Querrela presentada por gerente de cooperativa.

“I.- En el primer motivo de su recurso el señor defensor alega violados los artículos 1, 87, 146, 431 y 443 del Código de Procedimientos Penales y 41 de la Constitución Política, virtud de que en su criterio procede anular todo lo actuado en este asunto, al estimar que para formular la querrela en nombre de la Cooperativa ofendida, el señor Gerente necesitaba un poder especial que nunca se le otorgó, con fundamento en el citado artículo 431 ibidem. Tal reproche debe rechazarse. Es cierto que el artículo últimamente citado exige que la querrela debe presentarse personalmente o por mandatario con poder especial, y que en este caso concreto el Gerente sólo tenía las facultades de un apoderado general de la cooperativa, conforme al artículo 46 de sus estatutos (certificado al folio 42 fte. y vuelto). Sin embargo tratándose de personas jurídicas debe concluirse necesariamente que esas entidades “actúan en forma personal” cuando lo hacen por medio de sus representantes legales naturales, como resultar ser el gerente en una cooperativa, aunque desde luego se trate de una ficción jurídica. El artículo 428 ibidem señala que “toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querrela ante el Tribunal de Juicio competente...”, dentro de las cuales están las personas jurídicas, tales como las asociaciones cooperativas. Esa facultad de presentar querrela ante tribunal se hace en forma personal -en el caso de las personas jurídicas-, cuando quien actúa es un órgano de la propia entidad que a su vez tiene la representación legal de la misma, sin que se requiera el poder especial a que se refiere el artículo 431 citado. Si afirmamos que no se trata de una actuación “personal” en los términos del artículo 431 ibidem, debemos entonces concluir que ninguna persona jurídica puede actuar personalmente y tampoco puede formular querrela penal por medio de su representante legal cuando este no sea abogado, aunque sea apoderado generalísimo sin límite de suma de esa entidad, pues el artículo 87 de iusdem señala que el querellante sólo puede hacerse representar por un abogado. Lo anterior implicaría una seria limitación a los derechos procesales de una de las partes, en

contrario a lo estatuido en el artículo 3º del mismo código. El punto fue discutido hace ya algunos años por la doctrina procesal argentina. En tal sentido señaló Oderigo que una norma similar a la citada “... no establece ninguna distinción entre personas físicas y jurídicas, porque la capacidad de las personas, aunque se refiere a su aptitud para estar en juicio, no es cuestión procesal ni ha sido legislada por el Código Procesal Penal, sino cuestión esencialmente civil y reglamentada en el código respectivo, en el cual se reconoce expresamente a las personas jurídicas el derecho de acción civil y penal...”, para luego concluir, por esa razón, que “...la acción penal que una persona jurídica disponga, puede ser normalmente ejercida por el órgano natural de ésta, sin necesidad de que, por el acto constitutivo de la misma, se le confiera expresamente dicha facultad. Por el contrario, sería precisa una disposición expresa en el acto constitutivo, para que la acción correspondiente a la persona jurídica pudiera ser ejercida por otros miembros de la misma, que no fueran los órganos naturales de manifestación de voluntad...” (Oderigo, Mario. Derecho Procesal Penal, Edit. Ideas, Buenos Aires, 1952, 1ª Edición, Tomo Iº, pp. 213 y 214.). En similar sentido se pronunció Nocetti Fasolino al estimar que “...no encontramos en nuestra ley procesal, una distinción entre personas físicas y jurídicas al respecto: no hallamos en su articulado una prohibición expresa al derecho a querrelar de las personas jurídicas; u no creemos, en consecuencia, que pueda argüirse con fundamento en favor de tal prohibición...” (Nocetti Fasolino, Alfredo. Querrela. Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Ed. Dirskill, Tomo XXIII, 1986, p. 944.). Esas opiniones, que compartimos conforme se expuso antes, nos conducen a afirmar que el gerente de la cooperativa ofendida no requería de un poder especial para presentar la querrela ante tribunal competente, conforme lo autoriza el artículo 428 citado.

