

CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

MARZO-JUNIO 1992

AÑO 4, Nº 5

DOCTRINA EXTRANJERA

Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos
fundamentales

Prof. Luigui Ferrajoli

DOCTRINA NACIONAL

Bases para una legislación policial en Costa Rica

Prof. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Aporte al estudio del régimen procesal
de las contravenciones en Costa Rica

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

La extradición de nacionales en Costa Rica

Licda. Cecilia Sánchez Romero

Lic. Jorge Chacón Laurito

Herramientas informáticas para el control
y decisión de los procesos penales

Lic. Juan Diego Castro Fernández

El Ministerio Público y su papel en las
sentencias de sobreseimiento

Lic. Manuel Rojas Salas

La prueba en el Código Procesal Penal Tipo
para América Latina

Dr. Luis Paulino Mora Mora

Dr. Daniel González Alvarez

LEGISLACION COMENTADA

El aumento de las penas en Costa Rica

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente

Licda. Cecilia Sánchez Romero



DOCTRINA EXTRANJERA

Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales 2
Prof. Luigi Ferrajoli

DOCTRINA NACIONAL

Bases para una legislación policial en Costa Rica 9
Prof. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Aporte al estudio del régimen procesal de las contravenciones en Costa Rica 19
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

La extradición de nacionales en Costa Rica 29
Licda. Cecilia Sánchez Romero
Lic. Jorge Chacón Laurito

Herramientas informáticas para el control y decisión de los procesos penales 35
Lic. Juan Diego Castro Fernández

El Ministerio Público y su papel en las sentencias de sobreseimiento 43
Lic. Manuel Rojas Salas

La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina 53
Dr. Luis Paulino Mora Mora
Dr. Daniel González Álvarez

LEGISLACION COMENTADA

El aumento de las penas en Costa Rica 65
Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Penal reciente 73
Licda. Cecilia Sánchez Romero

ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

Cédula Jurídica N° 3-002-109059-14, Registro Nacional

DIRECTIVA

Presidente: Alfonso Chaves Ramírez
 Vicepresidente: Carlos Tiffer Sotomayor
 Secretaria: Linda Casas Zamora
 Tesorero: Juan Diego Rojas Araya
 Fiscal: Víctor Alfonso Dobles Ovares
 Vocal: Rafael Gairaud Salazar
 Vocal: Katty Fernández González

Diseño, artes finales e impresión por ABC Ediciones S.A, junio de 1992. Diseño arte final y dibujo de portada por Gerardo González.

PRESENTACION

El proyecto de ley para modificar las cuantías penales

En 1982 la Asamblea Legislativa aprobó una modificación al Código Penal, según la cual se establecieron sumas de mil, tres mil y cinco mil colones para distinguir los delitos de las contravenciones o faltas menores, así como también para distinguir un delito de competencia de un Juez Penal de aquellos cuya competencia corresponde a un Tribunal Superior.

Cuando se aprobaron esas cuantías, ya prácticamente estaban desactualizadas. Por esa razón al año siguiente y desde entonces (hace más de ocho años) la Corte Suprema de Justicia ha realizado diversos esfuerzos para que la Asamblea Legislativa apruebe un proyecto de ley (denominado de las cuantías penales, expediente legislativo N°10.759) que pretende elevar esos montos a sumas de cincuenta mil, cien mil y doscientos mil colones y busca establecer para el futuro un parámetro de medida que no se desactualice con el proceso inflacionario, utilizando como factor variable el monto de uno de los salarios base fijados por la propia Asamblea Legislativa en el Presupuesto Ordinario de la República.

La modificación de las actuales cuantías es evidente para todos. Es ridículo fijar como criterio la suma de tres mil colones, en el caso del robo con fuerza de las cosas, y cinco mil colones, en el caso de las estafas y demás defraudaciones, para distinguir cuándo un asunto lo conoce un juez unipersonal o bien un Tribunal Superior Penal compuesto por tres jueces superiores, luego de practicar una instrucción con otro juez más.

Lo que ha ocurrido en la actualidad es que casi todos los delitos contra la propiedad son de conocimiento de un Juez de Instrucción y de un Tribunal Superior, porque sus cuantías superan en la mayoría de los casos esos bajísimos montos fijados en el Código Penal. Consecuentemente, ello ha traído grandes inconvenientes para los ciudadanos que demandan justicia pronta y cumplida porque el procedimiento más largo y costoso debe aplicarse incluso a los casos leves. Nuestros Tribunales Superiores están colapsados atendiendo casos de bagatela, y dedicándole mucho tiempo a los miles de asuntos leves que por razón de baja cuantía deben conocer según el Código Penal. Ello los sustrae de atender los asuntos graves y complejos, perjudicándose también la eficiencia y la calidad de la justicia.

Por otra parte, los ciudadanos se ven afectados porque las penas más graves deben aplicarse también a éstos delitos de bagatela, aún cuando ese no fue el propósito del legislador al aprobar en 1982 esas cuantías.

A este momento se encuentra en el Plenario de la Asamblea Legislativa el proyecto que busca corregir ese problema. Se le han agregado ahora otras mociones que buscan resolver también el grave problema de la prisión preventiva en Costa Rica. Esperamos que las soluciones legislativas sean aprobadas en el menor tiempo. A la administración de Justicia debe exigírsele prontitud, sin embargo también deben suministrársele los instrumentos jurídicos idóneos para esos efectos.

Consejo Editorial

Daniel González Álvarez
 Henry Issa El Khoury Jacob
 Alfonso Chaves Ramírez
 Luis Sáenz Zumbado, Colaborador de Edición

Dirección Postal de la Revista

Corte Suprema de Justicia
 Código Postal 3-1003
 San José, Costa Rica.

DERECHO PENAL MINIMO Y BIENES JURIDICOS FUNDAMENTALES*

Prof. Luigui Ferrajoli

Profesor de la Universidad de Camerino, Italia

I. CUATRO CUESTIONES EN EL TEMA DE BIENES JURIDICOS

Desde hace algunos años asistimos, en Italia, Alemania y España, a un nuevo despertar de intereses y reflexiones teóricas y empíricas por parte de penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho, acerca del problema del bien jurídico. En torno a este problema viene a la vez tematizada la función –utilitaria y garantista– del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos. La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal.

Por otra parte las políticas del Derecho Penal parecen orientarse hoy en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabiliza-

ción dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

Esta distancia entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantista y las tendencias prácticas de los sistemas penales, exige que el problema del bien jurídico, que es el problema de los fines del Derecho Penal, sea repensado y analizado en los distintos niveles (axiológico, jurídico-positivo y sociológico) de la reflexión penal. Empecemos diciendo que bien jurídico es una palabra densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico, equivale a expresar sobre él un juicio de valor; decir que es un bien jurídico penal, equivale a expresar un juicio de valor penal, es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y puniciones de su infracción. Se entiende así el significado axiológico de "límite" o "garantía" del concepto de bien jurídico: "un objeto debe ser un bien jurídico porque su tutela penal esté justificada", pero ¿cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales? para responder estas preguntas conviene distinguir cuatro órdenes de cuestiones que corresponden a otros tantos niveles de discurso y poseen por ello un diferente estatuto lógico y semántico:

a) Si deben existir bienes, y cuáles, para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales.

b) Si existe un cierto ordenamiento el vínculo normativo del daño a ciertos bienes, y a cuáles para legitimizar constitucionalmente las leyes penales.

c) Si un cierto ordenamiento tutela legalmente los bienes determinados como se fijó arriba, y cuáles otros bienes o no bienes tutela dicho ordenamiento.

c) Qué cosa, es decir, cuáles bienes o no bienes tutela efectivamente dicho ordenamiento.

* Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

De estas cuatro cuestiones, la a) es de carácter ético-político, la b) de carácter jurídico-constitucional, la c) jurídico-penal; y, la d) de carácter sociológico o factual. Además, mientras a) es jurídicamente axiológica, las otras son descriptivas, aunque con referencia a universos distintos, esto es, a la constitución, a las leyes ordinarias y a la realidad social; pero la respuesta a cada una de las tres primeras tiene un valor axiológico con respecto a la última. En fin, mientras la primera y la última cuestión expresan un punto de vista externo (que es, por su orden, de tipo axiológico y de tipo fenomenológico), la segunda y tercera expresan un punto de vista interno al ordenamiento, relativo en la primera a lo que el Derecho Penal "debe ser" sobre la base de la constitución, y la segunda a lo que el Derecho Penal es sobre la base de las leyes. Es inútil decir que muchas de las incomprensiones, equívocos y dificultades que se presentan en las discusiones sobre el bien jurídico en Derecho Penal se originan en el hecho de que estas cuestiones, las cuales admiten diversidad de respuestas sobre la base de indagaciones y o de argumentos diversos, son frecuentemente tratados confusamente.

II. EL PROBLEMA AXIOLOGICO DE LA OFENSIVIDAD DE BIENES FUNDAMENTALES

De nuestros cuatro órdenes de problemas, el primero se refiere a la justificación externa o ético-política de las prohibiciones penales. Su distinción respecto del segundo y tercer problema, que se refieren a la legitimación interna o jurídica de las normas penales, es esencial en mi opinión para no caer en formas más o menos enmarcadas de legalismo ético. Mientras se confunden estos diferentes órdenes de problemas (uno de ética-normativa, los otros de ética-descriptiva) se continuará inevitablemente a afrontar con óptica legalista los problemas ético-políticos de la justificación del contenido de las prohibiciones, y con óptica justificacionista los problemas jurídicos de los intereses y no intereses tutelados por las leyes positivas; y la fórmula del "bien", así como las del "daño" y de la "ofensividad", girarán en el vacío sustrayéndose por igual a la carga de la justificación y a la del reconocimiento de los bienes jurídicos tutelados penalmente.

El problema filosófico de la justificación axiológica externa de las prohibiciones penales fue un problema central en el pensamiento iluminista, el cual, como se sabe formuló por primera vez el principio de ofensividad penal sobre la base de una firme opción utilitaria. Solo el daño causado a otros (afirmaron concordamente Groccio, Hobbes, Pufendorf, Tomasius,

Beccaria y Bentham) puede justificar la prohibición y la punición de un comportamiento. Es claro que semejante principio, con el cual se postuló la secularización del Derecho y su separación de la moral es ya de por sí un potente criterio de delimitación cualitativa de la esfera penal que valió para excluir de ella todos los comportamientos solo inmorales, los actos contra uno mismo, los vicios y las inclinaciones mal sanas, los actos internos, los estados de ánimo, etc. Al mismo tiempo, en cuanto implica un balance entre el costo de las penas y el de los daños prevenidos por ellas, el principio de utilidad sirve además para delimitar cuantitativamente la esfera del Derecho Penal caracterizándolo como *ius-necessitatis* sólo permitido como remedio extremo para las violaciones más graves y no prevenibles por otros medios. "Oficio de las leyes, que son reglas autorizadas (escribió Hobbes) es hacer que los ciudadanos no se perjudiquen unos a otros..., de modo que una ley que no es necesaria, por faltarle el verdadero fin de la ley, no es buena. *Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico*", afirma Beccaria citando a Montesquie; además, agrega "prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que no pueden nacer sino crear otros nuevos". Y Bentham polemiza duramente, en nombre del principio de utilidad, contra la tendencia de muchas leyes de su tiempo de castigar una cantidad innumerable de violaciones fútiles y pueriles.

Mucho más difícil es el problema de "cuáles deben ser" los tipos de bienes cuya tutela justifica la prohibición, como delitos, de los comportamientos que los ofenden. Aquí el principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto, el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales reconocer un bien como merecedor de tutela penal. Según el pensamiento iluminista (de Tomasius, Feuerbach y Humboldt, de Bentham y Condorcet, a Filangieri, Romagnosi, Pagano y Carmignani) el objeto del delito debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona: comprendidos en esta expresión los bienes fundamentales indicados por Locke como aquellos para cuya tutela se constituye el Estado, esto es "la vida y cuanto contribuye a su conservación, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo o los bienes". Como se sabe, esta noción restringida sufre después una parábola al término de la cual perdió todo valor axiológico: extendiéndose primero, con Birnbaum, a cualquier "bien que debe ser tutelado por el Estado"; con Hegel abstractizándose y llevando su referencia empírica de "lo que es justo en su existencia" al "derecho en sí", de la parte lesionada "al universal lesionado", y siguiendo las huellas de Hegel, perdiendo todo vínculo con los intereses ma-

teriales de los individuos de carne y hueso y llegando a comprender, para Ihering "todo lo que puede servir al interés del Estado" y Binding todo lo que "tiene valor a los ojos del legislador"; en fin, en las doctrinas fascistas y nazis, identificándose directamente con el interés del Estado o peor aún con el sentimiento del deber y de la fidelidad a su jefe, de manera que pasa de ser criterio de delimitación y deslegitimación externa, a ser un instrumento autoreflexivo de legitimación ético-político del poder punitivo.

Frente a estas perversiones ético-estatalistas, el primer objetivo de la cultura penal-democrática de la segunda post-guerra fue por un lado restaurar la referencia semántica del concepto de "bien" a situaciones objetivas y a intereses de hecho, independientes de las (o preexistentes a las) normas jurídicas; por el otro, restituir a dicho concepto relevancia crítica y función axiológica, aunque solo sea como límite interno referido a valores o bienes constitucionales. Esta identificación del horizonte axiológico de los bienes jurídicos con la constitución me parece, por otra parte, un residuo de legalismo ético, aunque ello sea en la versión progresista del constitucionalismo ético. En efecto, si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre Derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal no puede depender ni ser condicionada de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente, prescindiendo del ordenamiento que tenemos en frente.

Es claro que aquí entran en juego las diversas concepciones y opciones políticas sobre las funciones del Estado en el tema del control punitivo y más en general sobre las relaciones entre Estado y ciudadano y entre poder y libertad. Una visión teológica o ética o de cualquier modo idealista del Estado será llevada a reconocer un bien merecedor de tutela en cualquier cosa que guste al soberano, y una ofensa en cualquier cosa que le disguste. Pero según Guiseppe Maggiore, penalista facista y católico "todo delito es en definitiva un delito de felonía, un crimen de lessa majestad".

Resultados no muy distintos, como se ha visto, ha tendido gran parte de la cultura penalista del último siglo, la cual, elaborando sobre bases jurídico-formales, doctrinas políticas o sustanciales del bien jurídico, llega a concebir el Estado como bien supremo y su interés o su voluntad como valores a priori, transmutando de este modo la legitimación externa con la interna y pasando del positivismo jurídico al estatalismo ético. Por el contrario, una concepción laica y democrática del Estado y del Derecho Penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, en-

tendiendo por ofensa no solo el daño sufrido sino también el peligro corrido. Obviamente el problema es qué entender por "bienes fundamentales de las personas". Es claro que se trata de una noción que incluye todos los "derechos fundamentales", no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc. Pero también incluye bienes que no son derechos, como el interés colectivo en una administración no corrupta de los asuntos generales, interés ciertamente fundamental para todas las personas. Entonces podemos llamar principio de ofensividad personal a ésta reformulación del concepto axiológico de bien jurídico penal, tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como por qué en base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses individuales o colectivos de éstas.

Naturalmente que el criterio resulta un poco genérico e indeterminado. Se lo puede precisar afirmando que ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor al de los bienes que resultan negados mediante las penas. Obviamente tal comparación no es posible de modo riguroso sino solo a través de juicios de valor. Esto no quita, como veremos que el mismo pueda actuar como poderosa "navaja de Occam" en relación con la crisis inflacionaria que hoy obliga a la justicia penal.

III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA GARANTIA DE LA OFENSIVIDAD PENAL

Otro orden de problemas es el expresado por la pregunta de si en un determinado ordenamiento existe el límite interno de la ofensividad de un cierto bien y cuáles son los bienes a cuya tutela las leyes están vinculadas. Ambas cuestiones atañen a las condiciones de legitimidad interna de las prohibiciones tal como pueden apreciarse no por medio de juicios de valor sino a través de aserciones basadas en el análisis de las leyes positivas; y por ello admiten soluciones diversas según los ordenamientos de que se hable. Por ejemplo en muchos ordenamientos socialistas el requisito de la ofensividad aunque no sea personal se encuentra enunciado expresamente en los códigos penales en los que sin embargo no figura como un elemento estructural del delito sino como una condición en cuya ausencia tiene lugar una discriminante sometida a la valoración prudencial equitativa del Juez.

En nuestro Código Penal, el mismo principio, aún cuando no expresado explícitamente, ha sido reconoci-

do por una reciente doctrina en los artículos 43 y 49, 2do. Apartado, que requieren uno la existencia y el otro la posibilidad de un "resultado dañoso y peligrosos" como elemento estructural del delito. Más discutible es si dicho principio ha sido constitucionalizado en nuestro ordenamiento. Ciertamente que nuestra Constitución aún vinculando el contenido de las prohibiciones penales al respeto de muchos otros principios (de libertad, igualdad, etc.) no contiene ninguna norma que enuncie expresamente el vínculo de la ofensividad personal. Pero se ha sostenido autorizadamente que el principio en nuestra Constitución la cual excluye (sobre todo con los artículos 13, 25, 27) que el bien constitucional primario de la libertad personal pueda ser privado por medio de penas detentivas, sino es para tutelar bienes jurídicos que a su vez son constitucionalmente relevantes. Si se comparte esta tesis, puesto que el valor constitucionalmente más relevante es el de la persona humana, también nuestro principio de justificación externo de la ofensividad personal recibe fundamento constitucional aunque sea directo. En todos los casos, más allá de los argumentos textuales, sería ilógico pensar que la constitución pueda admitir privaciones de aquel bien constitucionalmente relevante que es la libertad personal, salvo para prevenir lesiones de bienes de rango igualmente constitucional. También el criterio de la comparación, mediante juicios de valor, entre costos de las penas y costos de los delitos prevenidos por ellas tiene, consiguientemente, un fundamento constitucional.

IV. EL PROBLEMA DE LOS BIENES JURIDICOS LEGALMENTE TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL

Es una cuestión completamente diferente sí, y en qué medida, un determinado sistema jurídico satisfaga el principio de ofensividad, es decir, tutela legalmente los bienes, en particular constitucionales y más en particular los que interesan a las personas. La respuesta es por desgracia negativa, lo cual equivale a una pesada censura de ilegitimidad, político constitucional del ordenamiento penal positivo. Como ya se dijo, nuestro sistema penal, como muchos otros, desde hace muchos decenios ha sufrido una creciente crisis inflacionista. Esta crisis se ha manifestado en una extensión de los bienes penalmente protegidos en tres direcciones: ha habido una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Por un lado a través del incremento (expresión de una concepción autoritaria del Estado) de delitos sin daño, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado, la moralidad pública, etc.; por el otro, a través

del aumento incontrolado, provocado por la incapacidad del Estado de intervenir con sanciones administrativas, de los delitos contravencionales, con frecuencia consistentes en infracciones de poca monta o en meros ilícitos de desobediencia. En segundo lugar ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, a través de uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial: piénsese, para dar solo dos ejemplos, en los diversos delitos asociativos y en las variadas figuras de peligrosidad social. En tercer lugar tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los "actos preparatorios" o "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro" o similares. Sin contar con la persistencia en nuestro ordenamiento, de residuos premodernos como las previsiones de delitos consistentes en hechos dirigidos contra sí mismo, desde la ebriedad, al uso de estupefacientes, además de todos los delitos de opinión y contra la religión. El resultado de semejante inflación, apenas afectada por las distintas leyes de penalización promulgadas en los años pasados, es puramente la vanificación del concepto de "bien penal" como criterio axiológico de orientación de las opciones penales. Una innumerable cantidad, del todo casual y contingente, de bienes equivale en efecto a la falta total de valor asociado a la idea del bien como límite axiológico del Derecho Penal. Y señala la sobrecarga de funciones del todo impropias que pesan una vez más sobre nuestra justicia penal.

El análisis de los bienes, valores o privilegios legalmente tutelados revista por otra parte una importancia no solo científica sino también política formando el presupuesto de toda valoración crítica del Derecho vigente y de toda consiguiente perspectiva de reforma. Si es verdad, como escribió brutalmente Ihering, que *"la tarifa de la pena mide el valor de los bienes sociales"* y que *"poniendo en un lado los bienes sociales y en el otro las penas se obtiene la escala de valores de una sociedad"* resulta difícil negar el carácter pletórico, antiliberal, irracional y tendencialmente clasista de la escala de los bienes tutelados por nuestro Derecho Penal y el escaso valor que éste asocia a la libertad personal, privada por virtud de penas detentivas, aún por infracciones levísimas, y es fácil reconocer el contraste entre esta escala de valores y la sugerida por nuestra constitución, la cual, en cambio, confiere el primer rango a la libertad personal y la dignidad de la personal.

V. EL PROBLEMA DE LOS BIENES EFECTIVAMENTE TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL

La cuarta cuestión enunciada al comienzo es independiente de las que hemos examinado hasta ahora: si el Derecho Penal tutela efectivamente bienes jurídicos y ¿cuáles son estos bienes? Se trata, como lo he dicho de una cuestión empírica de tipo sociológico, que es resuelta sobre la base de lo que efectivamente ocurre: no con referencia al Derecho en general, sino al Derecho Penal positivo de cada ordenamiento singular, una investigación semejante es muy problemática. Para verificar si existen y cuáles son, los bienes jurídicos efectivamente protegidos en un ordenamiento penal tendríamos que ser capaces de comprobar, ya no cuáles son las violaciones de las leyes penales descubiertas y penalmente sancionadas, sino por el contrario cuáles y cuántas son (admitido que las leyes penales de que se trata prohíban comportamientos que lesionan cierto objeto que merece ser calificado como bien jurídico; lo que constituye la segunda de nuestras cuatro cuestiones) las observaciones de tales leyes inducidas por las mismas y por amenaza de las penas previstas en ellas. En efecto, las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

Está claro que esta investigación es imposible. Los beneficios del Derecho Penal pueden ser solo supuestos equivaliendo a la falta de lesiones de bienes jurídicos asegurados por la existencia del Derecho Penal, o bien a las lesiones que por el contrario se producirían si aquel faltara. Lo que podemos comprobar empíricamente en base en las violaciones penales y de sus puniciones son únicamente sus desventajas, es decir:

a) El grado de ineffectividad de las prohibiciones penales, o bien la cantidad de las lesiones de los bienes jurídicos cometidas a pesar de la amenaza de las penas;

b) Los costos del Derecho Penal para los transgresores, así como para los sujetos injustamente acusados, es decir, los sufrimientos y las restricciones padecidos por ellos con el proceso y con la pena;

c) en fin, los costos de la máquina penal para la sociedad.

Además, podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente

superior respecto a los costos penales legalmente previstos.

VI. BIENES PENALES FUNDAMENTALES Y PROHIBICIONES MINIMAS NECESARIAS

En este punto podemos medir la distancia entre el principio axiológico de ofensividad enunciado en el plano ético político con referencia a bienes asumidos como fundamentales, y el grado de tutela efectiva ofrecida a tales bienes por la práctica penal. Más exactamente podemos medir: a) la distancia entre tal principio y el equilibrio aún constitucional de cada ordenamiento penal, en el que se estime que el vínculo de la ofensividad no esté normativamente incorporado en este; b) donde tal vínculo esté en cambio incorporado como principio constitucional, la distancia entre los bienes constitucionales a los que éste limita la tutela penal y las miríadas de bienes incluso inconsistentes, tutelados por la ley; c) en fin, la distancia entre bienes legalmente y los efectivamente tutelados.

La primera diferencia contradice los fines justificantes del Derecho Penal o bien sus fundamentos axiológicos externos, y es, como tal, un factor de ilegitimidad ético-político; la segunda diferencia contradice sus fines constitucionales, o bien sus fundamentos axiológicos internos y es, en cuanto tal, un factor de ilegitimidad constitucional; el tercero contradice sus fines legales y es por ello un factor de ilegitimidad legal. Todos las falacias ideológicas que afligen a las doctrinas y a las discusiones alrededor del bien jurídico dependen, en mi opinión, de no comprender estas diferencias y de las consiguientes confusiones entre los diversos niveles de discurso a que ellos se refieren: o por adormecerse en la doctrina normativa (metajurídica o también constitucional) del bien jurídico, ignorando la realidad de las leyes y de las praxis penales, o peor aún falseando la primera como descriptiva de la segunda, o por registrar descriptivamente los bienes y los no bienes tutelados o no tutelados por las leyes vigentes y por las prácticas efectivas bloqueando su dimensión axiológica violada y, en consecuencia, los perfiles de la ilegitimidad política y constitucional. Que son, en fin, falacias ideológicas por violación de la ley de Hume que resultan de la indebida derivación del ser al deber ser y viceversa.

Por el contrario, una doctrina garantista del bien jurídico debe tematizar aquella triple diferencia y sus correspondientes perfiles de ilegitimidad para procurar su eliminación o al menos su reducción. Es de este modo que la doctrina del bien jurídico puede valer como instrumento de crítica sea política o constitucio-

nal de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo: por las prohibiciones, como por las penas y los juicios. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela. Al mismo tiempo, semejante reformulación supone una revaloración de los bienes sustraídos a las penas, ya que, la relación entre delitos y penas señala no solo el valor social asociado a los bienes ofendidos por las primeras, sino también el valor asignado a los bienes sustraídos de las segundas. Y es claro que el grado de civilización de un ordenamiento se mide sobre todo por este segundo valor y por ende, por la economía de las prohibiciones y de las penas, o bien por el grado de tolerancia social expresado ante la conducta desviada sobre todo si esta no ofende los derechos fundamentales de las personas.

Un programa de Derecho Penal mínimo debe entonces apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Para tal fin, nuestro principio de ofensividad personal (que supone una noción de bien jurídico ciertamente más extenso que la del derecho subjetivo indicada por Feuerbach, pero más restringida que la genérica e indeterminada sugerida por Birnbaum, para no hablar de otras elaboradas después, tiene el valor de una cortante navaja de Ocam idónea para excluir como justificadas muchas figuras penales consolidadas, o en otros casos, para restringir su extensión mediante profundos cambios de estructura). Creo que puedo indicar al menos tres clases de delitos respecto de los cuales se ajercita la función minimizadora de nuestro principio en la esfera de la relevancia penal.

La primera minimización es de carácter cuantitativo. La clase más numerosa de delitos cuya prohibición resulta deslegitimada por nuestro principio de ofensividad personal es la de todos los delitos bagatelarios (sin valor), los cuales no justifican ni el procedimiento penal ni la pena: en particular, la entera categoría de las contravenciones y junto a ella la de los delitos solo punibles con multa o alternativamente con multa y prisión, las cuales serían todas despenalizadas en nombre de la máxima economía del instrumento penal y de la reducción de las prohibiciones al mínimo necesario. En efecto, es evidente, en una perspectiva de Derecho Penal mínimo que si el legislador prevee un ilícito como contravención y o fija para él una sanción pecuniaria quiere decir que éste ilícito no es considerado por él como ofensiva

de bienes fundamentales y que el Derecho Penal es un instrumento desproporcionado para prevenirlo, en otras palabras podemos decir que ningún bien o derecho que sea considerado fundamental, es decir, merecedor de tutela penal, puede ser monetizado de modo que la previsión misma de penas pecunarias y de delitos sancionados con ellas indica o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental) y entonces contrasta en todo caso con el concepto mismo del bien penal protegido y con el relativo principio de ofensividad. Deseo insistir sobre el efecto de extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal que resultaría de la supresión de esta enorme cantidad de ilícitos casi siempre artificiales, sobre todo se reduciría la esfera de los errores inevitables de la ley penal que justamente una reciente sentencia de nuestra Corte Constitucional ha declarado excusables. Sería superada toda la compleja problemática teórica originada en las "sanciones sustitutivas" aplicables con discutible discrecionalidad o peor aún mediante pactos, como alternativa a las penas así como por los procedimientos sumarios previstos para tales delitos. En fin., adquiriría una mayor linealidad y unitariedad la relación entre delito, proceso y pena: ilícito serían solo los delitos con los requisitos subjetivos y objetivos requerido para ello; penas serían solo restricciones de la libertad, de tipo detentivo o de otros tipos; proceso sería solo el procedimiento dirigido a limitar la libertad personal para tutelar bienes penales fundamentales.

La segunda minimización es de carácter cualitativo. De las innumerables abstracciones catalogadas por nuestro Código y otros Códigos Penales como "bienes jurídicos", y como títulos de otras tantas clases de delitos (la personalidad del Estado, administración pública, la actividad judicial, la religión del Estado, la piedad de los difuntos, el orden público, la incolumidad pública, la fe pública, la economía pública, la industria y el comercio, la moral y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad y salud de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral familiar, el Estado de familia, la asistencia familiar, el patrimonio y, solo al final la integridad física de las personas) nuestro principio de ofensividad personal permite considerar "bien jurídico" solo aquellos cuya lesión se concreta en un daño para las personas de carne y hueso. Puesto que el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras Instituciones fueron hechas por el hombre. En particular, la clase más notable de normas penales que resulta sin justificación si se sigue tal principio es aquella que en Italia fue producida aluvionalmente por la codifica-

ción fascista y por la reciente legislación de emergencia bajo la etiqueta de los "delitos políticos o contra la personalidad del Estado". En la medida en que no existe ni una persona identificable con el Estado, ni mucho menos un bien o un valor asociable con ella en cuanto tal, estos delitos (frecuentemente configurados en términos vagos y valorativos y por ello también en contraste con el principio de estricta legalidad) están en su mayor parte privados de objeto y por ende de razón de ser. Precisamente algunos de ellos, como los delitos asociativos y los atentados, son duplicaciones de otros delitos o tentativas llamados "comunes"; otros, como los vilipendios, ultrajes (en cuanto son castigados más duramente que las simples injurias) y en general los delitos de opinión, están provistos para tutelar privilegios e inmunidades que no solo contradicen los principios de libertad o igualdad, sino que no integran ningún bien jurídico para ninguna persona y mucho menos para los ciudadanos comunes.

La tercera minimización es de carácter estructural. Y se deriva del cambio de estructura que impone el requisito de la ofensividad personal a varias clases de delitos. Me refiero sobre todo a los delitos de "atentado" que nuestro Código define como "actos dirigidos a..." realizar determinadas lesiones –incluyendo allí aún los actos preparatorios y las ideaciones, sin tomar en cuenta el peligro corrido por los bienes atacados y que serían reformulados como "actos idóneos para..." producir tales lesiones; es decir, serían transformados en figuras de "tentativa" y por lo tanto suprimidos, puesto que, como ya observé, la tentativa ha sido prevista en general para todos los delitos. Pero lo mismo cabe hacer con todos los llamados "delitos de peligro abstracto" o "presunto" en los que el peligro tampoco es requerido como algo concreto, como "peligro corrido" por el bien jurídico, sino que es presumido en abstracto por la ley, de manera que, en los casos en que ese peligro no exista de hecho, se castiga la mera violación formal de la ley por parte de una acción inofensiva de por sí. Si se quiere aplicar el principio de ofensividad, también estos delitos tendrían que ser reestructurados como delitos de daño, por lo menos, de peligro concreto, según sea que el bien jurídico merezca una tutela limitada al daño o anticipada a su mera puesta en peligro: por ejemplo la previsión del delito de "actos obscenos" sólo justifica si es construido como un delito de daño contra la persona, es decir, para impedir actos de exhibición o de algún modo lesivos de la libertad de terceros que no consintieron; mientras que en la forma del delito de peligro abstracto en que está configurado en nuestro Código, el "acto obsceno" ofende solamente la "moralidad pública", es decir, no

causa ningún daño, "salvo para los neuróticos que –como dice el Prof. Herbert L. A. Hart– se afligen de sólo pensar que alguien esté violando en privado la moral". Finalmente, en otros casos –como los delitos de asociación, de conspiración, de instigación, de insurrección, de guerra civil– no basta ni siquiera que sea expresamente requerida la comprobación del peligro corrido en concreto por el bien jurídico tutelado: es decir, no basta que el peligro no sea presumido por la ley, como en nuestro ordenamiento, sino que debe ser concretamente probado por el acusador o, al menos, desmentible por parte de la defensa. En efecto, como ha sido observado, en tales casos el peligro concreto no se presta a una prefiguración legal taxativa, y su comprobación tiende inevitablemente a recalcar el modelo penal del "tipo de autor", basado en la valoración inevitablemente arbitraria de la personalidad del imputado. Agréguese que estos delitos, y típicamente los "delitos asociativos", si no conllevan una duplicación de la responsabilidad por los delitos comunes a través de los cuales se realizan las actividades subversivas o insurreccionales, actúan de hecho como delitos "de sospecha", sustitutos de otros delitos más concretos no sometidos a juicio por falta de pruebas. De donde resultan lesionadas, como lo ha mostrado la experiencia italiana de estos últimos años, también todas las garantías procesales, desde la presunción de inocencia a la carga de la prueba y el derecho de defensa. Y esta es una razón de más (que se agrega a la ausencia de autónoma ofensividad y a veces de materialidad) que hace inaceptable todo proyecto de reforma estructural de estos delitos y que más bien aconseja su supresión.