II).- La solución anterior se torna más evidente en este asunto, porque además concurrieron otras circunstancias que legitimaron la actuación del gerente. En primer término porque actuó en cumplimiento de un deseo expreso y manifiesto del Consejo Administrativo de la Cooperativa. En efecto, en la Sesión N° 820 del seis de octubre de 1987 del Consejo de Administración de la Cooperativa (según certificación incorporada al debate de folio 48), uno de sus integrantes manifestó tener conocimiento que en público, ante la concurrencia de más de ochenta personas, donde se iba realizar una reunión de la Asociación de Desarrollo Comunal de ..., el día cuatro de ese mes, el querellado... había expresado entre otras cosas lo siguiente: “...yo para tratar de dignificar, dignificar hasta donde me sea posible, dignificar la moral aquí en ... es, ese montón de chorizos, chorizos que hay en la Cooperativa... en donde están los máximos dirigentes... al punto de que se arreglan las cosas de gusto de los más altos ahí...”. Con base en esa información al Consejo de Administración dispuso ese mismo día “... autorizar a la Gerencia a contratar los servicios de un buen abogado que inicie de inmediato los trámites en demanda judicial contra el Sr. ..., y pueda en este asunto hasta sus últimas consecuencias...”.

declarando dicho acuerdo firme. (Véase la certificación del folio 48). Es evidente que el citado acuerdo le indica al Gerente que "... inicie de inmediato los trámites en demanda judicial contra el Sr....", por medio del abogado que debía contratar, a quien finalmente le otorgó un poder especial. En ese sentido el gerente de la Cooperativa, al presentar la querrela contra el señor ..., estaba ejecutando un acuerdo firme del Consejo de Administración, y como tal, por ello actuaba en su calidad de apoderado generalísimo de esta entidad, en virtud de la disposición expresa de sus estatutos, que señala en el artículo 46 in fine que el Gerente "... para la ejecución de los acuerdos firmes del Consejo tendrá las facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma.", y que además tiene la representación judicial y extrajudicial de la entidad. (Véase certificación de fl. 42 fte. y vto.). En consecuencia, de conformidad con el artículo 1253 del Código Civil, al actuar en calidad de apoderado generalísimo le facultaba para gestionar judicialmente en nombre de su representada. Además, los artículos 46 y 51 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y de creación del INFOCOOP señalan que el Gerente de las cooperativas es el representante legal de las mismas, y el encargado de la ejecución de los acuerdos del Consejo de Administración. Por ello, el Gerente no requiere de un poder especial para querrellar en nombre de la cooperativa, por tratarse de su representante legal por disposición expresa de otra ley.-

III.- El recurrente estima que el acuerdo del Consejo de Administración en este caso concreto no es idóneo por que no expresa que tipo de acción legal debía entablar el gerente, ante qué tipo de órganos, ni la naturaleza de la reclamación. Este argumento no es de recibo, puesto que no podría pedírsele a un órgano de esa naturaleza que anticipadamente conocieran a la perfección cual debía ser la solución jurídica del caso a efecto de autorizar al gerente para que la ejecutará, puesto que precisamente para ello se autorizó la contratación de un abogado. Pero los acuerdos del Consejo de Administración siguieron. En su sesión número 822 del 20 de octubre siguiente, se ratificó todo lo actuado y la contratación del abogado, antes de formularse la querrela (certificación de folio 46). Posteriormente, pero mucho antes de que este asunto pasara a la etapa de debate y se dictara sentencia, en la Sesión 835 del Consejo de Administración, celebrada el 1º de marzo de 1988, ese ente acordó "... ratificar todo lo actuado por el señor Gerente Don... en la querrela y acción civil resarcitoria promovida por esta cooperativa contra ..., juicio penal que por el delito de difamación de persona jurídica se tramita en el Juzgado Penal de San Ramón... . Lo actuado por el señor Gerente se ajusta plenamente a lo dispuesto por este Consejo..." (certificación de fl. 54). Con ello se disipa cualquier duda que otros podrían tener sobre la expresa voluntad de la Cooperativa, ya manifestada en anteriores acuerdos firmes y ejecutados. En consecuencia, en el supuesto de que el recurrente tuviere razón al afirmar que los primeros acuerdos del Consejo de administración de la Cooperativa fueren defectuosos o incompletos, estarían subsanados por el último de ellos. Esa hipotética subsanación no podría calificarse de ex-

temporánea en la medida en que la jurisprudencia civil ha estimado, con base en lo que disponía el artículo 217 del anterior Código de Procedimientos Civiles, y lo ratifica hoy más claramente el artículo 299 del Código Procesal Civil vigente, que en los casos de falta de capacidad o defectuosa representación del actor o del abogado del actor el Juez debe otorgar un plazo para que corrija la falta con posterioridad a la presentación de la demanda (véase Casación Civil Nº 134 de 10,00 hrs. del 4 de abril de 1967, Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, con redacción del entonces magistrado Fernando Coto Albán). Por todas esas razones debe rechazarse el primer motivo del recurso. El Magistrado Gamboa Salazar salva su voto."

Sala Tercera Nº 225 de las 9,35 horas del 10 de agosto de 1990.

18) Consulta sobre la constitucionalidad de la Ley de Imprenta.

"I.- En 1902 se le atribuyó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita. Esa competencia se ha mantenido a lo largo del presente siglo, no obstante que cuando se instauró existían condiciones y características muy distintas a las actuales, que pudieron justificar en aquella época que el más alto tribunal penal común del país se dedicara el juzgamiento de esos ilícitos. En efecto, para entonces la estructura y la organización del Estado era muy distinta a lo actual, así como la estructura y la organización de la Corte Suprema de Justicia y la de su Sala de Casación Penal. Los procedimientos y los principios básicos de la administración de justicia penal también eran bastante diferentes a los actuales, al extremo de que la Ley de Imprenta ha quedado prácticamente desactualizada y derogada en forma implícita por la Constitución Política vigente, y por el actual sistema procesal penal y sus principios rectores. Además, el desarrollo de los medios de comunicación colectiva era muy diferente, así como su posible incidencia en la vida política y social del país. En aquella época la prensa escrita prácticamente constituía un exclusivo canal de comunicación para la comunidad, pues no existía un desarrollo de los denominados medios electrónicos (radio y televisión), y no existía o era muy incipiente la comunicación por otros medios (fax, cable, telex, teléfono). En consecuencia, los medios escritos prácticamente monopolizaban la comunicación social, y mantenían por ello una mayor incidencia que en la actualidad, sin que eso signifique que han perdido importancia.

II.- No obstante esa derogatoria tácita y esa desactualización de la Ley de Imprenta, por disponerlo así sus artículos 12, 13, 14, 15, 16, 21 y 22, sí ha permanecido vigente que el conocimiento y la competencia para juzgar los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita, corresponde a la Sala de Casación Penal, sea a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En virtud de que esas normas así lo consignan, los artículos 36 inciso b) de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales (Nº 5711 del 27 de junio de 1975) y 65 inciso 2º de la Ley Orgánica del

Poder Judicial (modificado por Ley Nº 6434 de 22 de mayo de 1980) disponen también que corresponde a la Sala de Casación Penal, Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita.-

III.- Lo anterior significa que todavía hoy la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia actúa como Tribunal de Juicio cuando se formula una querrela (acción privada) por un delito de injuria o calumnia por la prensa escrita, aplicando los procedimientos comunes establecidos en el Código de Procedimientos Penales, según la descripción típica que de esos delitos formulan los artículos 145 y 147 del Código Penal. Además, por no existir ningún otro Tribunal que ordinariamente sea superior en grado a la Sala Tercera, ésta conoce en única instancia del proceso dirigido contra los acusados por esos delitos.