En conclusión, el principio de ofensividad personal, entendido en el sentido que aquí se ha explicado, tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones. Y equivale, por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada. Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido "engaño de las etiquetas" consistentes en llamar "administrativas" sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al *mínimo necesario* puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal.

BASES PARA UNA LEGISLACION POLICIAL EN COSTA RICA

Prof. José Manuel Arroyo Gutiérrez
Juez Superior Penal.

I. EL DIAGNOSTICO

1. Nivel Conceptual

Una de las consecuencias inmediatas de la abolición del ejército en Costa Rica, en el plano práctico, fue el surgimiento de una Fuerza Pública de naturaleza y composición *sui generis* que combinó rasgos militares con policiales.¹ La circunstancia de haber acontecido un hecho bélico de relieve, del cual surgió un nuevo grupo que tomó el control político de la República, dio a las nascentes fuerzas de policía un sesgo que iba más allá de la pura función de "vigilancia y conservación del orden público", declarados en la Carta Magna. Esta composición híbrida ha hecho que en los últimos cuarenta años de vida republicana en Costa Rica, los diversos cuerpos de policía existentes, hayan sido periódicamente influenciados por corrientes militarizantes, sobre todo en épocas de conflictos internacionales regionales, descuidándose el rol que constitucional y legalmente les ha sido asignado.² Así pues, la llamada Fuerza Pública ha tenido que atender problemas de defensa de la seguridad nacional, propia de un ejército y a la vez, se ha ocupado de la vigilancia y mantenimiento del orden público interno, función característica de un cuerpo policial en sentido estricto.³

Sobe la base de esta realidad histórica, creemos que el desarrollo futuro de la Fuerza Pública de nuestro país debe orientarse a fortalecer el carácter eminentemente policial que inspiró la abolición del ejército, afianzando en consecuencia hacia el interior, la institucionalidad democrática y en relación con el exterior, depositando la seguridad del país en los instrumentos de Derecho Internacional, sin perjuicio de hacer valer en caso necesario, le párrafo segundo del mismo artículo 12 constitucional, que permite la reconstitución de fuerzas militares para la defensa nacional.

Ese ideal, sin embargo, topa en la actualidad con una serie de obstáculos que lo ponen en peligro. Cierta-

mente, la sociedad costarricense actual no es la misma de hace cuarenta o cincuenta años. Ha habido profundos cambios en el crecimiento y distribución poblacional, la modernización ha traído los típicos conflictos de los centros urbanos en países subdesarrollados relacionados con marginalidad y pobreza crecientes y, en el campo de la criminalidad, nuevos y más frecuentes hechos delictivos hacen pensar en reacciones que quizá no sean las más adecuadas, apuntándose a una mayor represividad o haciendo depender su control de un mayor número de policías o de penas más severas.

Por nuestra parte vislumbramos una alternativa diferente en materia policial, que sin descuidar un fortalecimiento de esta agencia del sistema penal, procure a la vez no romper con la tradición e idiosincracia muy costarricense, y que han permitido construir una saludable paz social. Por una parte es impostergable dotar a este sector de una legislación moderna que establezca un marco jurídico acorde con los nuevos tiempos, que dé cierta estabilidad laboral y prestigio profesional a los policías; pero que por otro lado encuadre adecuadamente su accionar dentro de principios constitucionales, de Derecho Internacional y legales en general, que permitan seguir manteniendo un efectivo funcionamiento del régimen de derecho. Los riesgos de seguir descuidando este sector o agencia policial son mucho mayores. El crecimiento acelerado

1. La Junta Fundadora de la Segunda República abolió el ejército mediante Decreto Nº 280 del 25 de noviembre de 1948, mismo que fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 1º de diciembre siguiente. La Constitución Política del 7 de diciembre de 1949 consagró la misma disposición en su Artículo 12.
2. Urucuyo, Constantino; Los militares y la democracia, Las relaciones cívico-militares en Costa Rica. ¿Militarización o adaptación a nuevas circunstancias?, 1988, pp. 322-323.
3. ILANUD-AID; Estudio Sectorial sobre la Administración de Justicia en Costa Rica, Anexo 4. La Policía de Costa Rica, San José, octubre de 1986, pp. 17-18.

y sin controles de una "policía privada" que cada vez más desplaza al Estado como proveedor de seguridad pública, o bien la legislación sectorial que privilegia o fortalece desmedidamente ciertos cuerpos policiales en detrimento de otros, son males que a mediano plazo y de manera mucho más directa pueden amenazar seriamente la estabilidad política y la institucionalidad democrática del país.

Se trata entonces de detectar los vicios y carencias fundamentales de nuestra Fuerza Pública, para aplicar algunos correctivos, poniendo a esta Institución a jugar el papel que el ordenamiento jurídico ya le ha definido.

2. NIVEL ORGANIZACIONAL

En este campo, los vicios fundamentales que se detectan en nuestra Fuerza Pública, son los siguientes:

a. Ausencia de planificación

No ha habido una verdadera política policial en nuestro país que prevea las necesidades del sector, defina con claridad su naturaleza, organización y funcionamiento, dote a los servidores policiales de los equipos adecuados, etc. Uno de los síntomas más claros en esta carencia institucional es la imposibilidad de encontrar cifras y estadísticas confiables que permitan un acercamiento científico a la situación real de este sector.

b. Desorden estructural

A lo largo de la vida republicana en Costa Rica, se ha ido improvisando en materias tan delicadas como la creación de cuerpos policiales, la definición de sus competencias, sus funciones, etc. Una buena cantidad de estas unidades de policía son creadas mediante decretos ejecutivos y el resultado ha sido la proliferación de cuerpos policiales dependientes de diversos ministerios, casi todos con competencia a nivel nacional; se han creado secciones o departamentos al interior de distintas policías que atienden un mismo problema; tales los casos de los cuerpos llamados "anti-drogas" o "antiterroristas", y por supuesto, las duplicidades, choques y espíritu competitivo han aflorado como nota dominante entre los diversos cuerpos policiales.

A lo anterior hay que agregar la diversidad de concepciones acerca de la estructura de las diferentes policías. Así, las hay completamente centralizadas, de carácter militar en este aspecto, como lo son la Guardia Civil o la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacio-

nal; las hay semicentralizadas como es el caso del Organismo de Investigación Judicial y las hay descentralizadas, o partir de regionalizaciones donde los jefes regionales o departamentales tienen un grado de autonomía importante, como es el caso de la actual Guardia de Asistencia Rural.⁴

c. Desorden funcional

Ha sido característico en nuestros cuerpos policiales la ausencia de coordinación y la ineficiencia en el desempeño de sus labores. Claramente se puede notar la confusión que con frecuencia se presenta en las líneas de mando, la interferencia entre ellas y la dificultad que a posteriori, para sentar responsabilidades en casos de operaciones mal llevadas. Todo esto ha traído, en casos críticos, la impresión de que se presta un mal servicio y que, lejos de cumplir con su misión la Fuerza Pública costarricense contribuye a la inseguridad ciudadana.⁵

d. Insuficiencia de recursos

Pese a que el presupuesto general de la República, sobre todo en los últimos quince años ha destinado importantes y crecientes porcentajes al renglón de seguridad, lo cierto es que se está muy lejos de preparar, uniformar, etc. adecuadamente a los servidores policiales. Algunos de los síntomas más lamentables en este campo se manifiestan cuando nuestros "policías" reciben becas de adiestramiento militar en el extranjero o visten trajes de fatiga o camuflaje, todo por el sencillo hecho de que son recursos donados.

e. Ausencia de marco jurídico adecuado

No puede seguirse pensando que con legislación anacrónica, improvisada o sectorial, se van a atender como se debe los problemas de seguridad pública. En este sentido, se trata tanto de legislar para crear una policía moderna, preparada y civilista, que responda a un verdadero Estado de Derecho preocupado por las libertades públicas y los Derechos Humanos, cuanto de darle al sector policial una normativa de fondo y

4. *Ibidem*, ILANUD-AID, pp. 19,20,21.

5. Ver Primer Informe Unánime, Comisión Especial Legislativa nombrada para investigar todo lo relacionado con la muerte del menor Wagner Alfonso Segura Brenes, Expediente N° 10943. Dado en la Sala de la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios, a los diez días del mes de agosto de mil novecientos noventa. (diputados Altamura Carriero, Villalobos Villalobos y Muñoz Quesada).

sada, ni se le notificó la sentencia, la cual intervino al enterarse del verro judicial ante esa sede. Podría afirmarse incluso que el plazo para recurrir ante casación no le ha precluido porque no fue notificada la sentencia a la Procuraduría General de la República.-

4.- Por todo lo expuesto, aún cuando me pronuncio por rechazar la incidencia, voto por declarar de oficio la nulidad de la sentencia únicamente en cuanto se tuvo por desistida la acción civil incoada por el representante legal del Estado, y disponer que las partes recurran a la vía civil ordinaria en demanda de sus derechos.-

Voto salvado del Magistrado Ramírez

Considerando:

I.- Sustanciado el recurso de casación interpuesto por el licenciado René Reyes Cajina, defensor de la imputada, esto es, puesta en estado de sentencia la causa, el licenciado Jorge Umaña Rodríguez, Procurador Penal de la República, formula incidente de nulidad absoluta de actuaciones y de la sentencia recaídas en este proceso, con apoyo -en resumen- en los siguientes argumentos: a) que por resolución de las 15:10 horas del 8 de junio de 1990, el Juzgado Segundo de ***, rechazó indebidamente la acción civil resarcitoria que presentara, pues con anterioridad el Tribunal Superior de *** en resolución de las 16:00 horas del 4 de mayo de 1990, había confirmado la apelación interpuesta contra la también resolución del instructor que tuvo dicha acción como bien constituida; y, b) solicita nulidad absoluta de la sentencia del Tribunal Superior Penal ***, N 238-90 de las 18:20 horas del 18 de octubre de 1990, que declara desierta la acción civil resarcitoria, por no haber concurrido el petente al respectivo juicio oral y público, pero -agrega- que si no lo hizo fue porque no se le notificaron las resoluciones de citación a juicio y señalamiento para el debate.

II.- El suscrito Magistrado, una vez hecho el correspondiente estudio de las actuaciones de este proceso, llega a las siguientes conclusiones, que por su naturaleza considera definitorias: el incidentista como representante de la Procuraduría General de la República, oportunamente (8 de setiembre de 1989) se constituyó en actor civil (folios 226 a 238). El Juzgado Segundo de Instrucción ***, le dio el curso de ley (folio 232). La defensa se opuso a la constitución del actor civil (folio 234). El expresado Juzgado concluyó en que el libelo de acción civil reunía los requisitos legales y desestimó "lo que pareciera ser una excepción de falta de derecho" (folio 236). La defensa apeló de esta última decisión y admitida que fuera, el Superior del instructor mediante resolución N 749-90 de las 16 horas del 4 de mayo de 1990, dispuso: "POR TANTO: Se confirma la resolución en alzada. Se admite como autor (sic) civil a la Procuraduría General de la República, en representación del Estado." (folio 248). De toda la actividad procesal descrita, a excepción de la audiencia por tres días conferida por el indicado Tribunal Superior acerca de la apelación comentada (folio 246), fue notificada la parte civil, y por lo tanto lo actuado no resulta afectado de vicio procesal alguno.

III.- Contrariamente a como opina el incidentista, su primigenia acción civil resarcitoria -como se verá- en ningún momento le fue rechazada por el instructor. Su confusión se infiere de la resolución de dicha autoridad de las 15:10 horas del 8 de junio de 1990 (folio 249), en cuanto si bien rechazó una acción civil, ella lo fue la presentada el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa a las diez horas (que denominaré "segunda acción"), se soslayó o inadvirtió la parte o párrafo final de la mencionada resolución (folio 249) que, luego de las razones extendidas para rechazar la "segunda acción", dice: "...; no obstante ello haber resuelto el Tribunal Superior mencionad, la acción civil anteriormente presentada, donde se tuvo como parte al Procurador General de la República.", (obsérvese que en línea primera de la parte transcrita -cuyo subrayado es del suscrito- se omitió la proposición

"por" entre las palabras "ello" y "haber". En efecto, la locución conjuntiva "no obstante" con que se inicia dicho párrafo, sin hesitación alguna, dejó a salvo la primera acción civil, sea la presentada el 8 de setiembre de 1989 -en tiempo y forma- y que confirmara el ad-quo según se explicó en el Considerando II. Nótese, por otra parte, que en ningún momento el instructor dijo expresamente que rechazaba la primera acción civil. Por el contrario, la dejó a salvo. De lo expuesto se evidencia que la constitución del actor civil se encontraba a derecho, situación que, no obstante, ser notificado de tal resolución, no lo obligaba a hacer ningún tipo de reparo, pues, se insiste, su acción estaba legalmente constituida. Por su parte, el instructor actuó correctamente, pues se apresuró a rechazar una acción civil -segunda- (idéntica a la formulada originalmente) por estimarla extemporánea. Y finalmente, como un argumento más en refuerzo de la tesis de la Sala, debe repararse que si el Tribunal Superior de *** decretó en sentencia la deserción de la acción civil ante la no comparecencia del interesado, ello innegablemente obedeció a que consideró que estaba legalmente constituido (primera acción), pues de lo contrario no habría procedido en esa forma, esto es, la deserción sería redundante e innecesaria frente a un sujeto procesal excluido con antelación.

IV.- Surge ahora el segundo problema enfocado por el representante del Estado (punto b) señalado en el Considerando I). Siguiendo la secuencia normal de los procedimientos, los otros pasos los constituyeron la citación a juicio (folio 250) y la resolución que calificó la prueba y señaló fecha para el debate (folio 257), ambas dispuestas por el Tribunal Superior de ***. Ninguna de esas resoluciones le fue notificada a la parte actora civil. Y es desde esta perspectiva que la declaratoria de deserción, fue ilegal, causó flagrante indefensión a un sujeto procesal, vulnerándose de tal forma el debido proceso que consagra el artículo 41 de la Constitución Política, en relación con el párrafo segundo del numeral 146 del Código de Procedimientos Penales, supuesto que, por integrar una nulidad de carácter absoluto, declarable inclusive de oficio en cualquier estado y grado del proceso, procede así decretarla. Se adquiere la competencia necesaria para adoptar la resolución anterior, tanto por lo ya expuesto (nulidad absoluta declarable de oficio) como porque también se había obtenido a través del recurso de casación interpuesto, independientemente de la vía por la cual se denunció la nulidad. La sentencia impugnada mediante este último recurso debe por consiguiente anularse en su totalidad, así como el debate en que ella se basó, la resolución que señaló para debate y la citación a juicio inclusive. Artículo 483 del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 150 ibídem.

V.- Como consecuencia de la anulación resulta jurídicamente irrelevante hacer pronunciamiento alguno acerca del recurso de casación interpuesto por la defensa.

Jesús Alberto Ramírez Quirós

30).- La omisión de mencionar concretamente el artículo de ley aplicada no causa nulidad.

"Esta Sala ha manifestado reiteradamente, con apoyo en la doctrina procesal penal más autorizada, que no emotivo de nulidad la no mención concreta del artículo de ley que se aplica a los hechos ilícitos tenidos por acreditados, cuando se utiliza el "nomen juris" contenido en la misma ley, "... de modo que se individualice indudablemente el instituto o concepto jurídico que el juzgador aplica, diferenciándolo de otros semejantes ..." (ver obra de De la Rúa, F.; El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P. de Zavallía, editor, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 163, nota señalada con el N 259."

Sala Tercera V-408-F de las 8,35 Hrs. del 9 de agosto de 1991.

31).- Declaración del imputado.

- Incorporación Ilegal provoca nulidad del fallo.

"Sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de las garantías que señala la ley (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación), puede ser valorada por el Tribunal de Mérito para fundar sus juicios o decisiones, como lo señala el representante del Ministerio Público. Por ello, se debe concluir en que la declaración del imputado, que se obtenga con menosprecio de esas reglas, no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique. En este caso, a pesar de que la imputada ***, se abstuvo de declarar -tanto en el debate como en la instrucción- el Tribunal irrespetando la ley (artículos 278 y 384 *ibídem*), utilizó las manifestaciones que dio al interponer la denuncia, para sustentar la existencia del hecho y su participación, con lo cual se violó el principio de defensa, específicamente la libertad de declarar, que la Constitución Política y la ley procesal penal acuerdan a su favor (artículos 36 y 276 respectivamente). Es claro, que la nulidad del acto no depende de la voluntad del imputado, por tratarse de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento, por lo que es declarable aún de oficio. De modo tal, que ese defecto ya es suficiente para declarar con lugar el reclamo. No obstante, debe agregarse, que la utilización e incorporación de una prueba ilegal, como sustento de los hechos que el Tribunal de mérito tuvo por demostrados, acarrea necesariamente la nulidad de la resolución por falta de fundamentación. Tal ha sido también el criterio de la doctrina, al estimar que "... La sentencia que se funda principalmente en una prueba ilegal es una sentencia legalmente inmotivada ..." (ver -entre otros- De la Rúa, Fernando, El Recurso de Casación, Víctor P. De Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1968, p. 165).

Sala Tercera. V-403-F de las 15:40 hrs. del 31 de julio de 1991.

32).- Facultades de la Sala de Casación para modificar calificación jurídica.

"...de acuerdo con el cuadro fáctico de comentario, no puede estarse en presencia del delito de Violación de Domicilio que prevé y sanciona el artículo 204 del Código Penal, por no reunir los requisitos del tipo correspondientes (nótese inclusive que el Bien Jurídico Tutelado es el AMBITO DE INTIMIDAD -ver Título VI del Código Penal-), sino que resulta obvio que se está ante el ilícito de TENTATIVA DE HURTO SIMPLE, (artículo 208 en relación con el 24 del Código Penal), pues aunque el a-quo en su razonamiento de fondo critica la regulación prudencial hecha por el respectivo Juez de Instrucción admitiendo la posibilidad de que los bienes que se pretendían sustrater no escudiesen la suma de €800 porque así supuestamente lo dijo el ofendido en la audiencia oral (ver f. 188 fte. líneas 4 a 7), es lo cierto que se fijó para tales bienes y así lo tuvo por demostrado, un valor superior a los €1.000 que señala el artículo 384 inciso 1 del Código sustantivo, lo que descarta la contravención -Hurto menor- ahí establecida. Por tal circunstancia no le asiste razón a la impugnante cuando solicita sentencia absoluta en favor de sus defendidos, pues la incorrecta calificación jurídica puede ser modificada por esta Sala para corregir el error, siempre que, en respeto de la prohibición de la "Reformatio in peius", no se agrave la situación de los imputados (ver artículo 482 del Código Procesal Penal). Así pues, debe declararse que se está en presencia del delito que acusó el Ministerio Público en el requerimiento de elevación a juicio y que mantuvo en las conclusiones del debate, (reconocido de igual modo por la recurrente), esto es HURTO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, pues no se logró la consumación del ilícito por causas independientes a los agentes activos. Ante dichas circunstancias y por haber recurrido única-

mente la defensora de los imputados, esta Sala se limita a declarar que esa es la calificación jurídica correcta que debe darse a los hechos establecidos en el fallo impugnado, manteniendo la pena de seis meses de prisión impuesta por el a-quo así como las demás consecuencias que de ella se derivan en atención al principio de la no reforma en perjuicio que se mencionó. (Respecto de la facultad que tiene Casación para modificar la calificación jurídica de los hechos aún cuando no recurra el Ministerio Público, ver obra de De la Rúa, F. Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires, 1968, ps. 252 a 254 y Núñez, Ricardo; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba 2da. edición, ed. Lerner, Argentina, 1986; p. 484). Por todo lo expuesto se declara sin lugar el recurso.- El Magistrado González vota igual que la mayoría de la Sala pero por diferentes razones que expone por aparte, en lo que se refiere al recurso por el fondo."

Sala Tercera V-460-F de las 8,55 Hrs. del 30 de agosto de 1991.

RAZONES DEL MAGISTRADO GONZALEZ:

I.- Conuerdo plenamente con la mayoría en que en el presente asunto debe aplicarse el delito de tentativa de hurto, por las razones que de seguido expondré, y que la pena impuesta por el juzgador con base en el delito de violación de domicilio debe mantenerse, esto último porque el recurso lo formula la propia defensa, y la sanción no puede agravarse en perjuicio del sentenciado, según lo ordena el párrafo final del artículo 459 del Código de Procedimientos Penales (prohibición de la reforma en perjuicio).-

II.- En el presente caso debió aplicarse el delito de tentativa de hurto simple y no el de violación de domicilio, porque en mi opinión en el caso de autos concurren los supuestos del concurso ideal de delitos, en cuyo caso deba aplicarse la pena del delito más grave, que en este asunto resulta ser la del hurto. En primer término debe señalarse que el delito de violación de domicilio previsto en el artículo 204 del Código Penal no requiere de un dolo específico dirigido a perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores de la habitación o casa de negocios invadida, de manera que quien penetra a una vivienda o casa de negocios ajena puede perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, aunque ese no haya sido su objetivo directo y específico. El dolo específico se exige únicamente cuando el tipo penal en forma expresa lo requiere, es decir cuando el legislador señala en el tipo penal que para la realización de esa concreta figura delictiva es necesario que el sujeto activo se motive en específicas razones, como ocurren por ejemplo en los delitos de aborto honoris causa donde la norma exige en forma expresa que la acción hubiere sido realizada "para ocultar la deshonra de la mujer" (artículo 120 del Código Penal), o en el rapto propio, cuando se exige que la sustracción de la mujer se realice "con fines libidinosos" (artículo 163 del Código Penal), o en el hurto de uso cuando se señala que el delito se configura al tomarse la cosa ajena "con el único fin de hacer uso momentáneo de ella", etcétera. La doctrina denomina a éstos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, presentes en los llamados tipos asimétricos (ZAFFARONI, E.R. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, 1988, sexta edición, pp. 421 ss.). El delito de violación de domicilio contenido en nuestro Código Penal no es un tipo asimétrico porque no exige para su configuración elementos subjetivos distintos al dolo, y el dolo consiste simplemente en querer el resultado o preverlo al menos como posible. En consecuencia, aquel que penetre a una casa de habitación o casa de negocios ajena, en contra de la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, podría cometer el delito de violación a domicilio aunque su motivación concreta

para penetrar no hubiere sido el perturbar o lesionar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, porque el tipo penal no exige en forma particular esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo. Para tales efectos deben distinguirse en forma clara el dolo y las concretas motivaciones del sujeto para realizar el hecho punible. En muchos casos esas motivaciones coinciden con el dolo, pero en otros no. En consecuencia, un sujeto puede cometer el delito de violación de domicilio motivado en muy diferentes situaciones. Puede penetrar a la vivienda para cometer un delito sexual contra alguno de los moradores, para agredir físicamente a uno de ellos, para intimidarlos, o para causar daños, sustraer bienes, etcétera, pero esas otras motivaciones no hacen desaparecer el dolo constitutivo de la infracción, pues en cualesquiera de esos supuestos se habría perturbado el ámbito de intimidad y se habría lesionado el bien jurídico tutelado en el tipo penal.-

III.- En el caso de autos el Juzgado tuvo por cierto que los encargados se introdujeron al negocio "Distribuidora Moreno S.A." y tomaron varias cajas de bombillos para vehículos, las que colocaron en la acera, hasta que fueron sorprendidos. No se acreditó que para penetrar al negocio hubieren ejercido fuerza en las cosas. Consecuentemente la acción de los acusados es única, pero se encuentra descrita en dos tipos penales que no se excluyen entre sí porque una no subsume a la otra, ni tampoco se presenta un problema de subsidiariedad entre ellas, conforme al artículo 21 del Código Penal. En efecto, la única acción de los acusados se adecua en el delito de tentativa de hurto simple, porque se apoderaron ilegítimamente de las cajas con bombillos para automóviles y las colocaron en la acera (artículo 208 *ibidem*), pero también encuentra descripción en el delito de violación de domicilio, porque penetraron clandestinamente a casa de negocios ajena, contra la voluntad de quien tenía derechos a excluirlos (artículo 204 *ibidem*), y esos tipos penales no se excluyen entre sí mismos. Distinta sería la situación del robo agravado con perforación o fractura de puerta, pared o techo, en donde el tipo del robo establece como presupuesto que éste se verifique penetrando a una vivienda. Pero en el caso del hurto, éste no comprende ni abarca el ilícito de violación de domicilio, en cuyo caso concurren en concurso ideal, por tratarse de la misma acción. Lo anterior significa que, con fundamento en el artículo 75 del Código Penal, el hecho debe sancionarse de acuerdo con la pena del delito de tentativa de hurto por ser ésta más grave que la de la violación de domicilio, y aún podrá aumentarse. Por lo expuesto, al igual que la mayoría estimo que la sanción aplicable es la de tentativa de hurto, pero que la pena no puede modificarse en perjuicio del sentenciado por tratarse de un recurso de la defensa. En lo demás comparto plenamente los razonamientos de la mayoría.-

Daniel González Alvarez

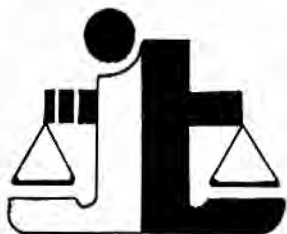
33).- Acción Penal.

Actos procesales que interrumpen la prescripción.

"Reclama el recurrente la inobservancia y/o errónea aplicación de los artículos 80 inciso 3), 82 inciso 2), 83, 88 y 128 del Código

Penal; artículo 3 de la Ley Número 5712 del 11 de julio de 1975, reformada por Ley Número 6726 del 10 de marzo de 1982, en su artículo 7, y el artículo 318 en relación con el 320 inciso 4) y 357 del Código Procesal Penal, pues el Juzgador, atribuyó al encartado la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el artículo 128 del Código Penal, sancionándolo con siete meses de prisión, sin tomar en consideración que la acción penal para dicho ilícito según el artículo 82 inciso 2) prescribe en el extremo mayor de la pena impuesta, sin que pueda bajar de dos años, prescripción que se interrumpió con el auto de procesamiento dictado el 4 de setiembre de 1987 (folio 185), término a partir del cual volvió a correr la prescripción, volviéndose a interrumpir con el auto de citación a juicio, que se dictó el 8 de noviembre de 1989, por lo que la acción penal prescribió al transcurrir con suficiencia el término de dos años que señala la ley, por lo que lo procedente era el dictado de la sentencia de sobreseimiento total a favor del imputado; éstos los argumentos del recurrente. Pero tampoco este reclamo puede admitirse. Efectivamente la Ley Número 5712 de 11 de julio de 1975 en su numeral 3) establece "la prescripción de la acción penal se interrumpe con el auto de enjuiciamiento o de procesamiento, aunque no estuvieran firmes," especificando de esta manera dos situaciones en concreto, pero continúa indicando que también se interrumpe la prescripción de la acción "por todos los actos procesales que se realicen posteriormente". Por acto procesal se entienden los actos jurídicos "emanados de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales" (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 201). Del estudio de la causa de marras se observa que entre el auto de procesamiento (folio 185) y la citación a juicio (folio 347), se dio una serie de actos procesales que vinieron a interrumpir la prescripción de la acción, entre éstos se observa el poner en conocimiento de las partes los dictámenes médicos (de las 16 hrs. del 9 de setiembre de 1987, folio 193; de 10 hrs. 10 minutos del 13 de octubre de 1987, folio 205; de 16 hrs. del 20-10-87, folio 208 vuelto; de 13 horas del 21-11-88; de 9:05 hrs. del 27 de diciembre de 1988); se ordenaron comisiones para recibir declaraciones de testigos (13 hrs. 40 minutos del 23 de febrero de 1988; 14 hrs. 50 minutos del 28-10-88 de folio 246, entre otros); se le otorgó audiencia al Ministerio Público de conformidad con el ordenamiento procesal (artículo 243, 28 julio 88 a las 9:45 hrs., folio 238; a las 16 hrs. 50 minutos del 5 de octubre de 1988, art. 338; a las 7 hrs. 30 minutos del 12 de junio de 1989, artículo 338; a las 16 hrs. 50 minutos del 3 de octubre de 1989, folio 286, art. 338). De lo expuesto se desprende indubitablemente que no ha operado la prescripción al no haber transcurrido el término fijado por el artículo 82 del Código Penal, además de que la distinción que aduce el impugnante entre actos y actuaciones procesales y que sirve de sustento a su reclamo, es improcedente de conformidad con la doctrina ritual al estar configurados los actos procesales con las actuaciones de los sujetos del proceso. Con sustento en lo expuesto debe denegarse el reproche.

Sala Tercera V-123-F de las 9 hrs. del 5 de abril de 1991.



LIBRERIA Y EDITORIAL JURITEXTO

SU LIBRERIA JURIDICA

Anuncia sus próximas publicaciones:

- Ensayos de Derecho Procesal Penal

Autor: Enrique Castillo

- La Participación Criminal

Autor: Francisco Castillo

- Historia del Derecho

Autor: Fernando Fournier

TENEMOS TODO EN TEXTOS JURIDICOS

125 metros Oeste de los Tribunales de Justicia

Ave. 6, Calles 11 y 13, San José

Teléfono 22-4567

La Asociación de Ciencias de Penales de Costa Rica agradece a la Junta Directiva del Colegio de Abogados su apoyo para editar esta revista.

procesal que proteja su delicada misión, le dé garantías laborales e incentivos profesionales y le imponga límites adecuados a través de controles civiles.

3. NIVEL LABORAL Y PROFESIONAL

a. Inestabilidad laboral

En las fuerzas de policía costarricense confluyen una serie de factores que dan por resultado la inestabilidad laboral de un importante porcentaje de sus servidores. Una de las claves para entender este fenómeno está dado por la alternabilidad político-electoral que ha marcado la vida republicana de los últimos cuarenta años. La Fuerza Pública ha servido para recompensar a ciertos sectores sociales, por ciento los de más baja condición socioeconómica, su participación en la campaña política. La situación ha llegado al extremo de que aún en los casos en que ha ganado el propio partido de gobierno, se suscitan profundos y generalizados cambios en el personal de los ministerios de Seguridad Pública y Gobernación. A través de lo que podríamos llamar "incentivos presupuestarios", se le ha dado mayor impulso a esta mala práctica pues, el gobierno saliente, ha decretado ya por tradición el pago de prestaciones a servidores policiales que, cada cuatro años, ven cerrarse una etapa de sus vidas sin ninguna posibilidad de quedarse en el servicio.