IV.- Contrariamente a lo antes expuesto, cuando se está en presencia de un delito de injurias y calumnias cometido por medio de la prensa electrónica (radio y televisión) deben aplicarle los mismos procedimientos que establece el Código de Procedimientos Penales, según las descripciones que de esos delitos hace el Código Penal, sin embargo la competencia se le atribuye a los jueces penales, admitiéndose por esa razón la posibilidad de recurrir en casación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. La competencia de los jueces penales en esta materia es atribuida por la Ley de Radio y Televisión (1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas), en sus artículos 23 y 24.

V.- Las tres leyes antes citadas que le atribuyen competencia a la Sala Tercera para conocer de los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita, estima este Tribunal que podrían ser inconstitucionales por variar razones. En primer término esas leyes contrarían el principio de igualdad previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, (reformado por Ley Nº 4123 de 31 de mayo de 1968) porque establecen una distinción injustificada sobre la vía aplicable y el tribunal competente para conocer de los delitos de injurias y calumnias por la prensa electrónica (radio y televisión) y aquellos por la prensa escrita. En efecto, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria, competente para conocer de los delitos de acción privada, el conocimiento de los delitos de injurias y calumnias por la prensa electrónica, sea los jueces penales de la República. Ello significa que la sentencia que se dicta en esos casos, y las resoluciones que le pongan fin a la acción en esa clase de asuntos, tienen los correspondientes recursos de casación, con el fin de controlar la legalidad del debido proceso y el respeto a los derechos de las partes. Sin embargo, si el mismo hecho, (injuria o calumnia) se ejecuta utilizando la prensa escrita, corresponde conocer del mismo a la Sala Tercera, sin que exista la posibilidad de que otro Tribunal penal ordinario examine la decisión. Ello ha provocado en una gran cantidad de casos que un mismo hecho, reproducido por los distintos medios de comunicación colectiva, generan diferentes procesos: uno ante los jueces penales cuando se trata de la radio y la televisión, y otro ante la

Sala Tercera, cuando el mismo hecho también se reprodujo en los periódicos. Se trata de una discriminación entre uno y otro que no se justifica, generando una distinción contraria a la técnica, en la medida en que no encuentra ningún sustento doctrinario, práctico, ni jurídico, y contraria a la dignidad humana porque repercute en perjuicio de quienes deben recurrir en única instancia ante la Sala Tercera. Distinta es la situación de los delitos que corresponden ser juzgados por la Corte Plena, cuando se trata de las acusaciones contra los miembros de los Supremos Poderes del Estado, pues en estos casos existen otros principios básicos, relativos a la investidura del funcionario, a la independencia del órgano al cual está adscrito, y a la función pública atribuida al acusado, que sí justifican mantener una instancia distinta a la ordinaria, con fines de juzgamiento. Pero esas razones no se encuentran cuando se quiere hacer distinciones entre los medios electrónicos de comunicación (radio y televisión) y los medios escritos, para aplicar diferentes competencias. Podría argumentarse que la trascendencia de los hechos justifican atribuirle la competencia a la Sala de Casación Penal, en virtud de la repercusión social que tienen esos ilícitos, lo que justificaría dejarle la competencia de las injurias y calumnias por la prensa escrita, y pensar en atribuirle los demás. Sin embargo, esta tesis no es atendible porque si por la trascendencia social debe dársele la competencia de Sala de Casación Penal por esos hechos, para que actúe como Tribunal de Juicio en instancia única, entonces habría que atribuirle todos los demás ilícitos que por su trascendencia y relevancia, también tienen gran repercusión social, como los homicidios, el terrorismo, el tráfico de drogas, las violaciones, etc. En síntesis, el diferente procedimiento entre los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita, comparado con el relativo a esos mismos delitos pero realizados por la prensa electrónica, provoca una distinción contraria a la dignidad humana, porque le impide a los primeros gozar de algunos derechos fundamentales (como el de recurrir de la sentencia condenatoria), sin que existan justificaciones técnicas, jurídicas, ni de fondo para mantener la competencia en la Sala Tercera. La única forma de remediar ese tratamiento dispar e inconstitucional, la constituye el atribuirle la competencia de los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita a los tribunales penales ordinarios (jueces penales y finalmente la Sala Tercera), lo que ocurriría si se declaran inconstitucionales las normas impugnadas, porque habría que aplicar las reglas comunes, en especial los incisos c) y d) del artículo 22 de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales, los cuales le atribuyen al Juez Penal la competencia exclusiva para conocer de todos los delitos de acción privada, incluso de los previstos en leyes especiales, siempre que no están reprimidos con prisión mayor de tres años, como ocurre con los delitos previstos en la ley de Imprenta, y con los de injurias y calumnias del Código Penal.-