Otro de los factores determinantes en esta inestabilidad laboral es el abuso practicado con fundamento en el artículo 140, inciso 1. de la Constitución Política. Ciertamente en esa disposición constitucional se le da conjuntamente al Presidente de la República y al respectivo Ministro de Gobierno la atribución de "Nombrar y remover libremente a los miembros de la Fuerza Pública..." De esta manera, se ha interpretado que dichos jefes pueden tanto nombrar como despedir al servidor policial en el momento que lo decidan y por la razón o sinrazón que tengan, con la sola consecuencia del pago de sus derechos laborales. La situación es aún más grave porque en la práctica, han sido funcionarios de jerarquía intermedia, como los antiguos "Comandantes de Plaza", los que nombran y remueven servidores policiales, quedándose para una pura formalidad la decisión del Ejecutivo. Además, se ha convertido en costumbre administrativa arraigada hacer destituciones mediante la fórmula de "despido por decisión patronal", aún en aquellos casos en que procedería el "despido por justa causa", cuando el servidor ha cometido una falta grave. Tal procedimiento se ha institucionalizado por la creencia de que un despido justificado, sin responsabilidad patronal, con-

lleva un trámite legal engorroso que generalmente termina con la imposibilidad de demostrar la culpabilidad del trabajador, debiéndosele al final de cuentas pagar sus derechos y hasta reinstalarlo en el puesto.

Creemos que las prácticas descritas chocan con los principios que rigen un verdadero Estado de Derecho y, tanto para el nombramiento como para la remoción, debería existir un marco de legalidad que permita tomar esas decisiones dándole al afectado el derecho de defensa dentro de un debido proceso administrativo. Ahora bien, como se trata de una práctica sumamente arraigada consideramos que sólo la reforma al artículo 140, inciso 1. o bien la consulta a la Sala Constitucional, podrán resolver confiablemente el punto ya que debe definirse expresamente lo que creemos es una verdad implícita, a saber, que esas atribuciones del Ejecutivo no son abasolutas y que el Presidente y su Ministro deben tener la posibilidad de nombrar y remover, pero de conformidad con un procedimiento legalmente previsto y no conforme su pura liberalidad.

Es preciso mencionar también que los servidores de la Fuerza Pública tienen regímenes laborales diversos, lo cual contribuye a las discriminaciones e inestabilidades del sector. Así, mientras algunos cuerpos policiales están cubiertos por el Servicio Civil, caso de la Guardia de Asistencia Rural, Policía Metropolitana y Policía de Tránsito; otros no están protegidos por ningún estatuto, y son los sectores sobre los que ha recaído más abusos en materia laboral. Esta situación, unida a los factores mucho más obvios como son los bajos salarios, la falta de incentivos y reconocimientos, los abusos en jornadas laborales y las movilizaciones indiscriminadas, hacen del servicio policial un campo nada atractivo para su desempeño estable.

b. Falta de profesionalidad

Directamente relacionado con el punto anterior está el hecho cierto de que la policía de Costa Rica no ha sido debidamente instruida y entrenada para cumplir con su labor. Comenzando por los "sistemas de selección y reclutamiento" que existen sólo en el papel, se ha dejado a la improvisación y empirismo tan delicado asunto. En este sentido, nuestra cultura político-partidaria también ha hecho lo suyo. Como decíamos en el punto anterior, la Fuerza Pública se convierte cada cuatro años en fuente de empleo para el bando ganador, que resuelve el problema de dar trabajo a muchos de sus correligionarios nombrándolos en puestos de policía. No es difícil concluir que los métodos de selección y reclutamiento pasan por el tamiz de la recomendación del dirigente partidario, que ve en estas tareas parte nada despreciable de sus funciones.

Pero claro está que tal fenómeno va en detrimento de un sano escogimiento del personal policial, entronizándose prácticas totalmente inconvenientes en la selección de personal.

El segundo aspecto de interés en esta materia se refiere a la capacitación de los servidores policiales. Aquí las fallas abundan. Existen al menos tres escuelas de entrenamiento (La Escuela Nacional de Policía en Alajuela, la Escuela de la Guardia de Asistencia Rural en Cartago y el Centro El Murciélagos en Guanacaste), todas ellas con programas diversos y compitiendo entre sí. Cada vez con mayor frecuencia y énfasis, tanto al interior del país como en el extranjero, nuestros servidores policiales reciben cursos y programas de carácter estrictamente militar, descuidándose la formación eminentemente policial que por espíritu constitucional deben recibir nuestros cuerpos de policía. No está de más decir que no existen mecanismos de supervisión sobre la calidad de los programas en general y, como corolario, mucha de la gente que es entrenada y preparada con recursos del Estado, pronto encuentran ubicación y laboral en el sector privado, que ofrece mejores condiciones.

En síntesis, podemos concluir que en el país no hay formación profesional adecuada, ni carrera policial propiamente dicha y estos aspectos se manifiestan en un bajo prestigio social y profesional del policía costarricense y una gran desconfianza de la ciudadanía respecto de su eficacia como proveedor de seguridad pública.

II. LAS BASES PARA UNA NUEVA LEGISLACION EN MATERIA POLICIAL⁶

El recuento de vicios y carencias que afectan a los cuerpos de policía en Costa Rica, ha llevado a plantear la necesidad de promulgar una nueva legislación general que aborde los temas básicos de esta materia y resuelva los problemas fundamentales que padece.⁷

No puede dejar de mencionarse, desde ya, que un criterio tan generalizado como válido, ha sostenido que algunos de los vicios señalados, tales como la inestabilidad laboral, la falta de profesionalismo, la proliferación de cuerpos policiales y líneas de mando y el desmantelamiento de la Fuerza Pública cada cuatro años, son más bien virtudes que defectos y deben seguirse cultivando con el propósito de evitar la conformación de estructuras militares monolíticas, antidemocráticas y típicamente represivas, como las que abundan en el área latinoamericana. Por supuesto que ese riesgo existe, pero se da ya de por sí, con la evolución que han tenido las fuerzas de policías estatales y privadas en nuestro país. De esta manera, creemos que

la salida no puede estar en cruzarnos de brazos contemplando los acontecimientos hasta que se desborde; por el contrario, vemos una alternativa oportuna en superar algunos de los vicios más graves de nuestra Fuerza Pública, dándole cierta estabilidad y profesionalización a los niveles más bajos del sector y "limpiando" las estructuras organizativas para evitar las duplicidades, las confusiones de mandos y la ineficiencia funcional en general.

En resumen, para enfrentar los cambios que en el campo de la seguridad ciudadana se están produciendo, creemos que es preferible tratar de mejorar el servicio policial que brinda el Estado, antes que continuar por la ruta de la ineficiencia en este servicio, fenómeno que está justificando el pernicioso crecimiento descontrolado de las llamadas "policías privadas", sin duda uno de los peligros más grandes que tiene a mediano plazo nuestro país para su estabilidad política interna. Tampoco es conveniente privilegiar exageradamente a ciertos cuerpos de policía estatales, en detrimento de otros, como es el caso de aquellos que enfrentan el problema de tráfico de drogas y actividades conexas, fenómeno que coyunturalmente tiene volcado el esfuerzo público para su control.

Con estos antecedentes, se ha diseñado una Ley General de la Policía que desarrolla los siguientes títulos:

1. De la Fuerza Pública

En este Título Primero se contienen dos capítulos; el primero de ellos se refiere a las Disposiciones Generales y el segundo a los Principios Fundamentales de Actuación Policial.

La parte de Disposiciones Generales busca "constitucionalizar" la Ley de Policía. Con esto se quiere decir que en materia de seguridad pública es indispensable retomar algunos principios constitucionales que sienten las bases sobre las cuales habrá de construirse todo el edificio de esta legislación.

a. La seguridad pública como competencia exclusiva del Estado y mantenida por el Gobierno de la República. Si bien la Constitución Política no contiene expresamente este mandato, si puede inferirse indirectamente.

6. Los comentarios que se realizan en este apartado tienen como base el Proyecto de Ley General para la Policía, presentado a finales de agosto de 1991 por los Licenciados María Gerarda Arias Méndez, Procuradora de la República y el autor de este artículo, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Juez Superior Penal, ambos en su carácter de asesores de la Comisión de la Asamblea Legislativa que analizó la situación de los cuerpos de policía en Costa Rica.

7. Ver Primer Informe Unánime de Comisión Especial Legislativa citado.

tamente de los artículos 6 y 139, inciso 3 de la misma, como atributo del ejercicio de la soberanía estatal y las funciones propias del Poder Ejecutivo, respectivamente.

b. **Carácter de las fuerzas de policía.** Se entiende de conformidad con los artículos 11 y 12 de la Constitución, que los servidores policiales son funcionarios públicos, responsables por sus actuaciones, simples depositarios de autoridad y que deben jurar fidelidad a la Carta Magna, los Tratados Internacionales y las leyes de la República. Por otra parte, estos cuerpos encargados de la seguridad pública, deben tener un carácter eminentemente policial y estar subordinados en todo momento al poder civil.

c. **Funciones.** También con fundamento en el Artículo 12 citado, las funciones que se encargan a las fuerzas de policía son tres: defensa del territorio nacional, vigilancia y la conservación del orden público.

d. **Reserva de Ley.** Es indispensable, en nuestro criterio, que los cuerpos de policía sean creados mediante la promulgación de una ley. La práctica de dar a luz cuerpos policiales mediante decretos ejecutivos es inconveniente y ha contribuido a crear el caos que prevalece en este campo.

e. Por último, en estas Disposiciones Generales se incluyen también otros aspectos que si no están expresamente mandados por la Constitución, su especial relevancia nos ha hecho ponerlos a su lado. Se trata de aspectos como el deber de la ciudadanía de colaborar con la policía; la definición de cuáles cuerpos conforman la Fuerza Pública; la autorización para el funcionamiento del servicio de seguridad privado y los deberes generales para los cuerpos policiales como tales. Entre estos últimos sobresalen el principio de cooperación y auxilio recíproco, el deber de actuación supletorio, la obligación de colaborar y ejecutar resoluciones de otras instancias y poderes, etc.

El Capítulo Segundo de este Título Primero, se refiere a los Principios Fundamentales que deben regir las actuaciones policiales. Estas normas están tomadas del Código de Conducta para la Policía de las Naciones Unidas y se basan también en el artículo 40 de la Constitución Política, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).⁸

Se pretende con esta Capítulo dar remate a la parte "constitucionalista" anterior, incorporando a esta Ley de Policía no sólo las recomendaciones concretas que ha emitido las Naciones Unidas, sino algunos mandatos contenidos en convenios internacionales debidamente suscritos por Costa Rica y que de ninguna manera pueden ignorarse. De esta manera, se ha dis-

ñeado una serie de mandatos que los miembros de las fuerzas de policía deben acatar y que obedecen a los siguientes temas generales: irrestricto apego y fidelidad al ordenamiento jurídico, respecto a las libertades públicas, derechos ciudadanos y Derechos Humanos, abstención de cometer abusos, delitos o actos de corrupción, sometimiento a jerarquías y disciplina, con las limitaciones que el mismo ordenamiento jurídico establezca, etc.

2. De la Organización y Competencia

En el Proyecto de Ley que se ha propuesto, se plantea una estructuración u organigrama que pretende resolver el problema fundamental de la dispersión de cuerpos policiales, ubicados en varios ministerios y que constituye el fenómeno que causa la duplicidad de funciones y competencias, el desperdicio de esfuerzos y recursos y, en síntesis, la ineficiencia en el servicio policial.

Aunque se mantienen cuerpos policiales en varios ministerios, se ha tratado de simplificar al máximo esta estructura, en los siguientes términos:

a. **Creación de un Consejo de Seguridad Nacional,** integrado por el Presidente de la República y los Ministros que tienen a su cargo cuerpos de policía (Seguridad Pública, Gobernación, de La Presidencia, Justicia y, eventualmente Obras Públicas y Transportes y Relaciones Exteriores). La labor de este ente superior es la fijación de políticas generales, la coordinación entre diversos cuerpos de policía y supervisar sus labores en general.

b. **El Ministerio de Seguridad Pública** tendrá a su cargo tres cuerpos policiales: La Guardia Civil, encargada de la seguridad ciudadana en general, dividida en Urbana y Rural pues la actual Guardia de Asistencia Rural pasaría a formar un solo ente con la actual Guardia Civil; la Policía Encargada del Control de Drogas y Otros, que atenderá el campo que su nombre indica conforme la legislación en el campo y que absorberá los tres grupos policiales que en la actualidad atienden ese mismo problema en los ministerios de Gobernación, Seguridad Pública y el Organismo de Investigación Judicial; y la Policía de Fronteras, cuya

8. Ver Naciones Unidas, 34-169. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 106a. sesión plenaria, 17 de diciembre de 1979, en *Policía y Sociedad Democrática*, compilado por Rico, José María, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 261 a 268.

Ver Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Ver Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", 22 de noviembre de 1969.

competencia se constriñe a la defensa y vigilancia del territorio nacional en los puestos fronterizos.

Cabe hacer mención de que una serie de subcuerpos policiales, adscritos en la actualidad a la Guardia Civil, deben desaparecer como tales y a lo sumo, conformar departamentos o secciones dentro de la nueva organización, tales son los casos de la Unidad Preventiva del Delito, cuya existencia misma es cuestionable y la Policía Metropolitana.

c. El Ministerio de Gobernación tomará a su cargo lo que puede llamarse las "policías específicas", tales como la de Migración y Extranjería, la de Control Fiscal y la de Protección al Patrimonio Ecológico. Cada una de estas unidades policiales tienen un ámbito de competencia definido por la legislación vigente en sus materias y por los bienes jurídicos que en concreto tutelan. Conviene dejar estos cuerpos a cargo de Gobernación, no sólo por la tradición que ha existido en el sentido de que sea este Ministerio el que atienda esos asuntos, sino por evitar la hipertrofia del Ministerio de Seguridad que ya tendrá bastante con la fusión de los dos principales cuerpos policiales del país.

d. El Ministerio de la Presidencia tendrá a su cargo la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional, la que absorberá a todos los cuerpos llamados hasta ahora "de acción inmediata" o "antiterroristas". Esta Dirección va a ser la encargada de todo lo relacionado con la seguridad del Estado y a sus miembros se les exigirá una especial fidelidad la ordenamiento jurídico nacional.

e. Otros ministerios, como el de Obras Públicas y Transportes o el de Justicia, mantendrán a su cargo cuerpos policiales también muy específicos, como lo son la Policía de Tránsito o la Policía Penitenciaria, respectivamente. Se estima que esas unidades policiales, por el trabajo que han venido desempeñando en los últimos años y por la especificidad de su función deben continuar ubicadas donde están.

f. Se debe señalar que esta estructura orgánica cuenta con una serie de controles políticos y civiles, de los cuales pueden mencionarse los más importantes:

i. Una comisión Legislativa Permanente en materia de seguridad pública, encargada del control político de los organismos ejecutivos de este servicio. El Proyecto no crea esta Comisión por no ser esta la vía, pero sí presupone su funcionamiento.

ii. La Escuela Nacional de Policía, concebida como único centro de adiestramiento y capacitación, dirigida por un Consejo Nacional de Rectores. Ninguno de estos integrantes podrá ser miembro de la Fuerza Pública.

El proyecto prevee la fijación legal de los contenidos programáticos mínimos en los que se incluye, al lado de materias propiamente policiales, públicas, los

deberes y derechos ciudadanos frente al Estado y la Historia de las Instituciones de Costa Rica.

iii. La Interpelación Municipal extiende el control político a las unidades policiales de base, a nivel cantonal. Se quiere que el Consejo Municipal pueda coordinar y pedir ayuda, tanto como exigir explicaciones a los cuerpos policiales cuando ha habido actuaciones indebidas dentro de su jurisdicción.

g. En la distribución territorial de la Fuerza Pública, se opta por la división político-administrativa del país. Lo anterior sin cerrar la posibilidad de que los jerarcas correspondientes puedan organizar regionalmente parte de las fuerzas de policía destacadas en determinadas provincias que, por su especial conformación así lo requieran. Se está proponiendo entonces, una estructura semicentralizada donde los directores provinciales y regionales deban tener un margen de acción y de toma de decisiones relativamente independiente de las instancias superiores.

h. Conviene mencionar aquí que el Proyecto propuesto legisla sobre lo que se ha conocido hasta ahora como Reserva de la Fuerza Pública. De nuevo el criterio ha sido no ignorar una realidad patente y definir el carácter y alcance de esta entidad policial no regular. En primer término se entiende que la Reserva sólo podrá actuar cuando sea convocada por el Presidente de la República y el Ministro de Seguridad Pública para atender estados de emergencia o situaciones excepcionales. Se la subordina a la Dirección General de la Guardia Civil y se ordena el registro pormenorizado de sus miembros. También se exige a este cuerpo extraordinario, auxiliar de la Fuerza Pública, cumplir con los requisitos y deberes de todo cuerpo policial regular.

3. El Estatuto Policial

Los problemas que se buscan resolver en este Título son dos: la inestabilidad laboral del servidor policial y la falta de una carrera profesional en la Fuerza Pública. En esta materia, se ha intentado, en primer lugar, equiparar el status del policía costarricense a otros trabajadores de la Administración Pública, básicamente aquellos cubiertos por el régimen del Servicio Civil.

9. El material que ha servido de base para la elaboración de este Título es el siguiente: Estatuto de Servicio Civil, Estatuto del Servidor Judicial, Ley Orgánica 2/1986, del 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España, el Proyecto Reforma a la Ley Orgánica N°5482 del Ministerio de Seguridad Pública (Expediente Legislativo N° 10972) y el Proyecto Estatuto de Servicio Policial Antidrogas, (Expediente Legislativo N° 10865).

a. Ha sido necesario proponer una serie de órganos e instancias que puedan atender los procedimientos y resolver los conflictos laborales. En primer término se señalan al Presidente de la República y al Ministro del ramo como jefes máximos en cuanto a nombramientos y remociones de servidores policiales y a la toma de medidas para el correcto funcionamiento del servicio. Con ello se están rescatando algunos mandatos constitucionales que parece importante recordar aquí. En segundo lugar, se establece un Consejo de Personal compuesto por los jefes del Ministerio respectivo, excepción hecha del Ministro y Viceministro, para que resuelva en primera instancia todas las medidas administrativas del caso. Un tercer órgano es el Departamento de Personal que atenderá todo el trámite de nombramientos, clasificación y valoración de puestos, evaluaciones y calificaciones de servidores, etc. Se propone finalmente un Departamento Legal y más propiamente una Sección dentro de él llamada "Inspección Policial" para la instrucción y preparación de informes en materia disciplinaria, a cargo de profesionales en derecho.

b. En materias como la clasificación de puestos, la calificación de servicios, las pautas y requisitos para el ingreso y la selección de personal, no se introduce innovaciones de importancia pues, como se dijo, en estos tópicos lo que se ha buscado es equiparar al servidor policial a las condiciones y garantías administrativas que ya disfrutaban otros sectores de la Administración Pública.

c. Conviene sí hacer mención de que a la tradicional normativa en cuanto a ascensos, traslados y permutas, se ha agregado el concepto de "movilizaciones", atendiendo a la naturaleza de los cuerpos policiales, la necesidad que hay de atender situaciones excepcionales y la especial flexibilidad que deben tener los jefes para disponer de personal en casos de emergencia, sin que pueda alegarse por parte del servidor, una variación en su contrato de trabajo.

d. En cuanto a Derechos y Deberes, cabe mencionar en primer lugar que se ha propuesto la estabilidad laboral como el más importante derecho de los servidores policiales. El punto ofrece sus dificultades, tanto formales como prácticas. Ya comentamos los alcances del artículo 140, inciso 1. de la Constitución, acerca de la atribución del Ejecutivo para "nombrar y remover libremente..." pero vimos cómo esa atribución no puede ser absoluta y en qué condiciones debe, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, visto en conjunto, interpretarse y aplicarse. A los comentarios anteriores nos remitimos.

Los demás derechos laborales se refieren a los aspectos que todo trabajador disfruta. Se hace énfasis, eso sí, con fundamento en el artículo 58 de la Constitución, que no hace excepciones, a la necesidad de adap-

tar las jornadas laborales de la policía a las horas diurnas, nocturnas y semanales que la Carta Magna dispone, debiéndose reconocer las horas extraordinarias laboradas y la disponibilidad sin sujeción a horario. Un último punto que merece mencionarse es la autorización que se hace de constituir asociaciones culturales o de promoción profesional que puedan servir a la vez para canalizar sus reivindicaciones laborales. Expresamente se prohíbe, eso sí, la conformación de sindicatos y la posibilidad de organizar huelgas, paros o movimientos similares.

e. En el punto al Régimen Disciplinario, se prevén tres distintos tipos de faltas: leves, graves y gravísimas. Las primeras se sancionan con amonestación verbal o escrita; las segundas con suspensión del servicio por un período de uno a treinta días y las terceras se castigan con el despido sin responsabilidad patronal. Por su severidad, las faltas gravísimas se enuncian taxativamente y se han diseñado como violaciones a los Principios Fundamentales de Actuación Policial y otros deberes de importancia. Se deja a la vía reglamentaria la enunciación de lo que se debe considerar falta leve o grave.

Procedimentalmente se establece el Consejo de Personal para resolver, en primera instancia, las sanciones que impliquen suspensión provisional o despido. Esa decisión podrá ser apelada por el interesado y, en caso de que no fuere así, deberá ser consultada al Presidente de la República y al Ministro correspondiente, para preservar la atribución del Ejecutivo en esta materia y para que sea esta instancia la que dé por agotada la vía administrativa. No deja de preverse la suspensión inmediata como medida cautelar, para aquellos casos en que la gravedad del hecho acusado lo amerite. Sin embargo, contrario a lo que ha sido la práctica administrativa en nuestro país, creemos oportuno que el afectado con esta suspensión provisional, no deje de percibir su salario, hasta tanto haya una resolución administrativa firme que lo declare.

Se está protegiendo en consecuencia al servidor sancionado y se está obligando a la Administración a que resuelva de la manera más expedita posible los casos sometidos a su conocimiento. En principio se está estimando en un mes y ocho días el término para resolver las investigaciones disciplinarias. Todo lo anteriormente expuesto se hace sin perjuicio de que el servidor que sienta lesionados sus derechos acuda a la vía jurisdiccional laboral a hacerlos valer. Las consecuencias de una decisión judicial a favor del trabajador en este caso acarrea el pago de todos sus derechos, los daños y perjuicios y hasta la reinstalación en el servicio.

f. Respecto del régimen salarial e incentivos profesionales, no se hace otra cosa en este Proyecto que

reconocer, dentro del servicio policial, las garantías de que ya gozan otros sectores de la Administración Pública, a saber, salario justo, aumentos anuales para los servidores bien calificados, reconocimiento de antigüedad, disponibilidad para el servicio, etc. Cabe hacer mención aquí de que no se plantean incentivos extraordinarios, como podrían ser facilidades para obtener vivienda, becas de estudio para los hijos o pensiones privilegiadas, porque esas ventajas sí se inscriben dentro de una política inconveniente para conformar grupos elitistas y sobreprivilegiados, respecto de otros sectores de trabajadores.

4. Adiestramiento y Capacitación¹⁰

En este Título sobresale el establecimiento de un único centro de capacitación y adiestramiento para toda la Fuerza Pública, la actual Escuela Nacional de Policía Francisco J. Orlich. Se busca así concentrar esa labor para mejorarla y controlarla adecuadamente. En la actualidad la capacitación policial se realiza, como ya se dijo, en tres distintos centros, lo que resulta del todo antieconómico. A la cabeza de esta Escuela se ha puesto a un Consejo Directivo, sin perjuicio de su Director General, que esté integrado por representantes civiles, no miembros de la Fuerza Pública, de todos aquellos ministerios que tengan a su cargo cuerpos de policía, además de un representante del Ministerio de Educación y del Consejo Nacional de Rectores. Se quiere que también haya controles sobre los programas de entrenamiento y capacitación, debiéndose generalizar un Curso Básico en el que se incluyan materias como Derechos Humanos, Libertades Públicas, Deberes y Derechos Ciudadanos frente al Estado e Historia de las Instituciones de Costa Rica. Mención especial merece la atribución que se da a este Consejo Director para que sea en su seno donde se decida el otorgamiento de becas al exterior, los cuales deberán ser refrendados por el Consejo de Seguridad Nacional. De esta manera se prohíbe el otorgamiento de becas a países que estén en estado de guerra o conmoción interna, regidos por gobiernos de facto o cuando los programas no se dediquen a la formación estrictamente policial.

5. Servicio de Seguridad Privado

Aparte de la naturaleza de este servicio, las condiciones de su autorización y los requisitos para otorgar el permiso de su funcionamiento, interesa mencionar aquí, de manera particular, que el Proyecto plantea los límites legales que deben imponerse a este servicio. Creemos que no es conveniente cerrar los ojos a la realidad de la existencia y funcionamiento, cada

vez con mayor fuerza, de estas unidades que prestan el servicio de seguridad privado. La situación ideal sería que no existieran tales empresas y que el Estado no renunciara, ni indirectamente, a la exclusividad que tiene en esta materia. Sin embargo, la realidad es otra y la alternativa que vemos es legislar para limitar al máximo el margen de acción de estas agencias privadas y detener su crecimiento descontrolado.

En primer lugar, se obliga a las empresas que prestan este servicio a utilizar únicamente las armas que están permitidas para el uso de cualquier otro ciudadano.¹¹ Se les impone la obligación de auxiliar a la Fuerza Pública cuando ésta lo requiera o sin ese requerimiento en casos de urgencia. Se les obliga a denunciar todos los hechos delictivos que les conste, aunque no sean perpetrados en los lugares donde se desempeñan. También se les obliga a vestir uniformes y demás documentos e insignias que sirvan para identificar a sus agentes. Aparte de los deberes generales señalados, a estos cuerpos de seguridad privada se les prohíbe terminantemente que el número de miembros de cada una de ellas sobrepase el uno por ciento del total de miembros de la Fuerza Pública. Se les impide formar sindicatos, cámaras o similares organizaciones que les permita deliberar o tomar acciones conjuntas. Se les impide asimismo crear estructuras que sirvan para coordinar o a las que deban obedecer órdenes. No puede tampoco el propietario de una licencia fundar otras empresas para la prestación del mismo servicio y se prohíbe a los pariente de éste, hasta en un tercer grado de consanguinidad o afinidad, obtener una licencia del mismo tipo. Debe mencionarse por último que a los agentes de este servicio privado sólo se los autoriza a detener personas en caso de flagrante delito y así, no pueden detener, interrogar, requisar o practicar allanamientos en ningún caso.

III. CONCLUSION

La abolición del ejército como institución permanente, ha jugado un importante papel en la paz social experimentada durante las últimas cuatro décadas en Costa Rica.

10. Las normas que aquí se proponen, con algunas modificaciones están tomadas del Proyecto de Ley para reformar el artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio de Seguridad Pública, N° 5482 del 24 de diciembre de 1973, presentado por los actuales diputados Gutiérrez Sáenz, Fernández Vega y Rodríguez Araya.

11. El Proyecto no hace referencia expresa a la ley de Armas, pero obviamente se está refiriendo a ella, particularmente el Capítulo III de la misma, N° 7002 del 28 de febrero de 1986.

ión de conflictos sociales a través de instituciones jurídicas y la canalización de las luchas por el poder político mediante un consolidado sistema democrático-electoral, ha contado con la indiscutible ventaja de no tener un cuerpo militar que arbitre y decida, en última instancia y a la fuerza, los destinos que han de regir al país.

Pese a esa madurez institucional y a la inexistencia de fuerzas militares contraproducentes, Costa Rica ha experimentado, en los últimos años, importantes factores de cambio internos, entre ellos el agravamiento de conflictos socioeconómicos y el aumento cualitativo y cuantitativo de la criminalidad, ambos directamente relacionados con la seguridad pública. El incremento en la delincuencia común y la aparición de formas de criminalidad novedosas como lo son todo el espectro de los delitos de cuello blanco o el fenómeno del narcotráfico, ha provocado simultáneamente respuestas inmediatistas, a nuestro entender equivocadas, como proponer el fortalecimiento desmedido de la agencia policial o acentuar otros mecanismos represivos del Estado, como la penalización de nuevas conductas o el aumento de las penas, todo esto sin reflexionar acerca de la etiología de esos fenómenos o la eficacia real de las propuestas que se hacen.

Muy por el contrario, creemos que una respuesta más oportuna del sector policial en nuestro país, tratar de superar esas carencias y poner a la Fuerza Pública a jugar el papel que constitucionalmente le ha sido asignado. Para ello es importante una propuesta legislativa que ayude a modernizar ese sector, que eleve la condición laboral y profesional de servidor policial y que estructure de mejor manera el aparato organizativo-funcional de los cuerpos policiales, pero todo ello atendiendo también a la necesidad de que ese mejoramiento se dé dentro del marco de una idiosincracia y tradición nacionales que subordine las fuerzas de policía al poder civil, contemple los mecanismos de control adecuados y obligue a todos y cada uno de sus agentes a actuar dentro de un estricto marco de legalidad y respeto a las libertades públicas y Derechos Humanos.

Todo lo anterior se pretende lograr con el Proyecto de Ley presentado. Su futuro depende no sólo de la voluntad legislativa que lo adopte, sino fundamentalmente de la vigilancia permanente que la sociedad civil quiera ejercer sobre aquellos sectores estatales encargados de mantener la seguridad pública, para que nunca se arroguen el derecho de decidir, por sí mismos, lo que conviene más a la comunidad costarricense como un todo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

A. Leyes, decretos y proyectos de Ley.

Código de Trabajo de Costa Rica, 23 de agosto de 1943.

Estatuto de Servicio Civil, Ley N° 1581 de 30 de mayo de 1953.

Constitución Política de Costa Rica, 7 de diciembre de 1949.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135 del 19 de octubre de 1989.

Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978.

Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (España), Ley N° d2-1986, del 13 de marzo.

Ley Orgánica de la Guardia de Asistencia Rural, Ley N° 4639 del 1° de enero de 1971.

Ley Orgánica del Ministerio de Seguridad Pública, Ley N° 5482 del 7 de mayo de 1974.

Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, Ley N° 5524 del 7 de mayo de 1974.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N°8 de diciembre de 1949.

Proyecto "Estatuto de Servicio Policial Antidrogas", Expediente Legislativo N° 10865.

Proyecto "Reforma a la Ley Orgánica N° 5482 del Ministerio de Seguridad Pública", Expediente Legislativo N°10972.

Reglamento sobre Policías Auxiliares, Decreto Ejecutivo N° 14382-SP del 6 de abril de 1983.

B. LIBROS Y ARTICULOS

Cubert, Jaume: *Los Orígenes del Aparato Policial Moderno en España*; Depto. de Gobernación, Barcelona, 1986.

Fishman, Luis; *Síndrome Psico-social de la Sociedad Costarricense de la segunda mitad del Siglo XX*; Imprenta Nacional, San José, 1988.

Hulsman, Louk y De Celis J. Bernat; *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*; Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1984.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Serie: Educación y Derechos Humanos*, Varitec S. A. San José, 1986.

Gutiérrez, Carlos José; *Costa Rica, Constitución Política Anotada*, Equidad de Centroamérica S. A., San José, 1975.

Muñoz Guillén, Mercedes; *El Estado y la Abolición del Ejército 1914-1949*; Editorial Porvenir, San José, 1990.

Rico, José María y otros; *Policia y Sociedad Democrática*, Compilado por José María Rico, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

Riera Encinoza, Argenis; *La Dialéctica de la Función Policial*, Edicil S. A., Caracas, 1985.

Urcuyo, C.; *Las relaciones cívico-militares en Costa Rica*; en C. Otros. Los militares y la Democracia, San José, 1988.

C. OTROS

Actas de Comisión Especial para que investigue todo lo relacionado con la muerte del menor Wagner Alfonso Segura Brenes, N° 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31 y 32.

ILANUD-AID; *Estudio Sectorial sobre la Administración de Justicia en Costa Rica*, San José, octubre de 1986.