VI.- Los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 21 y 22 de la Ley de Imprenta, el inciso b) del artículo 36 de la Ley Especial sobre Jurisdicción de Tribunales, y el inciso 2º del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también podrían ser contrarios a la

Constitución Política en cuanto le atribuyen la competencia exclusiva a la Sala Tercera para que actúe como Tribunal de Juicio en los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita, además de las razones antes expuestas, porque al impedir la formulación de algún tipo de recurso para ante otro Tribunal Superior en grado, contrarían otras disposiciones constitucionales. En efecto, el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona acusada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal superior en grado. Esa norma tiene rango superior a la Ley por disponerlo así los artículos 7 y 105 de la Constitución Política. Sin embargo, los artículos de las tres leyes antes citadas (Ley de Imprenta, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales) están en abierta contradicción con la norma de la Convención y también con la Constitución Política, porque le impiden a los condenados por delito de injurias y calumnias por la prensa escrita que pueden recurrir del fallo ante un tribunal superior. El derecho de recurrir de la sentencia constituye una de las fundamentales garantías dentro del proceso penal moderno, y por ello la Convención Americana de Derechos Humanos lo adoptó como un derecho básico y fundamental, ya que constituyó el camino natural mediante el cual el acusado puede reclamar ante otro Tribunal de las posibles violaciones a sus derechos, del posible incumplimiento de las reglas del debido proceso, y del eventual incumplimiento del principio de legalidad y las normas sustantivas del Derecho Penal, con el fin de obtener una equitativa reparación o la cesación de esas violaciones. En consecuencia, vedar el derecho de recurrir constituye no sólo una violación al Pacto de San José, en cuanto este garantiza ese recurso, sino además un obstáculo para obtener justicia cumplida, ante posibles violaciones a los demás derechos (debido proceso, principio de legalidad). Esas violaciones son inconstitucionales con base en lo dispuesto en los artículos 7 y 105 de la Constitución Política que le otorga a la normativa internacional un rango superior a la ley, y también conforme al inciso b) del artículo 2º de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en cuanto de él se desprende que la inconstitucionalidad de una norma puede consistir, también, en su contrariedad con el Derecho Internacional o Comunitario aplicable en Costa Rica, como ocurre en el presente caso.

VII.- Son muchos los sectores que han llegado a esas mismas conclusiones. Baste citar una ponencia presentada durante el Tercer Congreso Jurídico Nacional en setiembre de 1975 -pocos días después de la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales- formulada por varios distinguidos penalistas y referida a "la única instancia en el procedimiento penal costarricense", donde ya se ponía de manifiesto que "...nuestra historia constitucional, viene a ser clara en cuanto a que nunca, en Costa Rica, se ha establecido como principio general la única instancia si examinamos las Constituciones que nos han regido hasta nuestros días encontramos que en ellas se establecían en la administración de justicia, hasta tres instancias, estando esta última por supuesto en manos de la Corte Suprema de Justi-

cia..." (Ponencia transcrita en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 28, San José, 1976, p.201). Hasta llegar, últimamente, a las resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, (Recurso de Hábeas Corpus, Res. N° 282-90 de 17:00 hrs. del 13 de marzo de 1990; y Recurso de Inconstitucionalidad, Res. N° 719-90, de 16,30 hrs. del 26 de junio de 1990). En las cuales se declara que las disposiciones que limitan la posibilidad de formular un recurso contra una sentencia condenatoria por delito, e instauran la única instancia, son inconstitucionales, porque "...la antinomia entre Ley y Tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley n° 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1º de setiembre), y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (N° 7135 de 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogatoria automática de la primera en cuanto se oponga el segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley..." (Voto N° 282-90 antes citado).