ILANUD-AID; *Estudio Sectorial sobre la Administración de Justicia en Costa Rica*; Anexo 4, La Policía de Costa Rica, San José, octubre de 1986

Primer y Segundo Informe de la Comisión Especial para que se investigue todo lo relacionado con la muerte del menor Wagner Alfonso Segura Brenes, agosto de 1990 y setiembre de 1991.

APORTE AL ESTUDIO DEL REGIMEN PROCESAL DE LAS CONTRAVENCIONES EN COSTA RICA

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo
Profesora Asociada
Facultad de Derecho, U.C.R.

INTRODUCCION

Nos mueve a realizar un breve estudio sobre el tema del procedimiento contravencional en Costa Rica, una fuerte sensación de que la normativa que lo regula, carece de una serie de condiciones elementales, lo que, en nuestra opinión, pone en peligro y desventaja los derechos del ciudadano que sea sometido a este procedimiento y que desde luego, contrasta gravemente con nuestra tradición de país democrático y respetuoso de las libertades civiles y derechos humanos.

Es así, objeto de este trabajo, plantear la hipótesis de que en materia de contravenciones, el procedimiento aplicable en nuestro medio se aparta completamente de los cánones establecidos por la Constitución Política y los Convenios Internacionales suscritos por Costa Rica en lo relativo a las garantías de los derechos humanos fundamentales que prácticamente conforman principios universales y por eso irrenunciables.

I. SITUACIONES SUSTANCIALES TUTELADAS POR EL DERECHO PENAL CONTRAVENCIONAL¹

Para una mejor comprensión del tema resulta del todo indispensable referirnos a las conductas que la ley contempla como contravenciones aclarando que no se trata de hacer aquí una exposición pormenorizada de los distintos tipos de ellas ni mucho menos. Buscamos únicamente, ubicar el fenómeno dentro del esquema general de Derecho Penal acordado por nuestro legislador.

Bien, si revisamos el libro III, Título I, Sección Primera de nuestro Código Penal en sus Artículos 374 y siguientes, notaremos que se regulan ahí las más

variadas situaciones, todas relacionadas con hechos ilícitos que acontecen con frecuencia y que en muchas ocasiones a simple vista, para el común de los ciudadanos, no constituyen hechos de mayor relevancia o incluso exentos de una eventual tutela.

La gama de infracciones que abarca esta categoría del Derecho Penal es amplia y van desde aquellas que van contra la integridad corporal provocaciones y amenazas, protección de menores, las que atentan contra el honor, las buenas costumbres, el estado civil, la inviolabilidad de los terrenos, heredades o negocios, la propiedad y el patrimonio hasta los que vulneran el orden y la seguridad pública.

Es interesante observar cómo las conductas reguladas a nivel de contravención corresponden a situaciones ilícitas cuya relevancia dentro de la convivencia social resulta harto dependiente de una escala de valores que en esencia, resguarda un esquema de orden público. Es decir, aquel aservo social regular que va más allá del Derecho mismo ya que se encuentra en la base de la constitución de una sociedad. Es este un aservo regular que asume carácter valorativo y por ello el ordenamiento lo tutela o garantiza pues se trata de "conservar inalterado el equilibrio de situaciones personales y reales,² porque interés no a la situación particular, sino a la colectividad".³

1. Nos referimos aquí como es lógico, a la normativa así denominada algunas veces en doctrina y que por supuesto, compartimos. Soler (S), *Derecho Penal Argentino, Argentina, 1978*, pp. 222 ss., Fontan Balestra (C), *Tratado de Derecho Penal, T. I., Costa Rica, no se indica año de edición*, pp. 227 ss.

2. Levi (A), *Teoria generale del diritto, Padua, 1967*, p. 67, Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero, Milán 1962*, p. 153 ss.

3. Idem.

Ahora bien, es lógico que todo el sistema normativo garantiza ese orden público, pero también resulta evidente que dentro de esa escala hay categorías.⁴

Así, entonces, el valor tutelado mediante un tipo penal delictivo pareciera ocupar un lugar más elevado a aquel de las contravenciones pero básicamente podríamos decir que se parte de un patrón de valores que son los que conforman el orden público los cuales se clasifican de acuerdo a un criterio rector de justicia distributiva: sea una proporción entre gravedad del hecho y sanción.⁵

Se trata entonces, de recoger aquellos hechos que sin trascender el límite de gravedad que reviste el "hecho-delito", no dejan de tener relevancia jurídica para asegurar la convivencia pacífica y de ahí que sean conductas reprochables jurídicamente.

Ahora bien, al revisar el elenco de conductas que en nuestro medio vienen a constituir nuestro Derecho Penal Contravencional, nos da la impresión de que se da un claro paralelismo frente al elenco del sistema de tipos penales delictivos⁶ pero que por las implicaciones en la vida social, parecieran dirigirse a una tutela penal con efectos civilistas en el plano sustancial, sea que en última instancia, tratan de reprimir para mantener el orden general cotidiano y por ello tienden a tocar la esfera del Estado Gendarme, prueba de ello es que antes de que entrara en vigencia el Código Penal que nos rige, éstas formaban parte del Código del Policía de 1941.

El punto sobre la *ratio distinguendi*, entre delitos y contravenciones en nuestra opinión, es una cuestión de política criminal propia de cada sociedad precisamente porque está anclada a los sistemas de valores como es el orden público. No obstante, el problema a nivel doctrinario ha ocupado varias páginas y ha involucrado a varios autores quienes tratan de establecer mediante diversos criterios, la frontera entre ambas figuras. En muchos casos, no se habla de sólo dos categorías de figuras sino de tres: crimen, delito y contravenciones⁸ pero pareciera que el sistema predominante es el *dual* y así la discusión se ha forjado en este sentido.

Entre los criterios de distinción que se citan tenemos:

a) *Criterio Ontológico*: Sostenido por Carmignani y Carrara el cual se fundamenta en la diversa naturaleza entre ambas infracciones, toda vez que en el caso de los delitos, la represión se produce como consecuencia de una transgresión de normas éticas de carácter universal mientras que en el caso de la contravención lo que se da es la transgresión de una norma de utilidad social, así la contravención vendría a vulnerar la prosperidad y el delito la seguridad social. Este enfoque más pareciera dirigirse a una posición sobre la naturaleza del objeto que sobre la naturaleza de la acción

regulada. La posición es recogida por Anselm von Feuerbach quien hace la distinción acudiendo a un plano de derecho natural y así afirma que el delito viola un derecho que preexiste a la existencia de la ley que lo tutela y la contravención por el contrario, regula una conducta que sería lícita si el Estado no la prohibiera.

Bettioli, señala que el criterio ontológico es manejado sólo a nivel doctrinario, por cuanto en el campo positivo se acude a un criterio *cuantitativo*. Este autor considera que la ética es un criterio que cubre tanto a contravenciones como a los delitos pues es característica propia del Derecho Penal un decisivo eticismo en la tutela de los valores. Este punto es cuestionable pues hay contravenciones que aseguran el respeto de buenas costumbres y valores religiosos y delitos que no regulan necesariamente valores éticos, caso típico aquellos delitos de mera creación legal.⁹

b) Otros han querido enfocar la distinción de acuerdo al bien jurídico. Así el planteamiento se dirige a determinar el mero riesgo a la lesión efectiva del bien jurídico tutelado. En consecuencia, la contravención se crea para actuar en caso de que el bien jurídico sea únicamente puesto en peligro. Mientras que el delito importa una lesión efectiva de ese bien.

Para Bettioli, este punto de vista está basado en un criterio ontológico, pues en la realidad el criterio que se observa es *cuantitativo*, prueba de ello es que la actividad delictuosa participa de diferentes grados, de modo que el grado de peligro o la acción efectiva no es referible por separado a cada figura pues hay delitos de peligro.

c) Tenemos también el criterio subjetivo. Aquí la contravención es considerada como una simple desobe-

4. Montero Aroca (J), *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 214 ss.

5. Jescheck (H-H), *Tratado de Derecho Penal*, T.I., parte general, Barcelona 1981, p. 5.

6. Ver, *Supra*, Sección A.

7. Ver, exposición de motivos del Código Penal de 1975.

8. Ver, Soler (S), *Derecho Penal Argentino*, Argentina, 1978, pp. 222 ss. Nos habla del criterio tripartita y del criterio dual. En Argentina de acuerdo a este autor se utiliza el criterio dual entre delito y contravenciones según la gravedad del hecho. También nos refiere este criterio tripartita Bettioli (G) en su *Diritto Penale*, Padua 1978, pp. 227 ss. En Italia se utiliza el criterio dual. Fontan Balestra, *Op.*, Cit., p. 374, deja ver que autores argentinos como Rodolfo Moreno, Octavio González Roura, José Peco, Sebastián Soler, Eusebio Gómez y Luis Jiménez de Asúa, no comparten los diferentes criterios de distinción entre delitos y contravenciones.

9. Ver al respecto además de Soler (S), *Op.*, cit., y Bettioli (G), *Op.*, cit., Fontan Balestra (C), *Tratado de Derecho Penal*, pp. 374 ss.

diencia y la norma transgredida es sólo de utilidad social, mientras que el delito lesiona un derecho subjetivo.¹⁰

d) Aquí Binding y Goldschmidt son quienes propugnan la tesis. Estos autores dicen que la distinción parece referirse a la consideración que el legislador haga el hecho ya sea de forma *singular* al ser una infracción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, o en forma *genérica*, y de aquí deriva si se trata de un mal mayor (delito) o un mal menor (contravención). Es decir, la base del criterio es la antijuricidad medida por los efectos ya sea a nivel individual o general por la que afirma Goldschmidt, que el delito protege determinados bienes jurídicos individuales y colectivos y las contravenciones son violatorias de intereses de la administración. Una posición semejante observamos en Rocco, quien ve en la contravención una actividad mediante la cual el Estado soberano satisface necesidades propias que no buscan declarar un derecho ni ejecutarlo sino que únicamente buscan la *administración social*.¹¹

Nuestra opinión personal es que la frontera que deslinda un delito de una contravención apegándonos desde luego, a la posición dualista, es la mano del legislador, quien mirando hacia el norte del orden público, sopesa la repercusión del eventual menoscabo que los valores sufran para orientar la tutela que se ha de conferir. Es pues, la posición del legislador la que en definitiva, decida a cuál de los dos grupos va a pertenecer la conducta reglada.

La tendencia moderna de la política criminal en todo caso, se inclina por reservar al Derecho Penal de los delitos, las infracciones más graves por conmover de manera relevante los valores fundamentales de la comunidad, pues las faltas o contravenciones serían injustos menores.¹²

A. Paralelismo entre contravenciones y delitos en nuestro Código Penal. Una breve concordancia.

Conductas idénticas o muy semejantes resultan ser tratadas en nuestro Código Penal, ya como contravención ya como delito gracias a esta distinción que en nuestra opinión, deriva de la aplicación del concepto de justicia distributiva.

Es propiamente en la confrontación de las normas reguladoras de cada figura, que podemos apreciar con mayor claridad en qué casos nos encontramos frente a un delito y cuándo frente a una contravención. Veamos:

a) Encontramos en primer lugar las *lesiones* que en la parte correspondiente a las contravenciones, están contenidas en el artículo 394 inciso 1) en relación con el 123 y siguientes. Un parámetro de importancia para distinguir las lesiones como contravención de

aquellas como delito con condiciones y resultado idéntico entre el "delito lesión" (art. 125 C.P.) y la "contravención-lesión", es su mayor o menor gravedad y entonces al efecto, no sólo se les denomina en forma diferente: lesiones leves (delito art. 125 C.P.) y lesiones levísimas (art. 394 inc.1) sino que la frontera entre ambos es la incapacidad que generen. A saber: se impone una incapacidad de uno a diez días para la contravención y si excede ese plazo será delito. Dentro de ese mismo artículo 374 en el inciso 3), se regula la *riña* como contravención y en el 139, la riña como delito. Aquí de nuevo, la incapacidad vuelve a ser el parámetro.

b) *Las provocaciones y amenazas* (artículo 375) encuentran su correspondiente en el 195. Vemos cómo el método empleado va a constituir aquí la clave distintiva: (armas de fuego, por dos o más personas, en forma anónima y simbólica.

c) *Las contravenciones contra el honor* contempladas en el artículo 374, son una forma muy atenuada de los delitos contra el honor frente a los artículos 145 y siguientes: injurias y difamación.

d) *Las contravenciones contra las buenas costumbres*, del artículo 378 son en algunos casos como el inciso 6), una forma de los *abusos deshonestos* del artículo 161. También, dentro de esta categoría de contravenciones, se sanciona en el inciso 15, la *práctica escandalosa de la sodomía*, hecho que dentro de las circunstancias del artículo 173, conformaría el delito de sodomía.

e) Se estipulan también contravenciones *contra el estado civil de las personas* en el artículo 379, que nos habla de un matrimonio ilegal de igual forma que los artículos 176, 177 y 178, pero que se fundamenta en criterios de nulidades absolutas en razón de los impedimentos o si mediare engaño, mientras que en la contravención, se manejan causales de *nulidad relativa*.

f) El 384 en el inciso 1) establece la contravención por *hurto menor*, para sancionar este hecho bajo reglas diferentes al hurto como delito de los artículos 208 y siguientes. Para tal finalidad de conformidad con el artículo 208 se hace reenvío al 384 y usando un criterio económico para ello; de ahí que si el valor de lo hurtado sobrepasa los mil colones, estaremos ante un delito de hurto simple, pues para los demás casos de hurto se prevén circunstancias adicionales.

10. Soler (S), *Op., cit.*, pp. 224-225.

11. Soler (S), *Op., cit.*, pp. 225-226, Fontan Balestra, *Op. cit.*, refiere que también lo enfoca Ricardo Núñez, autor argentino p. 375.

12. Ver, Mir Puig (S), en Jescheck (H-H). *Op., cit.* quien nos dice: *Las faltas son como decía Pacheco: "delitos veniales" bagatelas que pueden ser reprimidas con contravenciones administrativas"*, pp. 85, ss.

En el inciso 9 del 384 encontramos los llamados daños menores que se distinguen de los daños como delito, acudiendo a igual que en el caso de hurto, a un criterio económico sea, si los daños no exceden de mil colones, se trata de una contravención.

g) En lo relativo al grupo de contravenciones por desobediencia, desacato e irrespeto a la autoridad previstos en el artículo 392, observamos que en los incisos 6, 7 y 8 se prevén conductas semejantes a las contenidas en los artículos 302, 303, 305, 306, 307 que forman parte de los delitos contra la autoridad pública.

Por su lado, el inciso 9 de esa misma disposición que se refiere a la portación falsa de distintivos, corresponde con el 308 que regula la usurpación de autoridad.

h) La contravención del artículo 393 en su inciso 3 parece ser una forma atenuada de algún tipo de delito de encubrimiento que está previsto y sancionado por los artículos 320 y siguientes. Concretamente serían los casos del favorecimiento personal y la receptación de cosas de procedencia sospechosa.

i) Finalmente, en el 395 la normativa contravenicional tutela lo referente a monedas, sellos, timbres, marcas y títulos al portador. Interesante es notar cómo el inciso 2, sanciona la fabricación de circulación de fotografías que semejen valores. Aquí la figura correspondiente en materia de delitos sería por un lado, la falsificación de moneda y otros valores, del artículo 364 y por otro, la falsificación de sellos, señas y marcas, de los artículos 367 y 368.

B. Dualidad de la norma penal y su implicación en las sanciones contravenicionales

Creemos importante antes de sellar el tema anterior referirnos a este punto no sólo por la gran relación que hay entre el aspecto puramente sustancial de la norma y aquel procesal de la misma sino porque se correría el riesgo de dejar cabos sueltos sobre el particular. Sabemos que hay un evidente encuentro entre la norma sustancial y la de derecho procesal ya que las conductas descritas como ilícitas y los "valores" de sus respectivas penas están dadas en la ley sustancial como parte del tipo. Sin embargo, es interesante observar cómo esa segunda parte de la norma de manera indirecta (pues directamente es como una advertencia para todos de las consecuencias que sufriremos si no respetamos las normas penales), está dirigida al juez por cuanto él debe dar contenido a su "mandato jurisdiccional" con el monto de la pena y adecuarla con las reglas generales establecidas al efecto en el Código Penal. Es aquí donde encontramos que algunas de esas reglas son diferentes en caso de contravenciones.

Así por ejemplo, mientras para los delitos se prevé el grado de tentativa, por doctrina se dice que en

materia de contravenciones no se aplica.

En cambio se aplican los criterios de *habitualidad (reincidencia) y profesionalidad*.¹³

Por otro lado, las penas son sólo penas pecuniarias en las contravenciones, y mientras que en los delitos se da tanto la pecuniaria como la privativa la libertad.

II. DE LA NATURALEZA DE LA COMPETENCIA EN MATERIA CONVENCIONAL

Ya pudimos observar en la fase anterior, cómo tenemos por un lado los delitos y por otro las contravenciones las que en última instancia por fuerza lógica, van a ameritar un trámite en sede jurisdiccional adecuado al fin que de estas figuras se persigue.

Dentro de las esferas creadas para la concreta aplicación de la función jurisdiccional: las competencias, se incluyen en especiales agrupaciones que nos permiten clasificar esa actividad a lo largo de un abanico de características para su distribución como es el criterio *funcional*.

Es nuestra opinión personal que cuando se habla de contravenciones como una variedad de leyes penales, el criterio que debe privar en materia procesal para determinar correctamente la competencia aplicable, es el criterio *funcional*. Ello porque se trata de figuras que sancionan conductas considerados por el legislador, como hemos señalado, que en cuanto infracciones, generan consecuencias menos gravosas que aquellas derivadas de las conductas tipificadas como delitos y entonces, lo lógico en términos de economía procesal, es optar por un trámite separado aunque no autónomo del correspondiente para los delitos. En otras palabras, dadas estas condiciones de "subespecie" del Derecho Penal, el órgano competente y el procedimiento varía en el caso de infracciones contravenicionales. Todo esto resulta de una abstracción que nos hace posible descubrir diferentes competencias dentro de un mismo criterio.¹⁴

En el caso que nos ocupa, estamos frente a dos competencias diferentes del criterio material (Derecho Penal).

A. Del Régimen Procesal en materia de contravenciones en Costa Rica

La concepción histórica-ideológica que del proceso se tenga es nuestro criterio el punto de partida

13. Bettiol (G), *Op. cit.*, p. 661.

14. Consultar Sáenz Elizondo (M.A.), "Jurisdicción y competencia", *Rev. Ciencias Jurídicas*, N° 68, 1991. El criterio es poco usual en nuestro medio pero no obstante, comienza a perfilarse por ejemplo, en el Código Procesal Civil.

para la creación del instrumento procesal a emplear.¹⁵

Estas improntas pueden ir de un extremo a otro hasta llegar a constituir sistemas procesales muy benignos y altamente respetuosos de las garantías tanto individuales como sociales, (*rectius: humanas*), hasta sistemas absurdos, aptos para cometer los peores abusos y atropellos.

De esto podemos inferir que la técnica procesal en el buen sentido de la denominación, impone la creación de un cuadro de posibilidades que nos permita una implementación real de la administración de justicia. La llamada "justicia justa",¹⁶ para no caer en el nefasto expediente del esquema procesal "aparente" pero injusto a la hora de aplicarlo.

En nuestro medio de manera semejante a otros sistemas jurídicos, la técnica procesal que se sigue en materia de contravenciones tiene por supuesto, íntima relación con la importancia otorgada al hecho sancionado. De modo que se opta por un procedimiento más célebre y por ello libre de formalidades y con el mínimo de plazos y audiencias.

Así vemos que una de las características más relevantes de nuestro procedimiento de faltas¹⁷ y contravenciones (artículos 423 al 427 del C.P.P), es la audiencia inmediata para que el órgano competente: alcalde, oiga al ofendido y al imputado (art. 423).

De suma importancia es destacar que se ofrece al imputado la alternativa de aceptar los hechos o el hecho y así dar por terminado el proceso y acto seguido se impone la sanción (condena). Es evidente que el mecanismo de la aceptación del cargo, resulta muy eficiente desde el punto de vista de la rapidez y por ello desde un concepto de economía procesal pues ello evita realizar posteriores diligencias como es propiamente la audiencia oral y pública en donde no sólo se oirá a las partes interesadas, sino también a los testigos y se evacuarán eventuales pruebas de otra naturaleza (art. 424), lo que supone más tiempo y utilización de recursos humanos.

Por otro lado, siguiendo el criterio de rapidez en este tipo de procedimientos, también se permite diferir la fecha de realización de la audiencia pero por un breve plazo de tres días el cual podrá ser concedido de oficio o a promoción de parte a fin de preparar la prueba (art. 425). De este mismo artículo sorprende la última parte que dispone una detención provisional del imputado la cual sólo podrá sustituirse por una caución o una libertad simple (jurada).

Atendiendo siempre el interés por acelerar la conclusión del proceso contravencional, el artículo 426, establece que la resolución dictada en esta sede, no tendrá recurso alguno, salvo los autos dictados los cuales podrán impugnarse por revocatoria dentro de veinticuatro horas a partir de su notificación.

Bien, enunciado el planteamiento que nuestra ley procesal dispone para sancionar las infracciones contravencionales, queremos comenzar a hacer un análisis de su *viabilidad jurídica* de acuerdo a algunos principios del debido proceso que creemos vulnerados en este procedimiento.

Las razones ideológicas concretas que mediaron para dar al sistema procesal que rige las contravenciones en nuestro Código de Procedimientos Penales, y por ende, el corte que éste posee, las ignoramos pues no es fácil contar con medios que en el plano material, nos informen con exactitud por lo que no nos queda más alternativa que especular.

En efecto, casi por vía de intuición, creemos que se trata de un esquema procesal de corte estrictamente liberal, en la medida en que no se transige con los intereses y derechos que pueda tener el imputado y ante todo, se impone el interés del ofendido y una cierta certeza del orden jurídico. Es como si se persiguiera a través de este procedimiento única y exclusivamente la restauración del derecho objetivo alterado y para ello se dejaran de lado los derechos y garantías de que debe gozar el acusado en un régimen jurisdiccional.¹⁸

15. Rescigno (P), *Manuale del diritto privato italiano*, Nápoles 1976, pp. 9-12.

16. Cappelletti (M), "Apuntes para una fenomenología de la justicia del Siglo XX" en: *Rev. Judicial* N° 65, trad. de Sáenz Elizondo (M.A.). Cappelletti (M), "Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad", en: *Riv. Jus* N° 39, p. 6 y ss. Cappelletti (M), "Accesso alla Giustizia" en: *Enciclopedia Giuridica*, V.I., Roma, 1988, p. 1 ss. Se dice que en material penal, el interés del imputado en sentido procesal, está en que se le juzgue de forma adecuada, es decir en que se le siga un proceso que le permita obtener justicia precisamente por medio de los órganos del Estado (jurisdiccionales). Mas-sari, *Il processo penale italiano*, Napoli 1934, I, p. 619; Sabatini, *Principi di diritto processuale penale*, città di Castello, 1931, p. 298; Musotto, *La teoria dell' interesse nel processo penale*, Palermo 1937. Este autor señala que el interés procesal en el proceso penal, funciona a nivel de elaboración legislativa pues es el legislador quien tiene que valorar y disciplinar la actividad procesal de los sujetos en particular, p. 25.

17. La denominación de Faltas y Contravenciones, parece obedecer a un error del Código de Procedimientos Penales que no tuvo en cuenta el cambio de nombres que se acordó en el Código Penal de 1970. Así vemos en la exposición de motivos del Código Penal, que la denominación de faltas más bien se cambia a *la de contravención* por la trascendencia del hecho. Código Penal y Leyes conexas, edición preparada por el Lic. Atilio Vicenzi, Costa Rica, 1972, p. 6.

18. Las garantías básicas del proceso jurisdiccional deben ser acordes con la naturaleza o tipo de proceso que se realiza sin abandonar los principios constitucionales, los contenidos en Convenios Internacionales ratificados por el país y los derechos relativos a la persona. Chiavario (M), *Processo e garanzia della persona*, Milano 1976.

Históricamente, todo parece coincidir con la ya citada escala de valores del momento, (orden público). Es el reflejo de la cultura jurídica del momento.¹⁹ El método empleado nos recuerda que en fondo de la solución subyace el valor que a esos hechos cubiertos por el concepto de la contravención, se les da. O sea, un mayor o menor rango frente a los que ameritarían pertenecer a la categoría de los delitos.

Entonces es evidente que la razón más fuerte para que se sacrifiquen las reglas del *debido proceso*, en el procedimiento contravencional es ni más ni menos, que la "poca monta" del hecho perseguido a la luz de la óptica legislativa. Pero, nos preguntamos ¿y el imputado no cuenta?, pues en fin de cuentas él es el centro de imputación de la sanción prevista. El es quien será destinatario directo del procedimiento y su sentencia. El *dictamen* ahí emanado lo afectará negativamente por más leve que sea la sanción. Nótese que en aras de la celeridad se sacrifica claramente la justicia, pues la primera fase de este procedimiento es una instancia para que el encartado acepte el cargo y se omita la fase de la audiencia oral y pública con la consecuente evacuación de pruebas. Nótese que por lo demás y como si fuera poco, la ley no sugiere y mucho menos advierte el derecho del acusado a contar con la presencia de un profesional en Derecho que le haga ver la conveniencia o inconveniencia de aceptar los hechos o para comprender el manejo de la prueba. Y para colmo de males, se dice que la resolución final no tendrá recurso alguno. ¡Qué más adefesio jurídico podemos pedir!: Si viola a todas luces el *derecho de defensa* pues se plantea una suerte de "intimidación legalizada" para que el imputado acepte los cargos. Aceptación que en última instancia no sólo lo grava para el caso concreto sino que puede gravarlo en casos futuros en donde esa resolución puede constituir prueba (por ejemplo, una lesión levísima para un eventual juicio de divorcio bajo la causal de sevicia) y que desde luego, nunca lo beneficia. Ciertamente, el patrocinio letrado, no le va a garantizar una absolutoria pero sí una resolución conforme a derecho y justicia en la medida de lo posible.²⁰ Mediante el patrocinio letrado, es lógico, que el asunto será enrumado de manera muy diferente a como puede manejarlo quien no tiene la formación jurídica. Encima de esto además, le niega el principio de la *doble instancia* (art. 426). Con lo que la persona acusada, podemos decir, queda atrapada en las redes del más poderoso. Algo así como la ley del más fuerte.

Quizá lo más alarmante es la disposición que permite ampliar el señalamiento de la audiencia oral y pública para preparar la prueba con una correspondiente orden de prisión preventiva,²¹ sorprende realmente que un país como el nuestro que se precia de la

más rigurosa tradición en el respecto de los derechos humanos y de responder a los lineamientos básicos de las garantías del *debido proceso*, permita que hasta nuestros días se mantenga este tipo de procedimiento.

B. El procedimiento contravencional en lugares lejanos:

La arbitrariedad se vuelve mayor si seguimos leyendo el resto del articulado. Concretamente, el artículo 427 que establece un procedimiento diferente para el caso de sancionar contravenciones en lugares lejanos.

Primero que todo, ¿qué significa lugares lejanos en un país pequeño y dónde los medios de comunicación y transporte llegan perfectamente a cada rincón de nuestro territorio?

Ahora bien. Aceptemos teóricamente una lejanía que "cercana" o no es siempre lejanía si así lo dice la ley. ¿Por qué variar las reglas del juego que ya son malas a peores? ¿Qué justifica esa variación? Digamos que es la dificultad material de no tener cerca al órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse. Muy bien, por eso el artículo señala que la denuncia se hace ante el delegado cantonal o distrital de la Guardia de Asistencia Rural o ésta lo hará de oficio y que si el imputado acepta los cargos, se envía el acta correspondiente al Alcalde respectivo. Sin embargo, las limitaciones de orden material no se toman en cuenta para resolver el problema que el imputado pueda tener para recoger y preparar la prueba si no acepta el cargo. Aquí la lógica se derrumba al conceder para ese efecto, un mísero plazo de veinticuatro horas. ¿Qué puede justificar esta incongruencia? Creemos que es absolutamente injusti-

19. Efectivamente en la exposición de motivos del Código Penal citado, se dice que la contravención se distingue por su contenido: "lo que cuenta es su contenido, puesto que eliminamos algunas infracciones que figuran en el Código de 1941 para trasladarlas al Libro Segundo de Los Delitos y que deben estar allí en razón de lo que son en esencia. Porque revelan típicos síntomas de agresividad en el agente", *Op., cit., p. 54*.

20. Ver Sáenz Elizondo (M.A.), "El gratuito patrocinio o asistencia legal gratuita como derecho y medio de igualdad social en el proceso moderno", en: *Rev. Judicial*, N^{os} 19-20; Cappelletti (M), *Proceso e Ideología*, Bolonia 1969. Al respecto hay gran cantidad de literatura.

21. Gracias a estudios realizados recientemente que demuestran la arbitrariedad y el abuso de una medida de esta naturaleza de alta represividad en relación al grado de peligro y relevancia de la infracción contravencional, del artículo 425 ha caído en desuso. Ver, León Zárate (F), *Proyecto de Desistitucionalización de Pena Privativa de Libertad. Proyecto de Reducción de la Población Penitenciaria*. ILANUD 1990. Documento presentado a la reunión regional de proyectos financiado por el PNUD, 1989.

ficada pues no tiene razón de ser por tratarse de un lugar alejado sean veinticuatro horas en vez de tres días como lo acuerda el 426, si el derecho de probar debe ser igual.

El asunto así tratado despierta una gran preocupación pues los criterios que llevaron al legislador a otorgar más importancia a un hecho que a otro para encasillarlo en las contravenciones o en los delitos, no debe extenderse al mecanismo procesal con evidente violación de los principios *irrevocables e irrenunciabiles del debido proceso*. En otras palabras; una infracción de la norma puede generar mayores o menores concurrencias y en relación directa con esos resultados, así el sistema jurídico procesal y la medida de las sanciones deberán responder. Pero esa proporción no implica que si estamos frente a procesos jurisdiccionales que vinculan a todos por igual, hagamos distinciones para "torcer" el procedimiento en interés del derecho por el derecho con evidente menosprecio de quien es juzgado.

El papel del derecho procesal no es el de desencadenar una suerte de *iter burocrático*, para limpiar incertidumbres jurídicas o agendas de despacho. Su misión es servir de vehículo *real* y efectivo en la difícil labor de administrar justicia. Por algo la Constitución Política se ocupa de él:

a) Nuestra Constitución Política en su artículo 39 establece con toda claridad que a una sentencia no se puede llegar *sic et simpliciter* pues se debe garantizar la "previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y, mediante la necesaria demostración de culpabilidad".

En nuestro procedimiento contravencional creemos se viola a todas luces esta exigencia constitucional toda vez que no se dispone la necesidad, a nivel legal, de que el imputado cuente con asistencia letrada y se restringe y condiciona esa "necesaria demostración de culpabilidad" de que habla el artículo 39 de la Constitución.

b) Por otro lado, el artículo 33 de nuestra Constitución establece que: "todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana".

Ya vimos cómo nuestro legislador, no se limitó a seleccionar las conductas para tipificarlas sea como delitos sea como contravenciones, sino que en aras de una breve solución en sede judicial, (para las contravenciones), trasladó la mayor o menor repercusión social al esquema procesal para "recortar" garantías que no pueden cercenarse por cuanto el proceso es una actividad separada del ilícito. No es posible adecuar las garantías procesales a la situación ilícita que constituye el presupuesto del proceso, pues el *derecho de defensa técnica* y de *probar*, son derechos indivisibles

o unitarios que tiene todo ciudadano a la hora de figurar en un proceso.

Es muy simple: no podemos hacer una proporción entre la valoración más o menos elevada que un hecho tenga en la vida social, con el procedimiento jurisdiccional pues caeríamos muy fácilmente en el error de confundir "abreviar" con "cercenar", que es lo que encontramos en nuestro procedimiento contravencional, con lo que sin hacer mayores razonamientos, queda flagrantemente violado el principio de igualdad contenido en el artículo 33, pues en los procesos para juzgar los delitos se conceden mayores dosis del derecho de probar y se establece la necesidad de la defensa letrada y no sucede así para las contravenciones con los serios resultados que ello pueda ocasionar al condenado.

El punto se vuelve más álgido cuando vemos que las garantías procesales se restringen aún más en los procedimientos por contravención en lugares lejanos, como lo señala el Código. Aquí la violación al artículo 33 de la Constitución es todavía más patente.

c) ¿Qué decir de la imposibilidad de acudir a una segunda instancia? Todos sabemos que el Pacto de San José, acuerda la garantía de la doble instancia como uno de los principios esenciales para que se cumpla el debido proceso (art. 8, inc. h) requisito que en nuestro procedimiento está totalmente ignorado.

CONCLUSIONES

El recorrido teórico que hemos efectuado ya por la ruta del derecho sustancial en cuanto a los criterios para definir la contravención ya por la ruta del derecho procesal específicamente en lo relativo al esquema previsto en nuestro Código de Procedimientos Penales, nos permite concluir una serie de aspectos interesantes:

Una infracción es contravención si por su repercusión social, el legislador la considera más o menos grave frente a otras conductas.

Las contravenciones forman parte del Derecho Penal pero en calidad de una "subcategoría" que se puede llamar Derecho Penal Contravencional y por ello podemos afirmar que en sede jurisdiccional, esta condición da lugar a un procedimiento especial y por ende a una *competencia funcional*.

La concepción sustancial de las infracciones reguladas bajo el tipo contravencional, se traslada a la técnica procesal empleada generando enormes injusticias y desigualdad.

Esta proporción o relación directa entre concepto de contravención y procedimiento, provocó una des-

viación conciente o inconciente (no sabemos), en el ánimo del legislador por lo que confundió, en un afán por simplificar el método procesal, la idea de un proceso "abreviado" con una de un proceso "cercenado".

Como consecuencia lógica se mancillan en este procedimiento principios constitucionales e internacionales relativos al debido proceso.

Este último aspecto es en síntesis la hipótesis planteada en la introducción de este trabajo y que queda así demostrada.

Efectivamente, la idea de que la contravención representa no sólo una infracción menor sino una menor agresividad del agente se refleja en el plano procesal, mediante una patente distorsión del procedimiento. Veamos:

1. Salta a la vista la inconstitucionalidad en lo referente a las dos grandes distinciones entre proceso contravencional (digamos, "ordinario"), y aquel previsto para lugares alejados que se convierten en relación a éste en uno "especial", con lo que se viola el artículo 33 de la Constitución Política.

2. También nos parece inconstitucional la falta de previsión en cuanto a la asistencia letrada que no sólo viola el artículo 33 citado por hacer distinción entre el proceso para delitos y el de contravenciones sino también el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969 que en sus incisos d) y c), señalan la garantía de la asistencia legal, derecho que se considera como irrenunciable.

3. La oportunidad defensiva se ve disminuida en especial, en el caso del procedimiento en lugares lejanos en donde como se indicó, el plazo pasa de tres días en el "ordinario", a veinticuatro horas. Esto como hemos insistido, viola las reglas del principio del contra-

ditorio de ser oído en juicio. Así el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos establece que se debe conceder al acusado "el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa", Art. 2 inciso c).

4. La eventual aceptación del o los cargos constituye una clara violación del artículo 36 C. P. y aquel del Pacto de San José, que también establece el derecho de no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable. Ya anteriormente, hemos dicho que la aceptación del cargo, es una clara presión para el acusado que vulnera no sólo el derecho de defensa técnica sino que tal y como se utiliza, sirve como una medida intimidatoria a la que un justiciable acude para obtener clemencia y una sanción menos rigurosa.

5. En cuanto a la imposibilidad de impugnar la resolución dictada por el órgano jurisdiccional, ello resulta del carácter "totalitario" del procedimiento ya que limita sin fundamento serio o válido, la posibilidad de que un juez diferente realice un nuevo examen²² conozca en "revisión" el asunto, cuando sabemos que la revisión posterior permitirá "limpiar" la injusticia cometida en la primera fase del proceso. En este sentido el ya citado Pacto de San José, en su artículo 2, inciso h) es enfático al exigir el derecho a recurrir a una segunda instancia.

Con lo expuesto creemos hacer conciencia del estado actual de nuestro procedimiento contravencional y la urgente necesidad de hacerle ajustes que consideramos podrían canalizarse por la vía de la declaratoria de inconstitucionalidad de los puntos que hemos analizado en este estudio. Desde luego, no pretendemos ser exhaustivos pero hemos tratado de decir lo que a nuestro juicio logramos inferir sobre el tema.

22. Ver un estudio de reflexiones muy interesante en Pizzorusso (A), "Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali", en: *Riv. Dir. Proc.*, N°1, 1978, pp. 33 ss.

BIBLIOGRAFIA

- Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milán 1962.
- Bettiol Giuseppe, *Diritto Penale*, Padua 1978.
- Cappelletti Mauro, "Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad, en: *Riv. Jus.* N° 39.
- Cappelletti Mauro, "Accesso ala Giustizia", en: *Enciclopedia Giuridica*, V.I., 1988.
- Cappelletti Mauro, "Apuntes para una fenomenología de la justicia del siglo XX", en: *Rev. Judicial*, N° 45, 1990.
- Cappelletti Mauro, *Processo e Ideología*, Bolonia 1969.
- Chiavario Mario, *Processo e garanzia della persona*, Milán 1976.
- Fontan Balestra Carlos, *Tratado de Derecho Penal, T. I.*, Costa Rica, no se indica año de edición.
- Jescheck H.H., *Tratado de Derecho Penal, T.I.*, 1981.
- León Zárate Fabio, Proyecto de desistitucionalización de pena privativa de libertad. Proyecto de reducción de la población penitenciaria. ILANUD, 1990. Documento presentado a la reunión reg. de proyec. financiados por el PNUD, 1989.
- Levi Alessandro, *Teoría Generale del Diritto*, Padua, 1967.
- Massari, *Il Processo Penale Italiano*, Nápoles 1934.
- Mir Puig Santiago en Jescheck (H-H). *Tratado de Derecho Penal, T.I.*, 1981.
- Montero Aroca Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, 1979.
- Musotto, *La Teoría dell'interesse nel processo penale*. Palermo, 1937.
- Pizzorusso A., "Doppio grado di giurisdizione e principio costituzionali", *Rev. Dir. Proc. Civ.*, N° 1., Padua 1978.
- Sabatini, *Principii di diritto processuale penale. Città di Castello*, 1931.
- Sáenz Elizondo María Antonieta, "El gratuito patrocinio o asistencia legal gratuita como derecho y medio de igualdad social en el proceso moderno", *Rev. Judicial*, N° 59-20.
- Sáenz Elizondo María Antonieta, "Jurisdicción y competencia". *Rev. de Ciencias Jurídicas*, N° 68, 1991.
- Soler Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, Argentina, 1978.

LEGISLACION CONSULTADA

- Código Penal de la Provincia de Córdoba*, Argentina.
- Código Penal*, Costa Rica.
- Código de Procedimientos Penales*, Costa Rica.

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 cuartillas 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 en 15 líneas o media cuartilla máximo.

-Los trabajos se envían a:

Consejo editorial de la Revista de Ciencias Penales

Apdo. Postal 3-1003

Corte suprema de Justicia

San José - Costa Rica

EDITORIAL JURICENTRO

Nuevas Ediciones:

Mario Alberto Jiménez:

"Desarrollo Constitucional de Costa Rica"

4a. Edición, con un prólogo y un capítulo adicional de Carlos José Gutiérrez.

Hernando París:

" Los contratos privados en la jurisprudencia de casación".

Alberto Brenes Córdoba:

"Tratado de los contratos".

4a. edición, revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez.

Edmundo Vargas Carreño:

"Introducción al Derecho Internacional".

2a. edición, con un capítulo sobre el derecho internacional de los Derechos Humanos, escrito por el autor con la colaboración de Rodolfo Piza R. y Gerardo Trejos.

Próximas Ediciones:

Wolfgang Söche:

"Acerca del Orden jurídico Penal".

Con un prólogo de Javier Llobet (en prensa).

LA EXTRADICION DE NACIONALES EN COSTA RICA

Cecilia Sánchez Romero
Directora del Digesto de Jurisprudencia
Jorge Chacón Laurito
Juez Superior Penal

I. INTRODUCCION

La extradición de nacionales se perfila en estos momentos como un tema de gran actualidad, al estar pendiente de aprobación en la Asamblea Legislativa un nuevo Proyecto de Ley de Extradición que vendría a sustituir la actual Ley N° 4795 de 16 de julio de 1971, conforme a la última reforma N° 5991 de 9 de noviembre de 1976.

Con anterioridad, no se presentaba duda alguna en cuanto a la imposibilidad de extraditar costarricenses, tanto por lo dispuesto en el artículo 32 de la Carta Magna, al señalar que: *"Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar al territorio nacional"*, como por lo señalado en el artículo 3 de la vigente Ley de extradición que establece en lo conducente que: *"No se ofrecerá ni concederá la extradición: a) Cuando al cometer el hecho punible el reclamado fuera costarricense por nacimiento o por naturalización. En esos casos será juzgado por los Tribunales Nacionales"*. En cuanto a esta disposición solamente fue discutible la diferenciación que se hizo por parte de algunos tribunales, entre el costarricense por nacimiento o naturalización, y en algunos casos se concedió la extradición cuando el sujeto reclamado había cometido el delito antes de adquirir la nacionalidad costarricense; opinión que sin embargo no fue siempre absoluta ya que hubo varios votos disidentes señalando la ausencia de distinción entre costarricenses tanto en la Constitución como en la ley.

El proyecto de reformas a la Ley de Extradición publicado en la Gaceta N°98 del 23 de mayo de 1989, tramitado en la Asamblea Legislativa bajo el expediente N° 10.746, inicialmente no generó tanta inquietud, pero luego, en la comisión de Asuntos Jurídicos, se acordó derogar el artículo 3 en su inciso a), con el afán de permitir que los costarricenses, tanto por naturalización como por nacimiento, fueran ex-

traditados al lugar de comisión del delito para su juzgamiento y penalización; y es precisamente este cambio significativo lo que motiva la exposición del tema, con la pretensión de suministrar algunos elementos informativos que permitan formar una opinión consciente sobre su conveniencia o inconveniencia. Se trata de un cambio fundamental, de un giro significativo en la política extradicional de nuestro país, cuyos alcances y adecuación al ordenamiento jurídico vigente deben ser analizados con cuidado.

II. EL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY DE EXTRADICION

Con el objeto de adecuar la Ley de Extradición vigente al Tratado de Extradición entre Costa Rica y Estados Unidos de América, por aprobarse en esa época, el Poder Ejecutivo envía a discusión a la Asamblea Legislativa, en 1989, un Proyecto de Ley de Extradición, que pretendía además establecer concretamente el procedimiento sumario a que se refiere el artículo 7 de la Ley vigente con gran imprecisión, así como establecer el procedimiento para regular la extradición en tránsito y la extradición activa.

Quienes creemos que la ley actual tiene una serie de lagunas y omisiones en muchos aspectos, vimos con buenos ojos la posibilidad de su reforma, con el objeto de lograr un cuerpo normativo unificado, claro y preciso; sin embargo, aparte de mantenerse en el proyecto algunos de los vacíos de la anterior, la modificación que le introduce en octubre de 1989, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Poder Legislativo, nos produce una inquietud, derivada tanto de sus alcances como de su enfrentamiento con el principio constitucional del artículo 32.

En efecto, al eliminarse el inciso a) del artículo 3 de la Ley vigente, se permite la extradición de nacionales, institución sumamente discutible y delicada. El fundamento para este cambio fue señalado en la exposición de motivos del mencionado proyecto, en los siguientes términos: *"Se permite la extradición de costarricenses, pues en la lucha contra la delincuencia no debe ser óbice la nacionalidad del delincuente. Consideramos que tal disposición no atenta contra la Constitución Política, pues en su artículo 32 se refiere más bien a la expulsión como acto político, y no jurisdiccional, como es el proceso de extradición"*.

Es obvio que la internacionalización de algunas conductas, fundamentalmente referidas al narcotráfico, han puesto en evidencia la necesidad de juzgar con severidad e impedir la impunidad de estos hechos, pero creemos que las legislaciones producto de las presiones internacionales y a veces de las histerias colectivas, no siempre son garantía de efectividad.

Tenemos entonces que el problema planteado puede verse desde dos perspectivas: en primer lugar, la constitucionalidad de la disposición y en segundo, independientemente del problema constitucional, su conveniencia.

III. CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTRADICION DE NACIONALES

Desde el punto de vista puramente jurídico, la discusión en torno al problema de la extradición de nacionales ha girado alrededor de la disposición del artículo 32 de la Constitución Política, cuyo término "compeler" es el que ha generado la más interesante discusión. Transcribimos a continuación la opinión de distinguidos juristas costarricenses, diputados y magistrados, sobre el tema, con el fin de tener mayores elementos de información.

Resulta de interés mencionar que la discusión producida en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, no fue muy profunda en ese sentido, por lo menos eso es lo que evidencian las actas de esa asamblea, concretamente la centésimo-décimosegunda, de la sesión celebrada a las quince horas del 19 de julio de 1949, bajo la presidencia del Dr. Marcial Rodríguez, en cuyo artículo tercero se indica textualmente: *"Se continuó en la discusión del Proyecto de Constitución Política. La fracción Social Demócrata presentó moción para adicionar el capítulo de las Garantías Individuales con un nuevo artículo que diga: "Ningún costarricense puede ser compelido a abandonar el territorio nacional. La pena de extrañamiento, tratándose de costarricenses, sólo podrá imponerse por delitos políticos o conexos con ellos, como uno de los extremos de pena alternativa y en tales casos el*

extrañamiento nunca se ejecutará contra la voluntad del reo."

El Diputado Vargas Fernández, aún cuando en el fondo está de acuerdo con la moción planteada, objetó el párrafo segundo, que bien puede eliminarse. Lo importante es mantener el principio general de que ningún costarricense podrá ser obligado a abandonar el territorio nacional.

El señor Fournier le contestó que precisamen'te en un principio la Comisión Redactora del Proyecto del 49 sentó el principio general, pero cree que el compañero Baudrit Solera planteó la dificultad en los casos de delitos políticos, en los que algunas veces es preferible expulsar al indiciado, como uno de los casos de pena alternativa, siempre y cuando el indiciado lo aceptara. El Diputado Leiva indicó que la pena de extrañamiento se establece en determinadas ocasiones para bien de la tranquilidad nacional en casos de delitos muy calificados o también para librar a los indiciados de venganzas personales. Añadió que con la moción en debate, queda a la voluntad del individuo extrañarse o no, razón por la cual no le dará su voto, ya que, aunque está de acuerdo en que la pena de extrañamiento sea alternativa, no lo está con que se deja al indiciado en absoluta libertad de aceptar o no el destierro. Los proponentes de la moción aceptaron suprimir el párrafo segundo. Sometida a votación, fue aprobada. En consecuencia, el nuevo artículo del título de las Garantías Individuales se leerá: *"Ningún costarricense puede ser compelido a abandonar el territorio nacional"*.

Siguiendo este orden de ideas, consideramos que de la breve cita de la exposición de motivos de la Constitución del cuarenta y nueve, se evidencia como principio general, que el costarricense no puede ser obligado a salir de nuestro territorio, y aunque se aceptaba la pena de extrañamiento exceptuándose el caso de los delitos políticos o conexos, en la actualidad, en nuestro Código Penal vigente, en su artículo 52 se expresa: *'La pena de extrañamiento, aplicable únicamente a los extranjeros, consiste en la expulsión del territorio de la República, con prohibición de regresar a él, durante el tiempo de la condena. Se extiende de seis meses a diez años'.*

De allí que, actualmente no es aplicable el extrañamiento a los costarricenses como se permitía anteriormente, argumento que da mayor peso al de no extraditar nacionales conforme se encuentra la regulación actual de la Constitución, puesto que ni siquiera procede su extrañamiento.

Para el exdiputado, Lic. José Miguel Corrales Bolaños, el antecedente del artículo 32 debe buscarse en la expulsión que el gobierno del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia hace de don José Figueres Ferrer, con lo cual el único impedimento que contendría esta norma es el de expulsar a los costarricenses, dijo don José Miguel: *"Si*

ustedes cogen el antecedente de este 32, ven que la reacción del constituyente del 49, ante la expulsión que hace el gobierno del Dr. Calderón Guardia de José Figueres Ferrer, esto que tiene lo que no permite es que a una persona, en Costa Rica se le expulse, pero cuando hay una extradición, a mi no se me está castigando, simplemente se me está entregando para dos cosas, para que se me procese o para que descuente una pena..."¹

El Magistrado Rodolfo Piza al responder a la pregunta sobre si el artículo 32 se refiere a expulsión y no a extradición, y si esa norma está motivada en lo sucedido con Figueres, señaló: "Yo creo que exageró un poquito don José Miguel, porque no era sólo la expulsión de Figueres, era que en Costa Rica existía como pena, en el Código Penal, el destierro, existían dos, el extrañamiento y confinamiento, pero en el fondo lo que es el extrañamiento es un destierro, significa echar una persona del país y el confinamiento es, digamos así desterrarlo dentro del territorio, confinándolo a una determinada zona, gracias a eso, es algo que no se ha investigado suficiente, algunas zonas del país son especialmente cultas, San Ramón es una, en San Ramón desterraban confinaban mucha gente, digamos intelectuales, que conspiraban contra el gobierno en el siglo pasado y eso fue creando una gran efervescencia cultural, de manera que no todo es malo.

Pero lo cierto es que en la constituyente del 49 lo que estuvo presente era, digámoslo así, la barbaridad de que a un costarricense se le desterrara, claro que se ponía el ejemplo de Figueres porque era en ese momento el héroe de la Revolución, como Braulio Carrillo, Juan Rafael Mora, el padre Volio ya en este siglo, unos tíos míos que armaron una también revolución que les fracasó, los Escalante y fueron a dar a Perú, el destierro del Dr. Castro Madriz, o sea, había mucho antecedente de costarricenses, Rogelio Fernández Güel, estuvo confinado a San Isidro del General a lo que es hoy San Isidro del General, o sea que en general el ambiente era sí que no se desterrara.

Yo nunca he compartido esa tesis de José Miguel Corrales, porque *compeler* es obligar contra su voluntad, por más vuelta que uno le quiera dar".²

El Dr. Luis Paulino Mora Mora, Magistrado de la Sala Constitucional, señala: "...no procede la extradición de nacionales, me parece que la norma constitucional es clara en que no puede expulsarse del territorio nacional a un costarricense y ésta, la extradición casualmente es esto, la entrega de un costarricense para ser juzgado en el extranjero".³

Es entonces, como lo venimos apreciando, el término "*compeler*" utilizado por el constituyente patrio el que ha generado la polémica, desde la óptica de procedencia de la extradición con la actual norma constitucional.

El diccionario de la Real Academia española nos define el término de la siguiente manera: "Obligar a uno, con fuerza o autoridad, a que haga lo que no quiere"⁴, y en este sentido nos parece de interés transcribir la opinión del señor Magistrado Edgar Cervantes Villalta, en comparecencia ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, en sesión de trabajo del 19 de setiembre de 1989. Señaló el Magistrado Cervantes: "Habrá que ver qué acepciones nos da el diccionario sobre el verbo *compeler*, pero yo no lo entiendo solamente como obligar por la fuerza. Yo lo entiendo como sinónimo de obligar y obligar puede ser tanto por la fuerza física, como observando los trámites legales que puedan establecerse. Me parece que en ninguna de las dos formas se le puede obligar a un costarricense a salir. Que el asunto es delito en el país requirente y en el Estado requerido, bueno, se establece la posibilidad de juzgarlo aquí. Y si es delito allá y ¿aquí no? Bueno, qué vamos a ser?

Pero no es cuestión de literalidad de la ley, es que hay algo del modo de ser de nuestro pueblo y del costarricense, que se opone a que un nacional pueda ser llevado a ser juzgado a otro lado. "*Compeler*": obligar a uno con fuerza o por autoridad a que haga lo que no quiere.

Claro, usted me diría, es obligar tanto con la fuerza física, obligar con la autoridad. Y eso nos dice el Diccionario y el de la Real Academia. Pero sabemos que hay un montón de términos y expresiones del pueblo que no están recogidos por la Real Academia Española de la Lengua. Y que cuando los viene a recoger, ya es porque se ha usado por años.

Yo estoy seguro de que entendemos el *compeler*, como obligar o por la fuerza, u obligar por la autoridad. Yo creo que es bien entendido eso que más bien me da la razón a mí".⁵

De nuestra parte, compartimos plenamente el criterio de que, conforme a la actual disposición constitucional resulta improcedente la extradición de nacionales, pues de ella no puede interpretarse algo diferente a que ningún ciudadano costarricense puede ser obligado a salir del país, y obviamente, mediante el procedimiento de extradición, se estaría obligando al nacional a abandonar el territorio patrio,

1. Entrevista al Diputado José Miguel Corrales, incluida como anexo en tesis de Licenciatura "La extradición de nacionales en Costa Rica: su problemática", de Julieta Murillo Porras y Eugenia Soto Baltodano.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo I, Madrid, 1984, p. 347.

5. Actas de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, incluidas como anexo en la tesis citada.

entregándosele a otro Estado para que lo juzgue o lo haga cumplir una pena. Hay otro elemento que nos parece importante señalar y en el que coincidimos con lo que en alguna oportunidad don Rodolfo Piza, como abogado litigante, expusiera ante la misma Comisión de Asuntos Jurídicos, en la discusión de este tema, y es el hecho de que los derechos fundamentales son el objeto principal de una constitución y su interpretación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la persona, de ahí que interpretemos, acorde también con el sentir del costarricense, que ha prohibido en casi todas las leyes, la extradición del nacional, que solamente en forma voluntaria se puede producir ese abandono, salvo modificación expresa en otro sentido.

IV. LA CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LA EXTRADICION DE NACIONALES

Suponiendo la reforma constitucional que levantara el obstáculo a la extradición de costarricenses, o inclusive, admitiendo esa posibilidad con la existencia del principio constitucional del artículo 32, resulta importante conocer los argumentos esgrimidos en pro y en contra de esta posibilidad, para orientar finalmente nuestra opinión.

La lucha de las naciones por combatir la criminalidad, y sobre todo el principio penal de que el juez competente para conocer de la causa lo es el del lugar donde se cometió el hecho, se levantan como argumentos de peso en favor de la extradición de nacionales. Se dice entonces que es más efectivo el juzgamiento cerca, tanto del lugar como del tiempo en que se cometió el delito, pues es allí donde con mayor facilidad se pueden recabar las pruebas, donde están las personas relacionadas con el hecho y donde se ha producido realmente el efecto social de la acción.

Pero, por otra parte, la defensa de los más elementales derechos humanos, las garantías del debido proceso en toda su extensión y la seguridad que brinda al nacional ser juzgado por los jueces de su propia patria, son también argumentos que deben sopesarse para emitir un criterio acertado en este campo. No es desconocido para nosotros la falta de respeto a los derechos humanos en una buena cantidad de países, así como la imposición por la fuerza de principios y convicciones ajenos totalmente a la idiosincracia y valores de un pueblo, y la ausencia total de reciprocidad en esta materia.

Se ha dicho por parte de los defensores de la tesis de la extradición, que las razones fundamentales son

de humanidad y no de nacionalidad, y que en estos momentos en que el mundo se bate en una cruzada contra la criminalidad, nosotros estaríamos negando esa lucha si no entregamos a nuestros nacionales. Sin embargo, debe también señalarse que al existir la posibilidad de juzgamiento por parte de los tribunales nacionales, por hechos cometidos en el extranjero, nos estaríamos asegurando la punibilidad de la conducta delictiva.

Igualmente nos parece que deben considerarse otros elementos tales como los prejuicios raciales, religiosos que pueden existir entre dos naciones, con lo cual el sistema de administración de justicia de otros países no estaría libre de parcialidad.

Finalmente, debe también llamarnos a reflexión la ratificación de nuestra parte a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988, suscrita por Costa Rica el 25 de abril de 1989, ratificada el 1º de noviembre de 1990 y puesta en vigencia a partir del 9 de mayo de 1991, según comunicación de la Secretaría General de las Naciones Unidas. Este documento revoluciona la represión de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y contempla una serie de formas sancionatorias no previstas anteriormente. Una de sus finalidades es actuar sobre los capitales del narcotráfico, mediante el decomiso de los bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad y de las sustancias y elementos utilizados en la producción de los estupefacientes y sicotrópicos. Hemos creído conveniente su mención en este trabajo, en la medida en que son los problemas vinculados con esa materia, fundamentalmente, los que desatan la polémica de la extradición de nacionales, a veces para poder adecuar el ordenamiento interno con las demandas de estos instrumentos internacionales.

Las repercusiones internas de su aprobación implican una modificación sustancial del ordenamiento jurídico vigente, especialmente las que se desprenden de la aplicación de la ley penal en forma extraterritorial, que inciden directamente con los problemas de extradición en general y de nacionales en particular. Resulta sin embargo importante mencionar que la propuesta de la convención en cuanto a este punto, se refiere a ampliar el contenido y alcances de la extradición, posibilitando soluciones en los casos en que constitucionalmente no se pueda conceder la de nacionales, para que en esos casos la persona pueda ser juzgada y cumpla la pena impuesta en su país de origen, y también permitiendo el cumplimiento de condenas impuestas por otros países cuando la extradición no sea posible.

Incluye también la Convención una serie de novedades referidas a la abolición de la reserva fiscal y el secreto bancario, modificación del concepto de la carga probatoria en relación con el delito de enriquecimiento ilícito, posibilidad de utilizar el agente provocador como medio procesal de investigación etc., en fin, se trata de un cambio trascendental que generará necesariamente una adecuación de las legislaciones internas en aspectos concernientes tanto al derecho penal como al procesal, y es especialmente por ello que nos permitimos mencionarlo, reflexionando para que todas las modificaciones que implique no violenten los derechos fundamentales del ciudadano y se pueda, a la par de contribuir a esta lucha internacional, mantener siempre un ordenamiento seguro y respetuoso del ser humano.

Nos llama la atención, en relación propiamente con el tema inicial de nuestra exposición, la inclusión en el instrumento de formas de cooperación y capacitación, así como la prestación de la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, proceso y actuaciones judiciales, medidas que hemos recomendado como alternativas a la extradición de nacionales, para facilitar su juzgamiento en suelo nacional. Sin embargo, cabe aquí, para cerrar, atender la observa-

ción que nos formulan Edgar Saavedra y Rosa del Olmo en su obra "La Convención de Viena y el Narcotráfico", "...*va a ser muy difícil la incorporación de esta regulación al derecho interno, ya que pretende imponerle a las autoridades de los Estados partes, obligaciones no contempladas, y en algunos casos, como intentaremos demostrarlo, atentan además contra principios fundamentales del Derecho Penal*".⁶

La discusión por supuesto no está saldada, hemos pretendido simplemente exponer el problema y dar alguna opinión al respecto, concluyendo en el sentido de que nos parece importante también considerar los principios del juez natural, y la efectiva capacidad del ordenamiento jurídico costarricense para responder a las demandas de juzgamiento de nacionales que han cometido hechos ilícitos en el extranjero. Creemos también en la conveniencia de fortalecer esos convenios o tratados de asistencia judicial recíproca a los que se refiere la convención mencionada, como mecanismos alternos a la extradición de nacionales, para su juzgamiento en territorio patrio, y poder así cumplir tanto con el objetivo de no proteger la impunidad como con el de garantizar al procesado el respeto de sus derechos fundamentales.

6. Saavedra Rojas, Edgar y Del Olmo Rosa ; *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Editorial Temis, S.a., Bogotá, Colombia, 1991. p. 108.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, Editorial Juricentro, 1985.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Chaves Alfonso, y otros. *La extradición en Costa Rica*, San José, Editorial Nueva Década, 1989.

Murillo Porras Julieta, y Soto Baltodano Eugenia, *La extradición de nacionales en Costa Rica: su problemática*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990.

Saavedra Edgar, y Del Olmo Rosa, *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Bogotá, Editorial Temis, 1991.

HERRAMIENTAS INFORMATICAS PARA EL CONTROL Y DECISION DE LOS PROCESOS PENALES EN COSTA RICA

Juan Diego Castro Fernández
Profesor de Derecho Penal, U.A.C.A.

I. INTRODUCCION

En Costa Rica desde 1975 impera el proceso penal mixto moderno. Su etapa plenaria es oral, pública y contradictoria. En su primera fase, la instrucción es secreta, escrita y fundamentalmente no contradictoria.

En nuestro país el Ministerio Público está adscrito al Poder Judicial y ejerce el monopolio de la acción penal pública, lo que como bien dice el Magistrado Daniel González: "evidencia entonces la necesidad de fortalecer la actuación oficiosa del Ministerio Público. En tal sentido es indispensable la creación de una sección especializada en "actuar de oficio", que inicie investigaciones ante posibles hechos delictivos sin esperar la denuncia de los concretos ofendidos. Para ello los miembros de esa sección deberán mantenerse informados de las diferentes situaciones políticas, sociales y culturales de nuestro país, por todos los medios a su alcance, comenzando por recibir las noticias de los medios de información colectiva, e incluso información anónima y confidencial. Su propósito deberá ser estudiar y valorar la información desde el punto de vista jurídico, y actuar o recomendar hacerlo cuando exista la posibilidad de que un delito se haya cometido, sin importar las consecuencias secundarias que ello pueda ocasionar, pero respetando como ningún otro los derechos y las garantías ciudadanas".¹

Ahora, que con aviesas intenciones políticas se pretende arrancar el Ministerio Público del Poder Judicial, retoman incuestionable valor y vigencia las acertadas palabras del Dr. Mario Houed Vega, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quien sostiene que "el Ministerio Público no puede estar al servicio de los intereses gubernamentales o políticos (que ocasio-

nalmente pueden estar dirigidos a fines completamente distintos de los sociales), ni mucho menos al servicio de intereses personales o subjetivos, (que también en forma eventual pueden propiciar el surgimiento de las bajas pasiones, busca de venganza, o "revanchismo")".²

Los problemas que enfrenta la administración de justicia penal, semejantes a los de otras muchas latitudes, van desde la carencia de recursos hasta el exceso de asuntos criminales sometidos al conocimiento de los tribunales penales, produciéndose el retraso en la tramitación de las causas y en cotidiano cuestionamiento del principio de justicia pronta y cumplida.

Quienes bregamos apasionadamente por las tempestuosas aguas del derecho penal, en el bufete o el estrado, nos encontramos de cara a un serio problema que no solo merece nuestras enconadas disquisiciones de cafetín, sino la obligación de asumir una posición clara y valiente en lo ético, político y práctico.

De este último aspecto nos ocuparemos en esta oportunidad, para plantear algunas soluciones eficientes, que permitan enfrentar la situación en que se encuentra la Justicia Penal Costarricense.

Vale decir, que sólo son algunas herramientas que pueden ser de mucha utilidad para los operadores del derecho penal, desafortunadamente, apenas un mero paliativo frente a la problemática general del crimen en la sociedad actual.

1. González Alvarez, Daniel; *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, San José, Litografía e imprenta Lil S. A., 1986, pág. 148.
2. Houed Vega, Mario; *El Ministerio Público (o Fiscal) en el proceso penal*. Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid, 1977, Pág. 201.

II. CONTROL DE LA GESTION Y SEGUIMIENTO DE LOS ASUNTOS

Los principios del debido proceso establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Política (1949) y en el Código de Procedimientos Penales (1975), hacen de la tramitación judicial penal una invariable concatenación de actos rigurosamente normados, con total abstracción de la voluntad de las partes intervinientes.