VIII.- En consecuencia, por todo lo expuesto y teniéndose conocimiento que la Sala Constitucional mediante resolución N° 679-90 de las 15,00 hrs. del 19 de junio de 1990 rechazó ad portas la acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Imprenta formulado por el señor... en cuyo caso deben continuarse los procedimientos en esta causa y, con fundamento además en los artículos 2 inciso b), 4, 8, 11, 13, 14, 102 a 108 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (N° 7135 de 11 de octubre de 1989), nos permitimos consultar a la Sala Constitucional las fundadas dudas que tenemos sobre la constitucionalidad de los artículos 36 inciso b) de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales (N° 5711 del 27 de junio de 1975); artículo 65 inciso 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (norma reformada por la Ley N° 6434 de 22 de mayo de 1980); y artículos 12, 13, 14, 15, 16, 21 y 22 de la Ley de Imprenta (N° 32 de 17 de julio de 1902, revalidada por Ley N° 7 de 15 de mayo de 1908), en cuanto le atribuyen a la Sala de Casación Penal, Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la competencia exclusiva y en única instancia para conocer de los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita, lo que en nuestro criterio podría contrariar injustificadamente el artículo 33 de la Constitución Política (según reforma introducida por Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968); así como también podría contraponerse al artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, aprobado por Ley 4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), en cuanto este último reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, acusado de delito en una causa penal, el de recurrir de la sentencia condenatoria para ante el superior. De existir esa disconformidad entre los artículos de ley citados y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe resolverse por la inconstitucionalidad de los primeros, con fundamento en las razones expuestas, y además conforme a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política (según reforma introducida por Ley N° 128 de 18 de agosto de 1989). En consecuen-

cia, debe suspenderse de nuevo la tramitación de este asunto, emplazar a las partes para ante la Sala Constitucional y enviarse los autos a ese Despacho para lo que corresponda en derecho.”

Sala Tercera. N°355-A de las 15, 20 horas del 24 de agosto de 1990.

III.- DISCREPANCIA ENTRE AMBAS SALAS EN RELACION CON LA REVOCATORIA DE LA EJECUCION CONDICIONAL

Resulta de interés destacar, que de conformidad con la jurisprudencia transcrita línea atrás puede apreciarse una evidente contradicción entre el pronunciamiento de la Sala Constitucional referido a la revocatoria de la ejecución condicional, y el de la Sala Tercera sobre el mismo punto. En efecto, mediante resolución de las 8,40 hrs. del 28 de junio de 1990, la Sala Constitucional al señalar los alcances del artículo 63 inciso 2) del Código Penal estableció que al referirse la mencionada disposición, a la comisión de un nuevo delito sancionado con prisión mayor de seis meses, está haciendo alusión al límite de la pena prevista para el ilícito; mientras que la Sala Tercera, en resolución de las 9,40 hrs. del 25 de mayo de 1990 estableció el

alcance de esa norma, señalando que se refiere a la pena impuesta y no a la establecida para el tipo penal por el cual se condena de nuevo a quien goza de una suspensión de pena.

Hemos creído importante destacarlo, en razón del rango de la jurisprudencia constitucional, la cual debe ser acatada so pena de incurrir en algún tipo de responsabilidad penal, aún cuando consideremos que, en este caso, la posición de la Sala Tercera es de mayor garantía del principio de libertad. La solución no es fácil, el juez está obligado a acatar la Constitución y la Ley; en acatamiento de la primera resulta más lógico guiar su decisión por aquellos pronunciamientos que garanticen efectivamente el respeto a los derechos y garantías ciudadanas, pero no puede por otra parte, obviar la obligación que tiene de someterse a las decisiones del Tribunal Constitucional, expresamente señalada en la Ley de Jurisdicción Constitucional.

De nuestra parte nos inclinamos por acoger, en este caso particular, el razonamiento de la Sala de Casación, al estimar que cede a la vinculación jurisprudencial, la obligación de ajustarse a decisiones que garanticen de manera más eficaz los derechos y libertades constitucionales.

LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL

Carlos Tiffer Sotomayor

Abogado Penalista.

La ley de la jurisdicción constitucional del 11 de octubre de 1969, instauró a la Constitución Política como verdadera norma superior y fundamental del Ordenamiento Jurídico. Esta ley marcó un hito en el desarrollo democrático institucional de nuestro país, de un concepto teórico y abstracto de Estado de Derecho, evolucionamos a una Democracia Constitucional. Esto significa, que a partir de esta ley, la Constitución Política dejó de ser un simple "**Libro de texto**" de las clases de Derecho Constitucional para convertirse en "**derecho viviente**" de aplicación normal y positiva.

La jurisdicción constitucional tiene por fin y objeto principal garantizar la supremacía de las normas constitucionales, así como salvaguardar los derechos y libertades fundamentales consagradas en la Constitución. En nuestro país, esta jurisdicción la ejerce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que más bien debería llamarse Tribunal Constitucional. Organismo al que le compete exclusivamente la interpretación de la validez constitucional de actuaciones de funcionarios públicos y particulares, que hayan violado, violen y aún más que simplemente amenacen con violar los derechos consagrados en la Constitución Política. De ahí, que se conozca en Alemania por ejemplo, al Tribunal Constitucional como el "Guardian de la Constitución".

El conflicto generado por el caso Alem-Valverde se ha producido, según nuestra opinión, por una falta de comprensión de los principios expuestos anteriormente. El enfrentamiento entre el Tribunal Superior de Alajuela y la Sala Cuarta ha sido provocado por el Tribunal, en un deseo a ultranza, expresamente manifiesto de terminar con este caso que ha tenido a todo el país pendiente. Probablemente, ha privado en el Tribunal el interés práctico de resolver el asunto y no poder por imposibilidad legal volver a ocuparse del caso.

Desde el momento que el Tribunal Superior de Alajuela tuvo conocimiento en forma oral, por medio del Abogado Defensor del imputado de Ricardo Alem, que la Sala Cuarta ordenaba la suspensión del juicio y que no se dictara la sentencia, el Tribunal debió atender a la solicitud. Suspender el debate aunque fuera en forma provisional, para averiguar o constatar lo informado por la defensa. No vale el argumento del Tribunal en cuanto a la comunicación escrita, el debate es oral y el Defensor cumplió informado oralmente y desde ese momento estaban obligados a acatar lo resuelto por la Sala Cuarta.

Por el contrario el Tribunal realizó maniobras, quizás lícitas, pero que no corresponden a un juez, el cual tiene que ser objetivo, imparcial y hay que decirlo "indiferente" frente al caso, de lo contrario, estaría adelantando criterio sobre el asunto. Estas maniobras legales puede realizarlas el Abogado Defensor, pero nunca un Tribunal.

La desobediencia del Tribunal, aunque el Fiscal General justifique la actuación de los jueces, causa un gran perjuicio, no a la Sala Cuarta, sino a la Institucionalidad del país. La Sala Cuarta ha puesto coto a una gran cantidad de arbitrariedades que se han venido cometiendo, aún dentro de la esfera judicial. El enfrentamiento entre Sala y Tribunal, debilita la eficacia de la jurisdicción constitucional. No se trata de solidarizarse con los jueces como han hecho algunos colegas, ni tampoco la Sala Constitucional es la panacea de nuestro ordenamiento jurídico, o como erróneamente la calificó un Ministro de Gobierno, de "una pomada que sirve para todo". Se trata, más bien de comprender que en un verdadero Estado de Derecho, nada ni nadie, particular o funcionario público, puede estar sobre la Constitución.

Esta Revista ha sido editada por
EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL

e impresa en los talleres de
PROCESOS LITOGRAFICOS DE CENTROAMERICA
PROLITSA, Tel. 233-2700

2.000 ejemplares
1998