El control de estos actos procesales, puede ser ejecutado con el auxilio de un sistema informatizado en la etapa de instrucción, cuyo objetivo es mejorar la eficiencia de esta importante fase del proceso penal en resguardo de las garantías ciudadanas fundamentales.

El sistema que hemos desarrollado fue utilizado en el Juzgado Cuarto de Instrucción de la capital, registra los datos básicos de los procesos de instrucción formal, desde su inicio hasta el auto de elevación a juicio.³

Permite determinar con anterioridad los asuntos que deben resolverse en una fecha determinada, dando la oportunidad de revisar y estudiar el expediente del caso con una adecuada antelación.

Por medio del registro de las fechas de recibo del expediente y auto inicial, se puede llevar un control efectivo del tiempo que los expedientes pasan sin ser atendidos, revisar las causas de estos atrasos y tomar medidas correctivas.

Establece cuantos autos son apelados al mes, cuantos casos son elevados a juicio, número de casos recibidos en determinado tiempo, etc.

Archiva la siguiente información: Despacho judicial, número de expediente, nombre de los imputados, abogados defensores, representante del Ministerio Público, delito acusado, actores civiles, abogado del actor civil, fechas relevantes, situación jurídica, etapa procesal, embargos, resoluciones y anotaciones fundamentales del caso.

Cuenta con variadas formas de consulta y produce reportes combinando los datos almacenados, de acuerdo con los requerimientos del usuario.

Este sistema fue instalado en el Juzgado dicho, en la máquina adquirida por el propio Juez, para su uso y perfeccionamiento, produciendo interesantes resultados.

En su menú inicial observamos:

- *Juicios penales
- *Emisión de reportes
- *Reconstrucción de archivos
- *Regresar al sistema operativo

JUICIOS PENALES

Opciones: Próximo, anterior, proceso, opciones y salir.

Próximo y anterior: Estas dos opciones permiten al usuario ver en forma secuencial, tanto hacia atrás como hacia adelante, la información general de la etapa de instrucción de todos los juicios contenidos en la base de datos.

Proceso:

Opciones: introducción, pruebas, legajos, notas, resoluciones, embargos, salir.

Instrucción: Mantenimiento de los datos generales del caso: causa, agente fiscal, juez de instrucción, número de expediente, fecha de recibo del expediente y fecha del auto inicial.

Opciones: Modifica, incluye, excluye, consulta y sale.

La llave primaria está constituida por el número de despacho judicial, el número de expediente y el número de tomo.

Consulta por imputado: Esta puede ser "Estricta" o "Genérica".

Estricta: El programa busca todos los casos donde alguno de los imputados contenga el nombre o letras digitadas para la consulta.

Al presionar la tecla se presentan seis opciones:
UNO: Mantenimiento, para cada imputado, de los datos de fecha de indagatoria, si está preso o no, si declaró o no, y de acuerdo a su fecha de indagatoria cuando debería terminar la instrucción y cuando debe resolverse el asunto.

DOS: Mantenimiento, para cada imputado, de la resolución y la fecha de ésta, y la causa a que se refiere.

TRES: Para cada imputado, mantenimiento de la fecha de excarcelación y monto de la fianza; condiciones de la excarcelación en caso de consederse.

CUATRO: Mantenimiento de la fecha del auto de elevación a juicio, fecha de apelación y de resolución.

CINCO: Mantenimiento de las fechas del procesamiento en cuanto a apelado, (recurso) mantenido y resolución de alzada.

SEIS: Mantenimiento de las fechas de instrucción concluida, prórroga extraordinaria y sobreseimiento obligatorio.

3. Castro Fernández, Juan Diego. Rodríguez Anchía Leovigildo, Acosta Acosta, Roberto; *El control automatizado del proceso penal en la fase de Instrucción. Actas del Segundo Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, 1989, pág. 261.*

LEGAJOS: Mantenimiento de los datos acerca de los legajos de excepción: Falta de Jurisdicción o Competencia, Falta de Acción, Extinción de la Acción Penal, Incidente de Nulidad.

PRUEBAS: Mantenimiento o consulta de las pruebas de cargo, descargo o las pruebas de acción civil.

NOTAS: Mantenimiento o consulta de anotaciones que se deseen hacer sobre el caso.

RESOLUCIONES: Mantenimiento o consulta de las resoluciones emitidas.

EMBARGOS: Mantenimiento o consulta de los embargos decretados.

OPCIONES: Opciones de mantenimiento de imputados, fiadores, ofendidos y actores civiles.

IMPUTADOS: Se encarga del mantenimiento de los imputados de cada caso, así como de la inclusión o modificación de sus abogados defensores y causas específicas.

FIADORES: Por medio de esta opción se incluye, modifica o borra el nombre del fiador de cada uno de los imputados en el caso.

OFENDIDOS: Se encarga del mantenimiento de los ofendidos, sus actores civiles, los abogados de éstos, el monto de la acción civil y la fecha de la misma.

EMISION DE REPORTES

Existen ocho tipos de reportes:

UNO: Reporte general para el control de expedientes recibidos. Contiene el número de expediente, las causas y el nombre del primer imputado, las fechas de recibo y auto inicial. Se puede restringir por fecha de recibo del expediente.

DOS: Reporte sobre defensores. Contiene el nombre del defensor y los nombres de los imputados que éste defiende, así como el número de expediente a que corresponde cada imputado. Se puede restringir por orden alfabético.

TRES: Reporte de asuntos a resolver. Contiene el número de expediente, el nombre del imputado, la fecha en que debe resolverse, la fecha de la indagatoria y las causas del imputado. Puede restringirse por fecha en que debe resolverse.

CUATRO: Reporte de legajos de excepción. Contiene el número de expediente, la fecha de cada excepción presentada y su situación. Se puede restringir por fecha de presentación.

CINCO: Reporte de asuntos con prórroga extraordinaria. Contiene el número de tribunal y expediente, la fecha a partir de la cual hay prórroga extraordinaria y la fecha del sobreseimiento obligatorio. Se puede restringir por fecha de prórroga extraordinaria.

SEIS: Reporte con toda la información de cada caso. Este reporte puede ser restringido por: fecha de indagatoria, fecha del auto de elevación a juicio, número de tribunal y expediente.

SIETE: Reporte de actores civiles. Contiene el nombre de los actores, los ofendidos, los defensores, la fecha de la acción civil y la estimación de ésta. Puede ser restringido por nombre del actor civil y la fecha de la acción civil.

OCHO: Reporte de Imputados. Puede reportar todos los imputados, sólo los presos o sólo los no presos.

III.- BUSQUEDA DE DATOS (NORMATIVOS, JURISPRUDENCIALES, DOCTRINALES).

La falta de bibliografía especializada y actualizada, es uno de los graves problemas que atentan diariamente contra la buena administración de justicia penal.

La Corte Suprema de Justicia, el Digesto de Jurisprudencia y el ILANUD han iniciado un importante proyecto de sistematización de la información jurídica penal. Volcar la información de los archivos de jurisprudencia en las unidades de disco de las computadoras es tarea que hace varios meses de inició. La elaboración del TEPROCRILA (thesaurus de política criminal latinoamericana) es misión cumplida hace bastante tiempo. Dentro de pocos meses, es posible que esta gran base de datos jurídico penales se encuentre conectada a la red pública de transmisión de datos y pueda ser consultada por los jueces, abogados y los ciudadanos que lo deseen. La información pondrá en nuestras manos el derecho en sus tres dimensiones (ley, jurisprudencia y doctrina).

Por nuestra parte hemos construido una Base de Datos que permite registrar y consultar la legislación y su correspondiente doctrina y jurisprudencia y la elaboración de un thesaurus alfabético de descriptores para recuperación de tipo redicular hasta con diez descriptores por norma, jurisprudencia o doctrina. Estas palabras claves son utilizadas luego como rápidos medios de consulta de reportes.⁴

Registra tantas leyes, citas jurisprudenciales o doctrinales como se desee.

Imprime reportes por número de artículo, por descriptor, por número de cita jurisprudencial o doctrinaria, e imprime automáticamente índices de Thesaurus e Índices de Legislación.

4. Castro Fernández, Juan Diego, Acosta Acosta, Roberto; *Base de datos para microcomputadores. Actas del Segundo Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, 1989, Pág. 271.*

Puede ser consultada: Por número de ley y número de artículo, por número de jurisprudencia o doctrina, por tribunal, por autor, y por descriptores, que a su vez pueden ser combinados mediante los operadores lógicos ("o" e "y") que filtran la información requerida.

MÉTODOS DE INCLUSIÓN Y RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN

La entrada de la información se ha hecho tomando en cuenta identificadores, texto y descriptores, siendo los únicos elementos de búsqueda los identificadores y descriptores, pero teniendo acceso al texto por medio de archivos invertidos.

Se ha utilizado para la recuperación de la información el sistema de descriptores. Estos descriptores son introducidos por el usuario, quien es el encargado de analizar el texto y determinar cuáles son las palabras descriptivas. De esta manera, el thesaurus que se crea funciona en forma redicular. El descriptor primario y los secundarios tienen el mismo rango, pero es la especificidad de cada término lo que hace que se cree una jerarquía implícita; de esta manera se puede asignar un término general a varios textos, y términos cada vez más específicos según cada texto, al mismo tiempo que se van creando las relaciones entre términos. La diferencia es que el primario aparece siempre identificando el texto. Sin embargo la búsqueda no funciona en forma "top-down", de lo general a lo particular, sino que es directa, o sea, se puede buscar directamente por un término específico.

Desechamos la selección automática de descriptores tomados del texto, por problemas de velocidad, ya que este trabajo es bastante laborioso aun para el computador, y el hecho de que algunos textos no contienen términos explícitos sobre su contenido. Por ejemplo, el artículo número 111 del Código Penal de Costa Rica de 1971, el cual habla del homicidio, dice: "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años", de manera que extraer las palabras claves del texto no conduce a nada. El sistema de búsqueda de texto completo fue desechado por los problemas ya mencionados y los que menciona López-Muñiz Goñi, además del costo.

El programa permite acceder directamente al texto, ya que la inclusión se hace en forma de texto completo, aunque este no constituye un elemento de búsqueda.

Desventajas: No se consigue una normalización del lenguaje, lo cual radica en el hecho de que cada usuario utilizará un lenguaje diferente. Sin embargo, en el momento de unificar las bases de los diferentes

usuarios, esto podría ayudar a enriquecer los elementos de búsqueda. Se incurre además en una mayor utilización de espacio físico por el almacenamiento de los descriptores.

Ventajas: El usuario es el propio codificador, de manera que puede sacarle el máximo provecho a su base de datos, obteniendo resultados prácticos rápidamente. La búsqueda se ejecuta en forma rápida gracias al sistema de archivos invertidos que posee el programa. Es muy fácil de usar y funciona en equipos muy accesibles para cualquier abogado u oficina judicial. La impresión automática del thesaurus permite también un rápido acceso a la información.

ENTRADA AL SISTEMA Y MENÚ INICIAL

Opciones:

- *Consulta y actualización
- *Impresión de reportes
- *mantenimiento de archivos

CONSULTA Y ACTUALIZACIÓN

Ejecuta las operaciones de mantenimiento de la norma, jurisprudencia y doctrina así como de los descriptores respectivos.

Opciones: Buscar, siguiente, anterior, primero, último, + y -, fijar, mantenimiento, jurisprudencia, doctrina, norma y ver.

Buscar: Realiza una búsqueda rápida de un artículo, cita jurisprudencia o doctrinaria por medio del número único que identifica a estos elementos.

Siguiente: Esta opción se utiliza para desplegar el siguiente texto, ya sea de norma, jurisprudencia o doctrina.

Anterior: Despliega el texto de la anterior norma, jurisprudencia o doctrina.

Primero: Despliega el texto de la jurisprudencia o doctrina número uno, o del primer artículo de la presente ley.

Último: Despliega el texto de la última jurisprudencia o doctrina o del último artículo de la presente ley.

+ : Para desplegar más texto de una norma, jurisprudencia o doctrina, cuando éste ocupe más de lo que puede ser desplegado en la pantalla.

- : Para retroceder páginas de texto adicional.

Fij: Esta opción se utiliza para buscar texto normativo, jurisprudencial o doctrinario por medio de descriptores. Se pueden combinar hasta diez descriptores por consulta. Están disponibles los operadores lógicos "y"/"o" para filtrar la información que se desea.

Mant: Se encarga del mantenimiento de la base de datos, es decir, inclusiones, borrados y modificaciones a los diferentes tipos de información que en ella se almacenan.

Opciones: Incluir, Modificar, Eliminar, Descriptores, Leyes, Clasificar, y Volver.

Incluir: Ejecuta la captura de datos sobre norma, jurisprudencia o doctrina según el modo en el que se encuentre. Asigna automáticamente y en forma secuencial el número de cita doctrinal o jurisprudencial, y un máximo de 60 líneas por texto.

Modificar: Permite hacer modificaciones al texto de una norma, jurisprudencia o doctrina.

Eliminar: Elimina de la base de datos una cita normativa, doctrinaria o jurisprudencial

Descriptores: Da mantenimiento a los descriptores secundarios de un artículo, jurisprudencia o cita doctrinal. Estos descriptores pueden ser modificados o eliminados en cualquier momento.

Leyes: Da mantenimiento a los números y nombres de las leyes.

Opciones: Incluir, Modificar, Eliminar, Listar, Abandonar.

Clasificar: Se utiliza para agrupar diferentes artículos de una misma ley bajo un descriptor genérico.

Opciones: Incluir, modificar, listar, ver (para consultar todos los artículos que se encuentran bajo una clasificación).

Jurisprudencia: Cambia al modo de jurisprudencia.

Doctrina: Cambia a modo de doctrina.

Norma: Cambia al modo de norma.

Ver: Despliega en pantalla un cuadro que contiene los descriptores secundarios del artículo, jurisprudencia o doctrina.

IMPRESION DE REPORTES

Opciones: Reportes de legislación, Reportes de jurisprudencia, Reportes de doctrina, Índice de Thesaurus, Reporte de legislación registrada.

Reportes de legislación: Se pueden hacer reportes de artículos por el número de éstos, por descriptor o por clasificación. El reporte por número dará inmediatamente el texto de los artículos; en el caso de reportes por descriptor o clasificación, se da primero un índice de los artículos que hablan sobre el tema indicado.

Reportes de jurisprudencia: Se puede restringir por número de cita jurisprudencial, por tribunal o por descriptor. Por número de cita, reporta el texto de inmediato; en caso de usar descriptor o tribunal, da primero un índice con los números de cita encontrados, pudiendo escoger entre reportar todos o sólo algunos.

Reportes de doctrina: Se puede indicar por número de cita doctrinal, por autor o por descriptor. Por número de cita reporta el texto de inmediato; en caso de usar descriptor o autor, da primero un índice con los números de cita encontrados, pudiendo escoger entre reportar todos o sólo algunos.

Índice de Thesaurus: Puede hacerse sobre una o todas las leyes registradas. En caso de hacerlo para una sola ley, es un listado en orden alfabético de todos los descriptores registrados dentro de esa ley, indicando el número de artículo. En el caso de utilizarse sobre todas las leyes, indica también los descriptores asignados a la doctrina y a la jurisprudencia con sus respectivos números de cita.

Reporte de legislación registrada: Contiene los nombres y números de todas las leyes registradas en la base de datos.

IV. EL ANALISIS JURIDICO DEL CUADRO FACTICO

Al momento de resolver la situación jurídica y en las fases críticas de la instrucción, el Juez analiza detenidamente los hechos, partiendo de la estructura del delito, contenida en nuestro código Penal (Ley cuatro mil quinientos setenta y tres del cuatro de mayo de mil novecientos setenta).

Claramente influenciados por las teorías europeas del delito, hemos aceptado como válida la definición de éste, como acción, típica, antijurídica y culpable, elementos fundamentales de hecho criminal, que desde el punto de vista jurídico representan los presupuestos de la punibilidad.

"El juzgador se ve conducido a dar prevalencia a la verdad material de los hechos, investigados con todos los medios lícitos a su alcance, por sobre cualquiera suma más o menos aritmética de elementos probatorios".⁵

La aplicación al derecho costarricense de las teorías de sistemas, de los juegos estratégicos y de los algoritmos, es algo que apenas unos pocos empezamos a intentar, convencidos no sólo de la trascendencia científica jurídica de estos "experimentos", sino también de su importancia política, si aceptamos que el desarrollo del derecho científico y democrático es la mejor garantía del régimen democrático mismo, a pesar de la incredulidad pasiva de muchos miembros del foro nacional.

5. Castillo Barrantes, J. Enrique; Ensayos sobre la nueva Legislación Procesal Penal. Talleres Gráficos de Trejos Hnos. Sucrs. 1977, pág. 52.

Anfe un caso criminal, el juez instructor tiene en sus manos información que como dato de entrada (problema) pasará por la "caja negra" de los presupuestos de la punibilidad, para llegar mediante un número finito de pasos unívocos, a un dato de salida (solución de problema) por el que determinará si nos encontramos en presencia de un hecho punible o no.

Algoritmizar el delito para que el problema de la determinación de los presupuestos de la punibilidad sea tratado en el computador, no es tarea académica sencilla, pero estamos seguros que sus primeros resultados serán de gran provecho, aunque también sabemos que se requerirán ciertos ajustes de índole legislativa propios de un lenguaje más riguroso tendente a reducir las decisiones discrecionales del operador jurídico penal que realiza la labor destinada a ser automatizada, con lo que no queremos decir que el juez penal va a ser sustituido por la máquina.⁶

Para lograr un modelo del delito, desde la óptica del derecho penal general, es menester partir de la determinación clara y precisa de los pasos que deben ser ejecutados por la computadora para establecer automáticamente la existencia o inexistencia del hecho criminal. Esta necesaria formalización de los elementos estructurales del delito, tiene por objeto traducir en un algoritmo esta serie finita de elementos que constituye la estructura del delito, que será la vía a través de la cual, la computadora podrá "entender" el problema jurídico del delito.

Estos pasos son los elementos conceptuales que integran el algoritmo del delito en el derecho penal costarricense, indicando entre paréntesis el número del respectivo artículo del Código Penal y ordenados según el diagrama de flujo que incluimos al final: inicio, conducta humana, menor de 17 años (16), inmune (Constitución y convenios internacionales), acción (17 y 18), cómplice (47), instigador (46), autor mediato (45), coautor (45), autor (45), concurso material (22,76), concurso ideal (21,75), tipicidad (1), consumación (19), tentativa (40,24,73), tentativa de consumación imposible (72), cumplimiento de la ley (25), consentimiento del derechohabiente (26), estado de necesidad (27), legítima defensa (28), excitación o turbación (29), exceso en la defensa (29), antijuridicidad, imputable, inimputabilidad (42), inimputabilidad disminuida (42), turbación provocada (44), coacción o amenaza (38), obediencia debida (36), error de derecho (35), error de hecho (34), caso fortuito o fuerza mayor (33), culpabilidad (30), dolo directo (30,31), dolo eventual (31), culpa (30), preterintención (30,32), causa de no punibilidad, medida de seguridad (97 a 102), condena (71), pena (50,51), pena disminuida, pena simple o agravada (37), inhabilitación (57,58), multa (53), extra-

ñamiento (52), ejecución condicional (59,60,61), ejecución penal (54), \ FIN.

A estas alturas hemos confeccionado un primer "algoritmo del delito", que es capaz de guiarnos ordenadamente por cada uno de los pasos lógicos del mismo, hasta determinar con exactitud los presupuestos de la punibilidad, en cada una de sus fases fundamentales: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y consecuencia: punibilidad o medida de seguridad.

Tomando como base el flujograma que se presenta al final, hemos realizado un programa que corre en una computadora personal (640 Kb y disco duro de 30 Mb), el cual mediante preguntas que se despliegan en el monitor, así como la información sobre cada tema (legislativa, doctrinaria y jurisprudencial) contenida en una base de datos conectada al programa, que puede estar siendo actualizada, interactúa con el usuario y lo guía ordenadamente por cada uno de los pasos que le permiten determinar si se está ante un hecho ilícito desde el punto de vista jurídico penal, y produce conclusiones automáticamente, como por ejemplo: no es sujeto de derecho penal si es menor de 17 años o inmune; no hay delito si no hay acción, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad; es factible conceder el beneficio de la ejecución condicional de la pena; no hay pena; se debe imponer una medida de seguridad; etc.

En la próxima fase de nuestras investigaciones desarrollaremos en detalle los pasos del algoritmo: tipicidad y culpabilidad, de modo que estableciendo un modelo del tipo penal, podamos incluir todos y cada uno de los delitos del ordenamiento jurídico penal, así como los criterios de orden doctrinario y jurisprudencial sobre ellos.

La utilización del "algoritmo del delito", permite analizar los aspectos jurídicos penales del hecho investigado por el instructor, logrando la precisión adecuada al momento de resolver la situación jurídica del imputado y al decidir la elevación a juicio de la causa.

V. ELABORACION DE DOCUMENTOS (PROVIDENCIAS, AUTOS, SENTENCIAS, ETC.)

Los documentos que integran el expediente judicial, desde las declaraciones de los imputados y los testigos, las resoluciones (providencias, autos, sentencias), comisiones (mandamientos, exhortos y suplicatorios), hasta los más simples oficios y telegramas, son

6. Castro Fernández, Juan Diego; La determinación automática de los presupuestos de la punibilidad en el derecho penal costarricense. Actas del Segundo Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, 1989, Pág. 261.

susceptibles de ser formalizados en cualquier procesador de texto.

No compartimos el criterio de quienes piensan que deben programarse fórmulas rígidas para tales documentos, puesto que los procesadores de palabras que se encuentran en el mercado permiten uniformar hasta lo necesario los mismos, sin restringir la creatividad y los gustos de los juzgadores, con la flexibilidad que exigen los litigios penales, en donde una declaración indagatoria puede ocupar decenas de folios o concretarse a una línea (me abstengo de declarar).

Existen tantos procesadores de texto, que no es tarea difícil determinar cual es el que reúne los requerimientos del Juez Instructor.

VI. COMUNICACION CON OTROS ORGANOS JUDICIALES Y CON LAS PARTES (OFICIOS, NOTIFICACIONES, ETC.)

Los oficios y notificaciones impresos por las computadoras ya circulan en los escritorios de los funcionarios judiciales y de los abogados.

No han faltado protestas de algunos que añoran la llegada del pregonero a sus despachos, y de su viva voz escuchar las notificaciones de los autos.

El avance implacable de la tecnología, a pesar de su potencia, aún no vence los añejos valladares del mundo jurídico, pero pronto, antes de lo que nos imaginamos, los oficios y las notificaciones serán por fax o

por correo electrónico, así como los alegatos que presenten los litigantes.

VII. LAS CERTIFICACIONES DE ANTECEDENTES PENALES

El Registro Judicial de Delicuentes está totalmente informatizado, y sus computadoras "expiden" las certificaciones de juzgamientos de los imputados en todos los procesos penales de la República.

Los Registros Civil, de la Propiedad, Mercantil y de Vehículos, se encuentran totalmente informatizados.

VIII. CONCLUSION

No creemos que la Justicia llegue a "robotizarse", y que todas las resoluciones penales se produzcan automáticamente.

Estamos convencidos de que la informática pone en las manos de los jueces de instrucción, poderosas herramientas para convertir en realidad principios básicos del derecho democrático, como que la ley se presume conocida por todos y la justicia debe ser pronta y cumplida.

El auxilio informático redundará en una mejor aplicación del derecho penal y procesal penal, y la decisión final siempre estará en manos del Juez, con sus aciertos y sus yerros.

EL MINISTERIO PUBLICO Y SU PAPEL EN LAS SENTENCIAS DE SOBRESEIMIENTO

Lic. Manuel Rojas Salas
Agente Fiscal

I. INTRODUCCION

Desde la promulgación del actual Código de Procedimientos Penales, el proceso penal sufrió importantes transformaciones a efecto de lograr su modernización. Una de estas transformaciones se logró mediante el establecimiento de un órgano de carácter público y adscrito al Poder Judicial y en el cual descansaría el ejercicio de la acción penal pública: el Ministerio Público. Con la creación del Ministerio Público como órgano adscrito al Poder Judicial y al darle facultades expresas en el proceso, se eliminó la posibilidad de los particulares de acudir en forma directa ante el juez promoviendo la acción penal en su calidad de ofendidos.¹

Resulta indudable que la creación de una institución como el Ministerio Público, con potestades y facultades, viene a producir una serie de cambios en el proceso; cambios que resultan precisamente de la actividad que desarrolla el Ministerio Público en su papel contralor de la actividad jurisdiccional.

En el presente ensayo se procurará analizar y aclarar el papel que desempeña el órgano requirente en una de las resoluciones que ponen fin al proceso penal: la sentencia de sobreseimiento, precisamente por tratarse de una resolución jurisdiccional en que la acusación planteada por el órgano requirente no es acogida por el juez.

II. EL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público es una Institución creada por ley (recuérdese que el Código de Procedimientos Penales es una ley) encargada del ejercicio de la acción penal pública, provisto de funciones nuevas, en relación con las que eran reservadas para la Procuraduría

General de la República en el Código de Procedimientos Penales de 1910. Viene a ser en consecuencia un "sujeto público que deberá valorar la procedibilidad y la fundamentación de la noticia antes de llevarla ante el juez."²

Las funciones, hasta el momento, se encuentran únicamente reguladas en el Código de Procedimientos Penales, careciéndose de Ley Orgánica que venga a darle un verdadero carácter de órgano y que establezca una efectiva relación jerárquica entre sus miembros. Existe en la actualidad un proyecto de ley, en estudio de la Asamblea Legislativa, en el que se pretende definir y fortalecer el Ministerio Público, creando igualmente derechos y obligaciones para sus miembros, así como una estructura jerárquica definida.

En el Ministerio Público existe un jefe, el Fiscal General de la República y un Sub-jefe, el Fiscal General Adjunto, quienes son por así decirlo los "representantes oficiales" de la Institución. Existen además y en todo el país Fiscales de Juicio, que actúan ante el Tribunal Superior y Agentes Fiscales que actúan ante los jueces de instrucción.

Dentro de las funciones asignadas por el Código de Procedimientos Penales al Ministerio Público se encuentran: realizar la información sumaria previa a la citación directa, ejercer la acción civil en nombre del perjudicado o damnificado cuanto éste expresamente la delegue y requerir la instrucción formal o solicitar la desestimación de la denuncia en los casos que así lo ameriten; en este último caso se cumple igualmente una función contralora de la actividad jurisdiccional desarrollada por el juez a lo largo del trámite de la

1. Artículo 5, Código de Procedimientos Penales.

2. González Alvarez, Daniel. *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Imprenta Lil, San José, 1986. p.25.

instrucción, puesto que puede interponer los recursos pertinentes a efecto de combatir resoluciones-jurisdiccionales con las cuales esté en desacuerdo.

Debe recordarse que el Ministerio Público tiene, ante todo, la función, otorgada precisamente por la propia ley procesal, de promover y proseguir el ejercicio de la acción penal, o dicho en otras palabras: debe "excitar al órgano jurisdiccional y requerirle una decisión justa sobre el fundamento de la pretensión represiva que emerge del delito".³

Al hablarse de que el Ministerio Público tiene la obligación de requerir una decisión justa, se evidencia con claridad que el Ministerio Público carece de facultades decisorias en sentido estricto, pues éstas se encuentran reservadas en última instancia, para los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Público nunca puede ser considerado un órgano jurisdiccional, sino más bien un órgano judicial. Siempre el representante de la acusación se verá obligado a solicitar al juez una determinada decisión respecto de la acusación y será precisamente del juez de donde emane esta decisión. Ello implica que pese a cumplir una función esencialmente acusatoria, la misma debe inspirarse y desenvolverse en la esfera de perseguir la averiguación de la verda real de lo acontecido, y que el Ministerio Público no debe cumplir un papel de acusador a ultranza, sino que por el contrario en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público debe ofrecer, tanto la prueba de cargo como la de descargo, igualmente debe solicitar del juez o tribunal el dictado de la prórroga extraordinaria o del sobreseimiento y también la sentencia absolutoria en los casos que se estime procedente. Afirmar lo contrario, sea, pensar en la función exclusivamente acusatoria del Ministerio Público, sería un retroceso en el logro de garantías procesales e institucionales.

Respecto de esto un juez costarricense indica: "De cualquier manera, lo que más interesa resaltar aquí es esa función que aspira a la objetividad e imparcialidad de los fiscales. En nuestro sistema, estos personajes, que son quienes por definición acusan y persiguen, ven matizarse su rol en aras de esta búsqueda de la verdad a la que están avocados. Su obligación es actuar desapasionadamente, renunciando incluso a su tarea persecutoria cuando la evidencia de la prueba lo demanda".⁴

Esta imparcialidad y objetividad que deben guardar los representantes del Ministerio Público se garantiza mediante la posibilidad de inhibición o de recusación, en aquellos casos en que tengan interés o lazos diversos con los involucrados, de conformidad con el artículo 43 del Código de Procedimientos Penales.

Es indudable que en la actualidad, en ocasiones por el exceso de trabajo y en ocasiones por el tipo de

labor, muchos representantes del Ministerio Público olvidan este aspecto de la imparcialidad y objetividad que debe caracterizar su función al punto que incluso están obligados a recurrir en favor del imputado, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 448 del Código de Procedimientos Penales.

Precisamente en virtud de efectuar una labor acusatoria, pero ante todo objetiva e imparcial, en aras del descubrimiento de la verdad es que resulta de importancia estudiar su posición frente a una resolución como el sobreseimiento.

III. EL SOBRESEIMIENTO

A. Concepto

Nuestro Código de Procedimientos Penales no da una definición clara de lo que es el sobreseimiento, por lo que debe recurrirse a la doctrina a efecto de obtener una definición. Ricardo Núñez lo define en una forma clara y sencilla, así: "El sobreseimiento es la sentencia del Juez o Tribunal que, antes de su terminación normal, por motivos especificados por la ley, cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta".⁵

De la anterior definición puede deducirse que:

1. Se trata de una sentencia: como estructura formal el sobreseimiento es una sentencia; ello se preceptúa en el artículo 321 del Código Procesal Penal y debe reunir todos los requisitos que la misma legislación procesal penal establece para el dictado de la sentencia que se dicta por el juez Unipersonal o el Tribunal Colegiado, luego de realizado el debate. Las formalidades de la sentencia las prescribe nuestro Código Procesal Penal en el artículo 395 en sus diferentes incisos.

2. Se dicta antes de la terminación normal del proceso: ello implica el suponer que la terminación del proceso se realiza normalmente mediante la celebración del debate oral y público y que necesariamente el sobreseimiento debe dictarse o en la etapa de instrucción o en los actos previos al debate, según lo disponen los artículos 319 y 357 del Código de Procedimientos Penales.

3. Velez Mariconde, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ediciones Lerner. Córdoba, Argentina, 1982, pág. 250.

4. Arroyo Gutiérrez, José Manuel; "La verdad jurídico penal", en *Revista Judicial* N°45, pág. 79.

5. Núñez Ricardo; *Código Procesal Penal de Córdoba*. Ediciones Lerner, 1986, pág. 293.

3. Procede únicamente por causales taxativamente establecidas: no basta cualquier motivo para dictar el sobreseimiento. Ante todo debe existir certeza negativa en el ánimo del juez respecto de la existencia de una de las causales que hacen procedente el sobreseimiento "ya que dicha resolución procederá cuando sea evidente que la pretensión represiva se ha extinguido, o que carece de fundamento (porque el hecho no fue cometido, o no lo fue por el imputado, o no encuadra en una figura penal, o media alguna causa de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusa absolutoria)".⁶ En nuestro ordenamiento las causales del sobreseimiento se contemplan en los artículos 320 y 357 del Código de Procedimientos Penales.

4. Produce cosa juzgada en favor del imputado favorecido con la resolución y por los hechos que en ella se contengan: Una vez que el sobreseimiento ha adquirido firmeza, es imposible que se vuelva a juzgar al imputado por el mismo hecho por el cual resultó sobreseído, por respeto al principio *non bis in idem*, consagrado en nuestra Constitución Política en el artículo 42. Esa situación la contempla el numeral 319 del Código Procesal Penal.

B. Recursos establecidos para combatir el sobreseimiento:

En tanto que el sobreseimiento viene a ser una resolución de trascendentales efectos en el proceso puede y debe ser combatida, cuando sea procedente principalmente por el órgano encargado de la acusación. Como no es el objetivo de este trabajo ocuparnos de todas las posibilidades de recurrir nos limitaremos a los recursos que posee el Ministerio Público para combatir sobreseimientos improcedentes:

1. Apelación:

Dispone de este recurso el Ministerio Público por preceptuarlo así el artículo 322 del Código de Procedimientos Penales. Al mencionarse Ministerio Público debe entenderse cualquier representante del Ministerio Público, preferiblemente el Agente Fiscal que actúa ante el Juez de Instrucción que dictó la respectiva resolución, sin embargo somos del criterio que perfectamente otro agente fiscal podría interponer el respectivo recurso, puesto que el Ministerio Público actúa como unidad. Incluso sería perfectamente legal y armónico con el texto del artículo 322 antes citado, la circunstancia de que incluso un Fiscal de Juicio interponga el respectivo recurso de apelación, puesto que el artículo 448 del Código Procesal Penal establece esta posibilidad. La Sala Tercera en una situación similar

dijo lo siguiente: "en cuanto a la capacidad legal del Jefe del Ministerio Público para interponer recursos como el que se conoce, se la otorga el artículo 448 del código de Procedimientos Penales como superior jerárquico que dicho funcionario es de esa dependencia del Poder Judicial. Dicha regla pretende proteger el principio de unidad dentro del ente acusador, pues en él no funciona plenamente la independencia que en forma absoluta se acuerda a quienes administran justicia. El principio de unidad del Ministerio Público conlleva a que en casos excepcionales de discrepancia prevalezca la opinión del superior jerárquico, sin que se entienda por tal, en todos los casos, al Jefe, pues el Fiscal de Juicio en algunas oportunidades debe entenderse que actúa como superior jerárquico del Agente Fiscal, debamos pues al tenor del artículo en comentario entender que superior jerárquico lo es tanto al inmediato superior en la organización, como el Sub-jefe y Jefe del Ministerio Público..." (en ese sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Resolución N^o 10-A de las 15:15 horas del 8 de enero de 1985). De la anterior jurisprudencia se deduce que el juez de instrucción está obligado a admitir el recurso de apelación, cuando el mismo lo ha suscrito el Fiscal de Juicio de la región precisamente en virtud del principio de unidad que debe caracterizar a todas las actuaciones del Ministerio Público.

La apelación una vez admitida, es conocida por el Tribunal Superior Penal respectivo, el cual, de conformidad con lo que dispone el artículo 467 del Código Procesal Penal, confiere audiencia por tres días al Fiscal del Tribunal o Fiscal de Juicio a efecto de que manifieste si mantiene o no la apelación interpuesta por el Agente Fiscal. Del texto del artículo se desprende que el procedimiento dicho se aplica cuando el apelante ha sido el Agente Fiscal precisamente por la condición de superior jerárquico inmediato, que ostenta el Fiscal de Juicio y que no es necesario que el recurso sea mantenido si el mismo fue interpuesto por el propio Fiscal de Juicio.

El Fiscal de Juicio debe apersonarse en el expediente o indicar si mantiene o no el recurso de apelación. En ambos casos deberá indicar las razones que fundamentan su decisión, sobre todo si su decisión se inclina por el no mantenimiento de la apelación puesto que con ello se impide que el Tribunal Superior entre a conocer la resolución impugnada.

Consideramos que lo conveniente es que el Fiscal de Juicio mantenga siempre los recursos que interpone el Agente Fiscal, salvo que la resolución impugnada se

6. Cafferata Nores, José; *La Prueba en el Proceso Penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 9.

encuentre ajustada a la realidad de la prueba, puesto que si un representante del Ministerio Público, aunque de grado inferior, consideró que la resolución era improcedente, lo correcto es que los superiores conozcan y revisen el criterio del inferior, oportunidad que se pierde cuando el Fiscal de Juicio no mantiene el recurso circunstancia que en el caso del sobreseimiento puede traer consecuencias fatales, por los efectos mismos de tal resolución.

2. Casación

El Ministerio Público también tiene la oportunidad de recurrir en Casación atacando las sentencias de sobreseimiento que considere improcedentes, de conformidad con el artículo 473 inciso 1) del Código de Procedimientos Penales.

Se establecen en este numeral dos supuestos:

a. Resolución de Tribunal Superior en donde se confirme la sentencia de sobreseimiento del juez de instrucción: debe tratarse de un delito reprimido con pena de prisión superior a tres años. Al hablarse de confirmación debe entenderse en vista de apelación o consulta.

b. Resolución del Tribunal Superior que en única instancia dicta el sobreseimiento: algunos autores, entre ellos Javier Llobeth en su Código de Procedimientos Penales Anotado indican que esta posibilidad de recurrir atañe únicamente para el sobreseimiento dictado de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimientos Penales. Cabe entonces cuestionarse si es susceptible de ser recurrido en Casación el sobreseimiento dictado por el Tribunal Superior al conocer en alzada en virtud de apelación de procesamiento, prórroga extraordinaria o falta de mérito: al respecto, debe decirse que el criterio de la Sala Tercera de la Corte ha variado; anteriormente se denegaba el Recurso de Casación al Ministerio Público:

"Que la recurrente fundamenta, como legitimación de su pretensión, el artículo 473 inciso 1) del Código de Procedimientos Penales. Ahora bien, en realidad dicho artículo no faculta el recurso interpuesto en este caso. La posibilidad de recurrir por el Ministerio Público de un sobreseimiento dictado por un Tribunal Superior Penal, ciertamente se da en el caso del inciso 1) del mencionado artículo 473 pero cuando haya sido confirmada por el Tribunal de Apelación, o dictado en única instancia por el Tribunal de Juicio (artículo 357, *ibídem*). Como no se está ante ninguna de esas dos circunstancias pues el Tribunal a-quo, actuando como Tribunal de Apelación, lo que hizo fue revocar el auto de procesamiento dictado por el Tribunal instructor y en su lugar acordó el sobreseimiento

en favor del encartado; el recurso entonces resulta impertinente por no encontrarse expresamente autorizado y en razón de ello debe declararse erróneamente concedido", (Resolución de la Sala Tercera de la Corte, voto 157-A de las 8:58 horas del 8 de mayo de 1987).

Sin embargo, menos de seis meses después, la Sala emite una resolución totalmente opuesta a la transcrita: "La Representante del Ministerio Público recurre en casación del sobreseimiento dictado en favor de J.C. e I.G.S. por el Tribunal de Apelación de Limón con ocasión de conocer en alzada el auto de procesamiento y prisión preventiva dictado contra los imputados, por los delitos de denuncia calumniosa, ofrecimiento de testigos falsos, usurpación y daños, contra el primero; por denuncia calumniosa contra la segunda y contra A.B.M. por falso testimonio. El recurso concedido en cuanto a la denuncia falsa o calumniosa nada más. Alega la defensa que el recurso de casación planteado es inadmisibles porque conforme a la ley ritual, procede casación cuando el sobreseimiento dictado, es dictado por el Tribunal de Apelación confirmando el del Juzgado de Instrucción o cuando es dictado en única instancia por el tribunal de Juicio (Artículo 357 del Código de Procedimientos Penales). Esta apreciación no es atinada; la Sala considera que si el sobreseimiento instructorio confirmado por el Tribunal de Apelación es susceptible de ser recurrido en Casación, por poner ese pronunciamiento fin a la acción, con mayor razón debe serlo el dictado por el ad-quem, cuando revoca la resolución que entraña mérito incriminador, porque en tal caso, se está en presencia de una situación con iguales efectos a la anterior, pero dictada por un sólo órgano de modo que en esa circunstancia se requiere más bien un mayor control ante ese único criterio.

Por la razones expuestas, esta Sala entra a conocer del sobreseimiento recurrido" (Resolución N° 307-F de las 9:30 hrs, del 30 de octubre de 1987).

Nos parece muy acertado el nuevo criterio emitido por la sala, puesto que el mismo es acorde con los principios de justicia y equidad procesales ya que como bien se expone, si resulta posible para el órgano de la acusación, el recurrir ante el Supremo Tribunal penal de la República para combatir una resolución que se ha mantenido a lo largo de dos instancias, es lógico que existen mayores razones para que la Sala de Casación conozca o revise la sentencia de sobreseimiento que se dicta por el Tribunal Superior al conocer en alzada de un procedimiento del Juez de Instrucción y optar por revocarlo, dictando en su lugar el sobreseimiento. Nótese que en un caso nos encontramos ante una resolución que ya ha sido revisada por el superior del órgano decisor, en cambio en el segundo caso nos encontramos

ante una resolución que produce efectos irreversibles en el proceso penal y que puede archivar investigaciones en delitos de gravedad (imagínese el caso de un homicidio en que el Tribunal acoja la tesis de una legítima defensa y disponga el sobreseimiento). Pensar que el órgano acusador no está facultado para atacar este sobreseimiento, sería atar las manos del Ministerio Público e impedirle el ejercicio de su función contralora, función que está obligado a desempeñar en virtud de los principios que rigen su normal desempeño.

No consideramos que la anterior posición contravenga lo dispuesto por el artículo 447 del Código Procesal Penal que señala el principio de taxatividad en los recursos, en cuanto a que sólo puede interponer el recurso respectivo aquella parte o sujeto a quien la ley expresamente le otorgue tal derecho, ya que el derecho a recurrir "la ley se encarga de ponerle límites para que su ejercicio no redunde en un entorpecimiento del proceso"⁷

Creemos que perfectamente la posibilidad de recurrir en Casación esta clase de sobreseimientos puede incluirse dentro de lo que el artículo 473 inciso 1) dispone al decir que el recurso puede intentarse cuando el sobreseimiento se dicta "en única instancia" por el Tribunal de Juicio; ya que bien puede decirse que la resolución se dicta por el Tribunal en única instancia puesto que no se está brindando confirmación al criterio del inferior jerárquico sino todo lo contrario y es la instancia superior (única) la que se decide por dictar el sobreseimiento.

Resulta de interés anotar que el Recurso de Casación para el sobreseimiento, tiene como límite el monto de la pena del delito investigado, cuyo máximo que debe exceder de tres años de prisión, excluyéndose de esta forma la posibilidad de que el Ministerio Público recurra en Casación de los asuntos de citación directa. El Fiscal inconforme con un sobreseimiento dictado por el Juez Penal o por el Tribunal de Juicio en asuntos de citación directa convertidos a instrucción judicial no tendrá más recurso que la vía disciplinaria contra los funcionarios respectivos, pero no contra la resolución en sí.

3. Consulta

La consulta no es un recurso propiamente dicho, sino un trámite de revisión especial y eventual del sobreseimiento. No se trata de recurso puesto que no es un medio impugnatorio reglado taxativamente por el ordenamiento procesal.

En el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que es bastante similar al costarricense, el trámite de la consulta quedó eliminado.

De conformidad con el artículo 323 del Código Procesal Penal la consulta procederá en defecto de la apelación **únicamente** y para ello se enviará el expediente al Tribunal de Apelaciones en donde se conferirá audiencia por tres días al Fiscal de Juicio y si éste manifiesta su conformidad con la resolución consultada, las actuaciones se devolverán al Juzgado de instrucción de procedencia, pero si el fiscal de Juicio manifiesta su oposición o inconformidad con el sobreseimiento consultado, ello **obliga** al Tribunal de Apelaciones a revisar el sobreseimiento consultado, en virtud de las objeciones realizadas por el Ministerio Público. Vemos como en este caso, un pronunciamiento del representante de la acusación puede obligar a la revisión de una resolución jurisdiccional, la cuya eventualmente puede ser improbadada si se acogen los argumentos del inconforme.

Consideramos que la consulta refleja sin embargo, una especie de desconfianza respecto de la actuación del inferior, tanto Agente Fiscal como Juez de Instrucción, ya que lo lógico es pensar que un sobreseimiento abiertamente improcedente e ilegal **debe** ser impugnado directamente por el representante del Ministerio Público al cual le es comunicado: el Agente Fiscal.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un problema con el cual se enfrenta constantemente el Ministerio Público es el cambio continuo y frecuente de su personal, que usualmente es trasladado a ocupar interinamente cargos en la Administración de Justicia; ante ello es conveniente y saludable que el superior jerárquico inmediato de los Agentes Fiscales **revise** las sentencias de sobreseimiento y evalúe si efectivamente no procedía la apelación (tal y como lo ha mostrado tácitamente el Agente Fiscal al no interponer el recurso), ya que incluso en caso de que la sentencia sea confirmada por la vía de consulta, es factible interponer el **Recurso de Casación**, de conformidad con el inciso 1) del artículo 473 del Código Procesal Penal.

Una interrogante que surge es si todos los sobreseimientos deben ser consultados. El Lic. Javier Llobet y el Dr. Daniel Conzález opinan que el artículo 323 no hace ninguna clase de distinción entre los sobreseimientos, por lo que todos deben ser sometidos al trámite de la consulta, si no media recurso de apelación.

Discrepamos respetuosamente de tal posición puesto que en el caso de los sobreseimientos obligatorios y los sobreseimientos vinculantes nos encontramos ante situaciones muy distintas a las que producen

7. Ayan, Manuel. *Recursos en materia penal*. Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, s.a.e. pág. 86.

el sobreseimiento propiamente dicho, que es el regulado en el número 320 del Código Penal.

Aparte de ello, por una razón práctica no se consultan los sobreseimientos vinculantes ni los obligatorios, pues el trámite implicaría llenar injustificadamente de trabajo los despachos de los tribunales de justicia, aparte de que tales sobreseimientos se basan en supuestos diferentes a los que regula el citado artículo 320.

C. Clases de sobreseimientos

1. Artículo 320 del Código Procesal Penal

En este artículo se regula el sobreseimiento en sentido estricto. Necesariamente debe existir certeza de la existencia de una de las causales contempladas en cuatro incisos:

1.1. El hecho investigado por el instructor y que fue acusado por el Ministerio Público nunca se llevó a cabo o bien aunque el hecho existió, el acusado no tuvo ninguna participación en el mismo (inciso 1) de artículo 320).

1.2. El hecho acusado e investigado no es constitutivo de delito, básicamente se refiere a la ausencia de tipicidad.

1.3 Existencia de una causal de justificación o de inculpabilidad.

1.4. Prescripción de la acción penal: debe entenderse estrictamente que la causal se refiere exclusivamente a la prescripción de la acción sea en lo referente a la posibilidad de perseguir penalmente el hecho investigado. Debe recurrirse a las reglas de prescripción previstas en los artículos 80 y siguientes del Código Penal.

2. Sobreseimiento vinculante

Es aquel sobreseimiento que solicita el Agente Fiscal al Juez de Instrucción luego de concluida una causa a la cual ha correspondido el trámite de citación directa. Este sobreseimiento se encuentra regulado en el artículo 414 del Código Procesal Penal y en dicha norma se establece que el juez de instrucción correspondiente debe dictarlo "sin trámite", lo que implica que está vedado al juez plantear la disconformidad regulada en el numeral 347 del Código Procesal Penal, deduciéndose entonces que tipo de sobreseimientos son responsabilidad absoluta del agente fiscal correspondiente, por cuanto prácticamente se obliga al juez de instrucción al dictado de la sentencia de sobreseimiento, sin que exista posibilidad de combatir esa solicitud, como sí ocurre en los casos de competencia

del Tribunal Superior. Sin embargo, nada impide que el juez de instrucción exprese en la misma resolución su desacuerdo con el sobreseimiento que prácticamente está obligado a dictar.

Es obvio que para poder solicitar se dicte un sobreseimiento en un asunto de citación directa, el agente fiscal debe realizar un exhausto análisis de las probanzas que constan en el expediente y fundamentar la solicitud además en alguno de los motivos que contempla el artículo 320 del Código Procesal Penal, puesto que siempre se estará ante un sobreseimiento dictado por el juez instructor y no por el juez penal o Tribunal de Juicio con arreglo al numeral 357 del Código Procesal Penal, ya que este sobreseimiento se basa en otros supuestos, como veremos después.

Es de resaltar aquí la importancia del pronunciamiento del agente fiscal y el cuidado que dicho funcionario debe tener, a efecto de evitar que por alguna ligereza de su parte se llegue a separar completamente el imputado del proceso en forma definitiva y sin la posibilidad de reabrir la causa por respeto al principio constitucional *non bis in idem*.

Cabe cuestionarse respecto de si contra el sobreseimiento vinculante puede ejercitarse el Recurso de Apelación por parte del Ministerio Público. Consideramos que en este caso no es posible que el Ministerio Público interponga una apelación en contra de una resolución que el propio órgano acusador ha solicitado y contra cuya solicitud no cabe discrepar.

Vendría a ser incluso un contrasentido si se toma en cuenta el principio de unidad que rige al Ministerio Público.

En este sentido la jurisprudencia de la Sala Tercera ha expresado: "Ciertamente el sobreseimiento está regulado en el Código de Procedimientos Penales como un único instituto jurídico en lo que atañe a sus efectos, pero en lo que se refiere al vinculante debe reconocerse que su disposición obedece a una razón procesal que nuestro legislador -con razón o sin ella- consideró admisible en asuntos de competencia de juez penal (sea para delitos cuyas penas no exceden de 3 años de prisión) si el órgano acusador (Ministerio Público) solicita sobreseimiento o prórroga extraordinaria, el juez de instrucción tiene que acoger tal solicitud y dictar sin trámite lo pedido (artículo 414). La doctrina procesal que informa este artículo -básicamente la de la Provincia de Córdoba, Argentina de donde es originario nuestro Código a pesar de ser criticada..., señala que el sobreseimiento vinculante en causas de competencia de juez penal no requiere siquiera el trámite de la consulta (que indica el artículo 323 *ibídem*) en atención "al régimen dispuesto para la tramitación de las causas leves, donde es preciso esta-

blecer un procedimiento más breve y acelerado que el ordinario con el fin de economizar energías jurisdiccionales" (Velez Mariconde. Exposición de motivos a las reformas del Código Procesal de Córdoba, 1968, 40). Idénticas razones hacen explicable la exclusión del recurso de apelación del citado sobreseimiento, pues además de no autorizarlo el artículo 414, se trata de una resolución que condiciona la petición del Ministerio Público, no siendo producto del razonamiento del juez de instrucción, y aunque ello sea criticable, no parece propio que la misma institución que solicitó ese sobreseimiento (aunque se trata de otro Agente Fiscal) aparezca después recurriendo en contra de su propio pedimento afectando la seguridad jurídica (Resolución de la Sala Tercera de la Corte, Nº 211 F de las 9:45 horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos ochenta y seis).

Consideramos lógica la resolución transcrita de ahí que es preciso recalcar nuevamente la importancia y la responsabilidad del Agente Fiscal que ha formulado la solicitud de sobreseimiento. De conformidad con lo que se ha anotado al tratar sobre la consulta, debe concluirse que para el sobreseimiento vinculante el trámite de la consulta no existe, ya que el mismo opera en ausencia de apelación; si no existe el derecho de apelar, tampoco debe existir la consulta de la resolución.

3. Artículo 357 del Código de Procedimientos Penales

Este tipo de sobreseimiento se dicta cuando ya ha finalizado la etapa de instrucción ordinaria y sin llegar a la celebración del debate. Consecuentemente, la oportunidad de dictarlo se tiene únicamente en los actos preliminares al debate. Se contemplan causales diferentes a las del artículo 320 del Código Procesal Penal:

a. Inimputabilidad del acusado por medio de nuevas pruebas: pues de pensarse en un dictamen psiquiátrico solicitado mediante el trámite de instrucción suplementaria (Art. 353 del C.P.P.).

b. Prescripción de la acción penal:

Se hace depender a la prescripción, según sea la calificación legal con la que el hecho investigado haya llegado a conocimiento del Tribunal.

c. otras causales extintivas de la acción penal: entre ellas, puede encontrarse la muerte del acusado, matrimonio de imputado y ofendida en los casos de estupro.

d. Exención de pena: es factible pensar que nos encontramos ante la hipótesis de que un delito de libramiento de cheque sin fondos, se compruebe antes del debate que el acusado canceló el importe del título-valor en el plazo de la prevención, aludido en el

párrafo final del artículo 243 del Código Penal. También puede encontrarse en este supuesto la situación de un artículo del Código Penal cuya constitucionalidad esté cuestionada y la Sala Constitucional dicte sentencia anulatoria del numeral cuestionado; en este caso no es posible hablar técnicamente de una exención de pena, pues en realidad se trataría de una atipicidad de la conducta. Consideramos, sin embargo, que en la práctica puede actuarse de la forma establecida, ya que la ley procesal penal no prevee expresamente este caso y la situación planteada se presenta constantemente desde la creación de la Sala Constitucional.

Esta clase de sobreseimiento **nunca** puede ser dictado por el juez de instrucción sino únicamente por el juez Penal o el Tribunal Superior y por las causales que expresa el citado número 357. Creemos que no es posible que el sobreseimiento sea dictado de conformidad con el artículo 320 del Código Procesal Penal, por cuanto este último artículo se refiere al sobreseimiento dictado por el juez de instrucción.

La Sala Tercera ha ratificado el criterio expuesto al indicar: "El a quo procedió a dictar sobreseimiento, sin estar facultado para ello, puesto que su competencia funcional, para dictar esta clase de resoluciones se circunscribe a los casos previsto en el artículo 357 del Código de Procedimientos Penales y nada más. El a quo no pudo proceder de oficio a dictar la resolución impugnada, por cuanto para proceder de tal manera por causales que atañen al fondo, el único competente por razón de la función resulta ser el juez de instrucción, según lo dispone el número 318 del Código de rito. La previsión que este número plantea para el 357 se reduce a que en los casos contemplados por este numeral, sí puede dictarlo de oficio, pero cabe advertirse que este numeral no prevé las causales en las que el a quo sustentó su resolución... Evidentemente en este caso el a quo realizó actos ajenos a su función, es decir carece de competencia funcional para dictar la resolución que se impugna, razón por la cual se ha producido la nulidad genérica que sanciona el artículo 145 inciso 1) del Código de Procedimientos Penales. (En este sentido resolución de la Sala Tercera de la Corte, Nº 264-F de las 8:50 hrs. del 4 de noviembre de 1986).

Pese a todo, el Ministerio Público en caso de un sobreseimiento contra -legem, no podrá impugnarlo en Casación, ya que su posibilidad de recurrir se encuentra limitada por el monto de la pena del delito investigado (artículo 473 inciso 1) del Código Procesal Penal).

Esta clase de sobreseimientos únicamente pueden ser atacados por la vía del Recurso de Casación, ya que la vía de la apelación está vedada expresamente por el propio artículo 463 del Código Procesal Penal

que expresa que son recurribles por medio del recurso de apelación, las resoluciones de los jueces de instrucción⁸.

4. Sobreseimiento obligatorio

Es aquel sobreseimiento que se ordena una vez transcurrido el plazo ordenado en la prórroga extraordinaria, sin que haya variado la situación que motivó el dictado de tal resolución. Consecuentemente, requiere de dos presupuestos:

a. Dictado de prórroga extraordinaria.

b. Transcurso del plazo previsto en la prórroga extraordinaria, sin que haya variado la situación que la originó.

Es un sobreseimiento que se dicta por razones de seguridad jurídica, ya que el ordenamiento jurídico no puede mantener abiertos procesos, en detrimento de los derechos del encartado y de la seguridad jurídica, en tanto fin del derecho. De lo anterior se colige que este sobreseimiento se dicta aún y cuando exista duda respecto de la existencia del hecho o de la responsabilidad del encartado, puesto que la duda no puede permanecer incólume, manteniendo activo un proceso penal:

El Ministerio Público, en tanto órgano acusador, se encuentra en el deber ineludible de revisar la procedencia del sobreseimiento, para impugnarlo, en los casos que lo ameriten.

Respecto de la posibilidad de recurrir esta clase de sobreseimientos ha existido jurisprudencia contradictoria, pues mientras algunas resoluciones indican que tal sobreseimiento no es susceptible de ser apelado y lógicamente, tampoco de ser recurrido en Casación⁹ otras resoluciones se han pronunciado por la posición contraria.¹⁰ Consideramos que lo correcto y a efecto de mantener un adecuado equilibrio procesal, es que se permita al Ministerio Público impugnar el sobreseimiento ante los órganos jerárquicos superiores de quien dictó la resolución. Deben recordarse aquí los efectos de la sentencia de sobreseimiento y en particular el de cosa juzgada; de tal manera que aunque no se considera que existe la posibilidad de apelar, somos del criterio que tal facultad se puede fundamentar en el artículo 463 del Código de Procedimientos Penales, por ser una resolución que causa gravamen irreparable al órgano acusador.

No consideramos lo mismo respecto del trámite de la consulta, puesto que como se indicó anteriormente el sobreseimiento obligatorio parte de premisas diferentes al sobreseimiento regulado en el artículo 320 del Código de Procedimientos Penales. En la práctica no se consultan estos sobreseimientos, pero por un

aspecto eminentemente práctico: usualmente se trata de asuntos en los que no se ha recabado ninguna probanza luego del dictado de la PRÓRROGA EXTRAORDINARIA y que usualmente se dictan sirviéndose de "machotes".

IV. LA CONTESTACION A LA AUDIENCIA QUE CONFIERE EL JUEZ DE INSTRUCCION Y LA PETICION DE SOBRESEIMIENTO

Al encontrarse debidamente instruida la causa y existiendo un procesamiento firme, el juez de instrucción confiere de conformidad con el artículo 338 del Código Procesal Penal, una audiencia por el plazo de seis días al Agente Fiscal, a efecto de que éste, en representación del Ministerio Público, proceda a pronunciarse. En la práctica se envía el expediente a la Agencia Fiscal correspondiente; para efecto de facilitar el estudio de la causa.

Una vez realizado el respectivo estudio el Agente Fiscal deberá indicar al juez de instrucción si en su criterio la causa debe elevarse a juicio, o si por el contrario debe dictarse una prórroga extraordinaria o un sobreseimiento.

El Agente Fiscal, en caso de que se decida por solicitar el dictado de un SOBRESEIMIENTO, debe tener certeza respecto de la existencia de una de las causales del artículo 320 del Código de Procedimientos Penales; no procedería la solicitud de sobreseimiento por motivos distintos, puesto que como ya se dijo hay tres tipos de sobreseimiento que se dictan en la instrucción: el obligatorio, el vinculante y el contemplado en el artículo 320, antes citado, los cuales parten de supuestos diferentes.

En caso de que el Agente Fiscal quede convencido de la procedencia del sobreseimiento, deberá formular la solicitud en forma detallada y motivada, según lo dispone el artículo 39 del Código Procesal Penal. Si el juez de instrucción no está de acuerdo con la petición, puede plantear el desacuerdo, también por resolución motivada, de conformidad con los artículos

8. Al hablarse de jueces de instrucción, debe entenderse igualmente Alcaldes en función de tales según el artículo 33 inciso b) de la Ley Especial de Jurisdicción de los Tribunales.

9. En este sentido Sala Tercera, N° 194 de 9:30 hrs del 2 de octubre de 1985 y Sala Tercera, resolución de las 10:05 hrs del 13 de diciembre de 1984.

10. En este sentido, Sala Tercera, N° 48 de las 10:35 hrs del 22 de abril de 1983 y Sala Tercera N° 113 de las 10:20 hrs, del 17 de agosto de 1983.

106 y 347 del Código Procesal Penal y enviar el expediente ante el Fiscal del Tribunal de Apelaciones, quien deberá decidir sobre el desacuerdo. Podemos ver aquí una muestra más del sistema jerárquico que opera en el Ministerio Público, puesto que la solicitud del inferior es revisada por el inmediato superior, quien deberá revisar la procedencia de la misma.

Si el Fiscal del Tribunal da la razón al juez y decide la conveniencia de que se solicite la elevación a juicio al juez deberá conferir nueva audiencia a correr vista del sumario a otro Agente Fiscal distinto de aquel que formuló la solicitud de sobreseimiento, quien **debe** confeccionar el respectivo requerimiento de elevación a juicio, en acatamiento de la orden del Fiscal del Tribunal, sin que pueda formular una petición diferente, ya que el Agente Fiscal no puede entrar en conflicto con el superior jerárquico. En caso de que el Agente Fiscal no cumpla con la orden dada al dirimirse la disconformidad podría eventualmente incurrir en el delito de desobediencia (artículo 305 del Código Penal). Si por el contrario, el Fiscal del Tribunal acoge los argumentos del Agente Fiscal y decide que debe dictarse sobreseimiento, esta decisión del Fiscal de juicio **vincula al juez de instrucción** y obliga al juez a que dicte la sentencia, en contra inclusive de su criterio, ya que si el juez planteó la disconformidad era por el desacuerdo con la **solicitud** de sobreseimiento. Vemos aquí que aunque el Ministerio Público no es un órgano jurisdiccional, vemos como una decisión del Ministerio Público condiciona el dictado de una resolución jurisdiccional y obliga al juez a que dicte la sentencia de sobreseimiento. En última instancia se puede decir que al final de cuentas en manos del Ministerio Público queda la decisión de dictar o no la sentencia de sobreseimiento, aunque la resolución no sea dictada por el órgano que tomó la decisión. El Ministerio Público no puede dictar el sobreseimiento pero como vemos puede decidir sobre su dictado.

Vemos aquí nuevamente la gran responsabilidad que el ordenamiento jurídico ha depositado en

manos de los representantes del Ministerio Público ya que el órgano acusador, en aras de buscar la verdad real y en atención a su condición de objetivo, e imparcial **debe** solicitar el sobreseimiento en los casos en que resulte procedente y perseguir su dictado en aras de una correcta Administración de Justicia.

CONCLUSIONES

1. El sobreseimiento, en vista de los efectos que tiene sobre el proceso y en relación con el imputado en cuyo favor se dicta; debe ser celosamente controlado por los representantes del Ministerio Público.

2. Lo anterior no impide, sin embargo que en muchas ocasiones, sea el propio órgano acusador quien solicite el dictado de un sobreseimiento.

3. No debe eliminarse el trámite de la consulta del sobreseimiento, en tanto no haya mayor estabilidad entre los Agentes Fiscales, pues permite un mayor control sobre la sentencia de sobreseimientos y su procedencia.

4. Resulta urgente la aprobación de una Ley Orgánica del Ministerio Público, en donde expresamente se establezca su competencia, estructura jerárquica y funcionamiento.

5. Sería conveniente que el Ministerio Público tuviese la oportunidad de interponer el Recurso de Casación en toda clase de sobreseimientos, puesto que ello permitiría un control más efectivo sobre la actividad de los jueces. En este sentido, debería reformarse el artículo 473 inciso 1) del Código Procesal Penal.

6. En vista de la estructura jerárquica del Ministerio Público, el Fiscal de Juicio, e incluso el Jefe o el Sub-jefe del Ministerio Público puede interponer directamente los recursos respectivos contra la sentencia de sobreseimiento, ante el órgano jurisdiccional correspondiente, sin necesidad del visto bueno o la participación del Agente Fiscal respectivo.

BIBLIOGRAFIA

- Arroyo, Gutiérrez José Manuel. "La verdad jurídico-penal", en: *Revista Judicial N° 45*. Departamento de publicaciones e impresiones de la Corte Suprema de Justicia 1989. pp. 75-90.
- Aya, Manuel; *Recurso en materia penal*. Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, s.a.e.
- Cafferata, Nores, José; *La prueba en el proceso penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- González, Alvarez, Daniel; *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Imprenta Lil, San José, Costa Rica, 1986.
- Llobet Rodríguez, Javier; *Código de Procedimientos Penales Anotado*, Imprenta Lil, San José, 1987.
- Núñez, Ricardo, *Código Procesal Penal de Córdoba*, Ediciones Lerner, Córdoba, Argentina, 1986.
- Velez, Mariconde, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Ediciones Lerner, Córdoba, Argentina, 1982.

LA PRUEBA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL TIPO PARA AMERICA LATINA*

Dr. Luis Paulino Mora Mora.
Magistrado de la Sala constitucional
de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Dr. Daniel González Alvarez
Magistrado de la Sala Penal
de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El sistema probatorio adoptado en el proceso penal constituye un termómetro del nivel de desarrollo democrático de una concreta comunidad. La relación entre proceso penal y sistema constitucional es excepcionalmente evidente al observar cómo los principios básicos que inspiran la justicia penal deben obtener una referencia en la carta política.¹ En realidad el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político imperante.

Así como el sistema procesal es reflejo del régimen político ideológico, el sistema probatorio es a su vez la columna vertebral del sistema procesal. La historia de los métodos de valoración de la prueba es, prácticamente, la historia del enjuiciamiento penal.² Por ello, el sistema probatorio es condicionado por las concepciones ideológicas que imperan en una sociedad y esa vinculación no se oculta tampoco en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina (CPPT). La prueba penal "ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia"³, reflejando diferentes posturas.

En el Código Tipo no se oculta esa referencia que en el fondo constituye la verdadera justificación de su existencia. Ya en la exposición de motivos se afirma, con buen tino, que en nuestros países latinoamericanos "la justicia penal ha funcionado como una caja negra, alejada del control popular y de la transparencia democrática.

El apego a ritualismos antiguos, a fórmulas inquisitivas, que en la cultura universal ya son curiosidades históricas, la falta de respeto a la dignidad humana...toman imperioso comenzar un profundo movimiento de reforma en todo el continente. Este Código Tipo busca servir de base a esta política transformadora, impostergable⁴. Es por esa razón que muchos institutos procesales incluidos en el Código, que para los países de la Europa Continental son obvios mecanismos de administración de justicia, en el contexto cultural y política, que trasciende el campo de lo jurídico.

Esta situación se pone particularmente de relieve cuando abordamos el tema probatorio, el principio de libertad de la prueba, sus limitaciones legales y constitucionales, así como los sistemas para apreciar y valorar esa prueba, con todas sus implicaciones.

* Ponencia presentada en el Congreso Internacional "Un Códice tipo di Procedura Penale per l'América latina". Roma, Italia, setiembre 1991.

1. Bástenos hacer referencia a esa excelente recopilación de trabajos, del profesor G. Conso. *Costituzione e proceso penale*, Milano, 1969, en especial p. 67. ss.
2. J. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, 1989, T.I., pp. 434 s.s.
3. J. I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 1986, p. 4.
4. *Exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, edición del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1990, pp. 218 y 219.

En estas líneas pretendemos exponer en forma muy general el sistema probatorio adoptado en el Código Tipo, referido principalmente a la etapa del juicio.

2. LIBERTAD PROBATORIA

Asumiendo una concreta posición política, el Código Tipo reconoce en forma clara y directa el principio de libertad de la prueba, según el cual en el proceso penal "...se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido... (Art. 148).

Con ello soluciona un problema debatido por la doctrina sobre la existencia de tal principio⁵, y aclara algunas confusiones terminológicas. En efecto, de acuerdo con esa formulación normativa, "*en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba*"⁶

En consecuencia, el principio afincado en el Código está admitiendo la posibilidad (garantía) de que cualquier hecho o circunstancia que de alguna manera afecte la decisión del Tribunal, puede ser probado, incluyendo desde luego las situaciones invocadas por el acusado y su defensa. Se trata de un primer aspecto relacionado con el objeto de la prueba, que responde a la pregunta ¿Qué probar?

El segundo término, el principio admite la posibilidad de utilizar cualesquiera medios de prueba lícito para cumplir con el objetivo de averiguar la verdad real, sin que al efecto deba escogerse sólo los medios de prueba mencionados en el Código. A lo anterior se llega respondiendo a ¿Cómo probar?⁷

Ambas fases de esa libertad (en relación con el objeto de prueba y en relación con los medios de prueba) encuentran en el Código importantes limitaciones y prohibiciones, que podemos calificar de **absolutas** cuando se trata de hechos o circunstancias que la ley no permite verificarlos (por ejemplo la inadmisibilidad de la prueba de la verdad), y **relativas** cuando la ley indica qué medios de prueba deben utilizarse para acreditar ciertos hechos (sobre el estado civil, por ejemplo), o cuando se priva de efectos probatorios a determinados medios de prueba⁸. En esta última categoría ingresan las limitaciones probatorias de origen constitucional.

Para esos efectos la fórmula del artículo 148 del Código Tipo señala, en principio, que esa libertad probatoria existe "salvo previsión expresa en con-

trario de la ley", admitiendo la existencia de las limitaciones. Luego, en el párrafo segundo se apresura a indicar que "un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad", finalizando el párrafo con una concreta exclusión (inadmisibilidad) de los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido. Posteriormente, el articulado se encarga de señalar algunas de estas situaciones básicas, dejando otras para las leyes civiles, la respectiva Constitución y los pactos internacionales de Derechos Humanos aprobados por los países de la región. (Sobre las prohibiciones y las limitaciones véase *infra* N° 5).

El Código se encarga de estatuir y reglamentar diferentes medios de prueba, tales como el registro, el secuestro, la prueba testimonial, la pericial, la documental, los reconocimientos, los careos, (Arts. 150 a 195), pero se pronuncia por la no taxatividad de los medios de prueba,⁹ al precisar que "además de los medios de prueba previstos en este Capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema Institucional" Art. 148 *in fine*), así todo se puede probar y por cualquier medio siempre que no se irrespeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Debe resaltarse también que el Código Tipo en su formulación normativa destaca la distinción entre el principio de libertad probatoria (delineado principalmente en el art. 148), del principio de libre convicción del juzgador (referido en los arts. 149 y 321). El primero se refiere a la posibilidad de probar cualquier hecho o circunstancia de interés para el caso, así como a la libertad de recurrir a cualquier medio de prueba, mientras que el principio de libre convicción o crítica racional se refiere a la libertad del juez de apreciar los medios de prueba y asignarles un valor según las circunstancias, para sustentar su decisión, con exposición de las razones que lo in-

5. En posición contraria a la doctrina dominante, se inclina por desconocerlo, G. Leone, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1963, V.II., p. 175 ss.

6. J. Maier; *Derecho Procesal Penal...*, cit., p. 586.

7. J. I. Cafferata Nores, *La prueba...*, cit., p. 25 s. y E. Florian, *De las pruebas penales*, Bogotá, 1982, T.I., 3 Ed., pp. 223, s.s.

8. Cfr. J. Maier, *Derecho Procesal Penal...*, cit., pp. 465s.

9. Sobre el principio de la no taxatividad Cfr. E. Florian, *De las pruebas penales*, cit., pp. 223 ss.

ducen a otorgarle credibilidad a la prueba (fundamentación), sobre lo cual hacemos algunos comentarios más adelante (*infra* N° 4).

3. ACTIVIDAD PROBATORIA DURANTE EL JUICIO

La actividad probatoria se realiza en tres momentos diferentes: producción, recepción y valuación.¹⁰ El primer momento comprende el ofrecimiento de la prueba e incluye el problema relativo a la iniciativa del juzgador; el segundo, se refiere al momento en que la prueba ingresa al proceso, cuando el juzgador toma conocimiento del medio de prueba; y el tercero, a la actividad desplegada por el Tribunal para analizar la prueba y darle un valor, con base en el cual sustenta sus decisiones.

Todos y cada uno de estos aspectos aparecen delineados en el Código Tipo con un claro sentido democrático. En primer término durante la fase de juicio, corresponde a las partes ofrecer pruebas, al facultárseles presentar la lista de testigos y peritos, y permitírseles invocar la necesidad de practicar otras probanzas (art. 283). Esto revierte aquel poder absoluto del Tribunal instructor de origen inquisitivo, según el cual la iniciativa probatoria correspondía al juez, con mínimas facultades para las partes. De acuerdo con el sistema del Código Tipo corresponde a las partes un verdadero derecho a indicarle al Tribunal cuáles pruebas deberán evacuarse durante la celebración del debate, y correlativamente el Tribunal resuelve sobre su admisibilidad, debiendo recibir las si contribuyen al descubrimiento de la verdad real. En tal caso sólo podrá rechazar, por resolución fundada, la prueba que estime ilegítima, manifiestamente impertinente, inútil o superabundante (Art. 288.1).¹¹

Desde luego, los intereses públicos en juego en el proceso penal no pueden hacer desaparecer totalmente los poderes del juez respecto de la iniciativa probatoria, ya que sobre los elementos de prueba descansa la decisión final. Por tal motivo se faculta al Tribunal del debate que disponga de oficio la recepción de nuevos medios de prueba, o la ampliación de los ya recibidos, ante varias circunstancias, en especial cuando lo estime indispensable o manifiestamente útil para descubrir la verdad (en los casos previstos en los Arts. 285, 289, 316 *in fine*, 317 y 320). De ellos conviene precisar que el Tribunal puede ordenar el recibo de prueba para mejor resolver al final del debate (Art. 317), e incluso aún después de haberlo clausurado, cuando lo estime indispensable durante la deliberación, en cuyo caso dispone la reapertura del debate (Art. 320). Si bien en un sistema marcadamente acusatorio la iniciativa probatoria co-

rresponde a las partes y al Ministerio Público, ello no puede sacrificar el descubrimiento de la verdad, como aspiración final de cualquier sistema de administración de justicia penal aceptable.

El Código también regula la forma y las condiciones para recibir la prueba durante el debate (art. 311 a 317), debiendo destacarse la amplia disponibilidad de las partes para intervenir en los interrogatorios, examinar los objetos, documentos y demás elementos de convicción, con base en los cuales posteriormente formularán sus conclusiones.¹² Es interesante la expresa referencia que el Código hace para que excepcionalmente y con el acuerdo de todos los intervinientes el Tribunal pueda prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando una reproducción parcial (Art. 316).

Mucho tedio causa un juicio oral en el que deben leerse cantidad de documentos, sobre todo, cuando son de poca trascendencia para resolver el caso, así como también constituye un atentado a la oralidad el que pueda prescindirse en forma total de la incorporación mediante lectura, resultando beneficiosa la solución del Código Tipo el permitir el resumen y la incorporación parcial, entendiendo que ello exige leer lo esencial. Esta facultad es excepcional y no justifica ni autoriza al Tribunal para desconocer el contenido integral de los documentos.

Desde el momento en que se inicia el procedimiento preparatorio ante la policía judicial y el Ministerio Público, inicia también la actividad probatoria, la cual se extiende incluso durante el procedimiento intermedio. Sin embargo, de acuerdo con la formulación del Código Tipo, esa actividad probatoria no debe trascender esas fases del proceso, de tal manera que la sentencia sólo puede estar fundada en la prueba evacuada durante el debate oral y público. En efecto la investigación preparatoria tiene como finalidad ulterior la de establecer si existe fundamento serio para someter a juicio a una persona o descartarlo (art. 263); y el procedimiento intermedio constituye el filtro jurisdiccional de esa pretensión, en cuanto se dirige a establecer si al finalizar la investigación el asunto debe abrirse a juicio, o si por el contrario debe decretarse un sobreseimiento, el archivo

10. Asumiendo la clasificación de A. Velez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1968, T. II., pp. 348 ss., quien pone de manifiesto las diferentes opiniones de la doctrina.

11. Sobre los poderes discrecionales del juez en la recepción de la prueba Cfr. G. Vassalli, "Il diritto alla prova nel processo penale", en: *Riv. It. di Diritto en proced. penale*, Milano, 1968, pp. 38 ss.

12. Sobre la recepción de la prueba durante el debate Cfr. R. E. Torres Bas, *El procedimiento penal argentino*, Córdoba, 1987, T.II., pp. 418 ss.

o la clausura del procedimiento (Arts. 273 y 274). La actividad probatoria realizada en esas fases sólo podría tener incidencia para esos efectos y no para sustentar la sentencia,¹³ salvo tratándose de actos que por su naturaleza y características deban ser considerados como definitivos e irreproductibles, o cuando debe declarar un órgano de prueba que no podrá hacerlo durante el debate (Art. 258), en cuyo caso se reciben en la investigación preliminar o durante el procedimiento intermedio con previa citación de partes, facultándoseles para intervenir como en el debate.

No obstante esa pretensión, que no quiere asignarle mayor incidencia durante el debate a la prueba recibida en la investigación preliminar y en el procedimiento intermedio, encontramos que el Código autoriza la incorporación al debate por lectura de los testimonios y peritajes rendidos con anterioridad, sin especificar las razones de esa incorporación, lo cual en nuestro criterio atenta contra el principio de oralidad e intermediación de la prueba. En efecto, por un lado se autoriza a quien ofrezca prueba durante el juicio para que manifieste su conformidad en que se lea en el debate la declaración o el dictamen presentado en el procedimiento preparatorio, sin señalarse los casos en que tal cosa podría solicitarse sino simplemente cuando la parte lo consienta y lo quiera (Art. 283); y por otro, se autoriza al Tribunal para aceptar esa propuesta, también sin especificarse los criterios para admitirlo (Art. 288, Inc. 1º). Sería conveniente tasar los casos de incorporación mediante lectura de los testimonios, pues una apertura ilimitada podría lesionar seriamente la oralidad.

La actividad probatoria desplegada en el debate puede a su vez dividirse. El Tribunal está facultado para disponer la división del debate, tratando primero la actividad probatoria dirigida a acreditar o desvirtuar la culpabilidad del acusado, posteriormente disponer el recibo de la prueba para fijar la pena o la medida de seguridad. Lo anterior puede hacerlo cuando lo estime conveniente para resolver mejor sobre la pena y para garantizar una mejor defensa del acusado (Art. 287).

4. VALORACION DE LA PRUEBA. LIBRE CONVICCION O CRITICA RACIONAL

La valoración es la última fase de la actividad probatoria, pero quizás uno de los aspectos más trascendentes del procedimiento, donde se refleja, como en ningún otro, el nivel democrático o autoritario del entero sistema penal. Como bien se ha afirmado: "el problema de la valoración de la prueba es sin duda uno de los más graves del proceso. En el cincuenta por ciento de las veces, por no decir más, de ella depende la justicia de la decisión".¹⁴

En efecto, la historia nos revela que el método adoptado en el proceso para apreciar y valorar la prueba ha tenido una íntima relación con el sistema político imperante. El sistema denominado de la **íntima convicción** (prueba en conciencia) es propio de un enjuiciamiento de carácter acusatorio puro, con sus tribunales populares y hoy con el jurado clásico. Este sistema se ubica por primera vez en Grecia y el derecho de la Roma republicana, que admitían una participación popular en la administración de justicia. También la ley francesa de 1791, posterior a la Revolución Francesa, se señala como uno de los mejores ejemplos de íntima convicción porque esa ley "no pide una explicación de los medios por los cuales (los jurados) han formado su convicción; ella no les prescribe ninguna regla a la cual ellos deban ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba"¹⁵ De lo anterior se deduce que este sistema no dispone ninguna norma orientadora y menos indicadora del valor que debe asignársele a las pruebas, así como también se caracteriza por no exigir al juzgador explicar los fundamentos de su juicio, ni de sus conclusiones, quedando ello reducido a la intimidad de su conciencia.¹⁶

A esa libertad absoluta en la valoración de la prueba se contraponen el denominado sistema de la **prueba legal** (tarifario), propio de la Inquisición y de sus tribunales integrados por jueces burócratas. De acuerdo con este sistema la ley impone múltiples restricciones a los juzgadores para que ciertos hechos se prueben sólo de un modo determinado y no de otro; fija previamente el valor de los medios de prueba; y establece taxativamente las condiciones, positivas y negativas, que los elementos de prueba deben reunir para deducir el grado de convicción de cada una de ellas.¹⁷

13. En la mayoría de los casos las pruebas de la instrucción tienden a servir de fundamento de la sentencia al adquirir en muchos países un carácter definitivo. Cfr. J. P. Bertolino, *Prueba y juicio en el Derecho Argentino*, s. 3 y 4; y D. Siracusano, "Istruzione del processo penale", en: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1973, V. XXIII, p. 185.

14. F. Carnelutti, *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1952, V. II, p. 112.

15. J. Maier, *Derecho Procesal Penal...*, cit., T.I. v.b., p. 592.

16. Sobre la íntima convicción Cfr. J. E. Vasquez Rossi, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Argentina, 1985, pp. 363 ss.; A. Velez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, Cit., T.I. pp. 354 ss.; y S. Sentis Melendo, *La prueba*, Buenos Aires, 1979, pp. 253 ss.

17. Sobre la prueba legal Cfr. S. Sentis Melendo, *La prueba*, Cit., pp. 248 ss.; A. Velez Mariconde, *Derecho...* Cit., pp. 357 ss.; y T. E. Espinosa Rodríguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, Bogotá, 1967, pp. 46 ss.

De este sistema todavía existen vestigios en algunas legislaciones latinoamericanas, al hablarse de prueba plena y semiplena, como resulta ser el caso de la legislación procesal penal de la Nación Argentina.¹⁸

La rigidez y el extremo formalismo del sistema de la prueba legal, por lo general, se ligó a sistemas penales con poderes amplios del juez para investigar la verdad, cuando incluso hasta la tortura fue una práctica legalmente reconocida. Así la prueba legal constituyó algún freno a esos poderes del inquisidor, una forma de control a sus potestades ilimitadas de investigación.¹⁹

Frente a esos dos sistemas extremos existe un tercero denominado de la **libre convicción** o de **crítica racional**, que vino a reemplazar el sistema anterior, cuando se desterró el método inquisitivo con la instauración de las democracias modernas. Se trata de un regreso a las libertades en la valoración de la prueba, trasladando ese aspecto del legislador al juez, quien será el que en cada caso concreto analice los elementos de prueba y les asigne un determinado valor, para sustentar sus conclusiones. Este método exige un examen crítico de todos y cada uno de los elementos de prueba esenciales para la decisión, así como también impone al juez el deber de motivar o fundamentar adecuadamente la decisión, de tal forma que puedan las partes, los ciudadanos y la casación conocer y controlar el iter lógico seguido para sustentar la sentencia.²⁰

Este sistema lo receptan en América Latina varios países, entre ellos y desde hace muchos años el Código de la Provincia de Córdoba, Argentina, seguido por otras provincias de ese país y otros países tales como Costa Rica y Brasil.²¹ El Código Tipo también adopta este sistema al señalar que los elementos de prueba legalmente incorporados al proceso "...se valorarán por su crítica racional" (Art. 149), y que en la fase de juicio "el tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate..." (Art. 321).

El Código Tipo asumió un método profundamente democrático y de mayor justicia, al dejar libre al juez para que en cada caso concreto señale el valor de los elementos de prueba legalmente incorporados al proceso, según las reglas de la sana crítica racional. Estas reglas están fijadas principalmente por las leyes de la lógica, la psicología y de la experiencia común,²² según las cuales el razonamiento del juzgador es libre en cuanto no está sometido a ningún parámetro preestablecido por la ley, pero su actuar no puede ser arbitrario ilógico, ni incongruente según la experiencia, debiendo poder establecerse una clara relación entre las premisas probatorias que invoca y las conclusiones a las que llega.

Además, el Código Tipo delinea en forma reiterada el deber del juez de fundamentar y de señalar en cada caso las razones por las cuales le dio determinada validez a la prueba, así como los motivos en los cuales sustenta sus conclusiones fácticas y jurídicas (en los Arts. 142; 144; 323 incisos 3 y 4; 324 in fine; y 328 inciso 3). Esta fundamentación, de acuerdo con esas disposiciones debe ser **expresa, clara, con plena, legítima, lógica,**²³ eliminando así cualquier posición arbitraria. La garantía para las partes y para los ciudadanos es que el juzgador debe justificar su opción, para que aquellos puedan manifestarse en favor o en contra de esa valoración, incluso en fases sucesivas del procedimiento.

El Código Tipo en el Libro Cuarto denominado "Procedimientos Especiales", después del Título IV, contiene varios apéndices, que recomiendan adoptar según las exigencias constitucionales y políticas de cada país de la región. Así, en el Apéndice II recomiendan dos sistemas, para aquellos países cuyo sistema Jurídico exijan incorporar a los ciudadanos en la labor de juzgar, integrando los tribunales de juicio con jueces accidentales (escabinos), o dejándole a los ciudadanos la determinación del veredicto (jurados). En la regulación recomendada para cada uno de esos dos sistemas, no encontramos normas específicas sobre el criterio a seguir para valorar la prueba. Pareciera un problema resuelto, según la opción, sin embargo, estimamos que debiera ser más explícito.

18. J. P. Bertolino, *Prueba y juicio...*, Cit., p. 4 y 5; y C. Rubianes, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1979, T. II. pp. 246 y ss.

19. J. Maier, *Derecho Procesal...*, Cit., p. 595 y ss.

20. Cfr. S. Picado Sotela, *Pruebas legales y libre apreciación*, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica, 1970, pp. 37 ss.; G. Leone, *Tratado...*, Cit., v. II., pp. 155 ss.; S. Sentis Melendo, *La prueba*, Cit., pp. 268 ss.; A. Velez Marinconde, *Derecho Procesal...*, Cit., T.I., pp. 361 ss.

21. Cfr. J. R. Gavião de Almeida y L.F. Vaggione. *Aspectos do tema prova e juizo no direito brasileiro*, s.p., pp. 2 y 3; R.C. Núñez, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado*, Córdoba, 2 Ed., 1986, pp. 375 y s.; J. Llobet Rodríguez, *Código de Procedimientos Penales, anotado y comentado*, San José, Costa Rica, 2 ed., 1991, p. 423.

22. F. De La Rúa, *El recurso de casación*, Buenos Aires, 1968, pp. 180 ss. y F. Gorphe, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, 1967, pp. 151 ss.

23. F. de la Rúa, *Cit.*, pp. 160 ss.

A falta de indicación, estimamos que en la primera opción (para jurados), el Código adopta el sistema de la íntima convicción, al no señalar en las reglas de la deliberación, que los jurados deben justificar y fundamentar el veredicto (Arts. 6 y 7 de la opción A del Apéndice II); así como también al disponer que si el veredicto fuere de culpabilidad, en la sentencia se transcribirá las propuestas finales de los intervinientes y el veredicto del colegio de jurados, en lugar de la fundamentación (Art. 9 de la opción A Apéndice II).

Por el contrario, para la segunda opción (escabinos) creemos debe seguirse el sistema de la libre convicción o crítica racional en la valoración de las pruebas, porque para los jueces escabinos rigen las reglas comunes, entre ellas las relativas a esos aspectos (Art. 4 de la opción B. Apéndice II), de manera que los jueces de carrera deberán orientar el análisis crítico de la prueba y asumir la fundamentación de la sentencia.

5. PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA PRODUCCION DE LA PRUEBA

Indicamos que el Código Tipo sigue el principio de libertad probatoria, según el cual todo hecho, circunstancia o elemento de interés para la decisión se puede probar, y puede hacerse por cualquier medio (Art. 148). Asimismo señalamos como ese cuerpo normativo también sigue el principio de la libre convicción, porque no se le asignan criterios al juzgador para establecer el valor de cada prueba, sino que ello debe hacerlo de acuerdo con las circunstancias de cada caso, realizando una motivación suficiente y eficiente.

Estos dos principios básicos, rectores de toda la actividad probatoria realizada en el proceso penal, no implican ausencia de regulaciones, requisitos, y formalidades en el ofrecimiento, la recepción y la valoración de la prueba. En efecto, esos dos sistemas no son absolutos, ni conllevan a una prepotente arbitrariedad del tribunal juzgador. Existen claras limitaciones que provienen de todo el ordenamiento jurídico, comenzando por los Derechos Fundamentales establecidos en las respectivas Constituciones Políticas y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por los países de la región, hasta llegar al propio Código Tipo, que establece las condiciones de admisibilidad (oportunidad y pertinencia), regula el Procedimiento para introducir las pruebas al proceso, señala las limitaciones en ese sentido, así como también establece las prohibiciones relativas a la valoración de la prueba, complementando un cuadro garantístico cuyo

objetivo principal lo constituye el respeto a los derechos básicos de los ciudadanos como límite de la coactividad que caracteriza la investigación en el proceso penal.

Desde una primera perspectiva las limitaciones en general pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Estamos frente a limitaciones **absolutas** cuando la ley no permite que sean investigados ciertos objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones, etc.). En estos supuestos la ley prohíbe el objeto o el tema sobre el que versa la prueba, como resulta de la limitación derivada del Código Tipo al excluir el testimonio de quien deba guardar secreto, sea particular u oficial (Art. 172).

Las limitaciones **relativas** son aquellas que impiden verificar un objeto de prueba recurriendo a ciertos medios de prueba, o cuando se restringe la posibilidad de probar a determinados medios de prueba.²⁴ En este caso la ley prohíbe el uso de ciertos métodos, ya no el tema, como ocurre en el Código Tipo al prohibirse la tortura, los psicofármacos, "sueros de la verdad", la hipnosis, "los detectores de mentiras" etc. (Arts. 45, 148).

Más que prohibiciones constituyen limitaciones probatorias por no tratarse de normas de deber, aunque algunas están apoyadas por mandatos o prohibiciones, son normas referidas a la admisibilidad o inadmisibilidad de un objeto, órgano método de prueba (normas potestativas).

Siguiendo una segunda clasificación, estas abarcan tanto las denominadas prohibiciones o limitaciones relativas a la producción o la práctica de la prueba, como las relativas a la utilización o valoración de la prueba.²⁵

El primer grupo de **limitaciones referidas a la producción o práctica de la prueba**, que indicamos de seguido se descompone a su vez en cuatro subgrupos:

a) El primer subgrupo lo constituyen aquellas limitaciones que **prohíben un concreto tema** como objeto de prueba.²⁶ Tal situación ocurre al protegerse los secretos particulares u oficiales, los cuales no pueden ser objeto de prueba. El Código Tipo señala que no puede ser testigo quien tenga el deber de guardar secreto, ya sea particular u oficial (Art. 172), con lo cual excluye los secretos como tema a probar.

b) Un segundo subgrupo lo constituyen las limitaciones referidas a la imposibilidad de utilizar ciertos

24. J. Maier, *Derecho Procesal...*, Cit. pp. 586 ss.

25. J. Maier, *Derecho Procesal Penal, cit...*, p. 598; y J. López de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pp. 120 ss.

26. E. Florian, *De las pruebas penales, Cit. T. I.*, pp. 245 ss.

medios de prueba, en protección de otros intereses que se estiman superiores en el caso concreto. Tal situación ocurre, por ejemplo, cuando se prohíbe a la policía interrogar al imputado, salvo lo necesario para la identificación (Art. 48 del Código Tipo) cuando se prohíbe el careo del imputado con un testigo, contra el consentimiento del aquel (Art. 51 Código Tipo); o cuando se señala como excepción al principio de libertad probatoria las limitaciones de ley para establecer el estado civil de las personas (Art. 148 del Código Tipo). En esas circunstancias se declaran inadmisibles ciertos medios de prueba para demostrar ciertos hechos.

c) Las limitaciones sobre la producción o práctica de la prueba pueden estar referidas también a declarar inadmisibles el uso de determinados **métodos de prueba**, constituyendo éstas un tercer subgrupo. Así observamos en el Código Tipo como estima inadmisibles "...los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados" (Art. 148, párrafo segundo). En igual sentido se pronuncia al declarar inadmisibles, como método para obtener la declaración del imputado, la coacción, la amenaza, los malos tratos, el agotamiento, la tortura, el engaño, el psicoanálisis, los "sueros de la verdad" la hipnosis, los "detectores de mentiras" (Art. 45). Se trata de excluir el uso de prácticas lesivas de los derechos fundamentales, porque la actividad probatoria tiene un claro límite al mantener, en un Estado de Derecho, el respeto por la dignidad del ser humano. A estos valores fundamentales se agregan otros derechos básicos como la intimidad, la vida privada, la salud, el honor, etc., los cuales si bien pueden ser vulnerados durante la investigación penal, pueden serlo sólo bajo estrictísimas exigencias formales, con autorización del juez y bajo estricto control de sus consecuencias.²⁷

ch) Por último, dentro de las limitaciones referidas a la producción o práctica de las pruebas podemos ubicar un cuarto subgrupo constituido por los **requisitos formales o condiciones** para que la prueba sea introducida legalmente en el proceso. Es cierto que de acuerdo con el principio de libertad de la prueba, esta no es expresamente tasada en la ley, de tal manera que teóricamente se podría recurrir a cualquier medio para probar cualquier hecho, siempre que sea relevante para el descubrimiento de la verdad. Esta libertad de recurrir a cualquier medio no significa que pueda hacerse de cualquier manera. El sistema procesal establece reglas, condiciones, requisitos, procedimientos, que deben cumplirse en cada caso para estimar que la práctica y la incorporación de la prueba se hizo por

medios autorizados. Este grupo de limitaciones pueden ser subdivididas a su vez en:

ch.1) Aquellas referidas a las condiciones y a la oportunidad para ofrecer las pruebas. A este grupo pertenecen todas las limitaciones que pueden extraerse de las reglas relativas al momento y a la oportunidad en que pueden ser ofrecidas las pruebas (Art. 256, 263 inciso 4º; 269 inciso 6º; 271; 283; 285; y 317 del Código Tipo), en cuanto constituyen una limitación para las partes, al no tener una absoluta disponibilidad para ofrecer pruebas en cualquier momento del proceso. Asimismo, forman este grupo las reglas relativas a la pertinencia y a la utilidad de la prueba, en cuanto la actividad probatoria está limitada solo a aquellas que sean pertinentes para el descubrimiento de la verdad. En tal sentido el Código Tipo señala que "un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad" (Art. 148, párrafo segundo). La libertad se tiene, entonces, sólo en cuanto se contribuya con el objeto principal de la investigación.

ch.2) Por otro lado también constituyen un segundo segmento de este cuarto subgrupo de limitaciones, las reglas que establecen un procedimiento para practicar e incorporar las pruebas, puesto que si no se cumplen esos requisitos estaríamos frente a pruebas ilegales o al menos irregulares, las que en algunos casos imposibilitan al tribunal para que le asigne un valor, por no haberse cumplido con el procedimiento. Estas reglas son fijadas en el Código Tipo para la testimonial, la pericial, los registros, las inspecciones, los careos, la documental, etc. (Arts. 150 a 195), sin pretender una enumeración taxativa, porque también se dispone que "además de los medios de prueba previstos en este capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible" (Art. 148 *in fine*). En consecuencia, existe libertad probatoria en cuanto la prueba sea útil (ch.1), pero también, podrá incorporarse al proceso siempre que se cumplan las reglas establecidas para ello (ch.2), constituyendo ambos aspectos limitaciones objetivas para el principio de libertad de la prueba. Esos cuatro segmentos de normas conforman, entonces, el primer grupo de limi-

27. Sobre las limitaciones probatorias derivadas del respeto a los Derechos Fundamentales Cfr. B.P. Borgoñon, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en: Justicia 86, pp. 345 ss. Sobre prácticas probatorias ilícitas Cfr. E. Döhring, *La investigación del Estado de los hechos en el proceso. La prueba*, Buenos Aires, 1972, pp. 192 ss.

taciones referidas a la producción o a la práctica de la prueba.

6. PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA VALORACION DE LA PRUEBA. Alcances de la prueba ilícita

Las limitaciones descritas anteriormente (supra N^o5) se refieren a la práctica y a la producción de prueba. Con base en dichas reglas normalmente se impide que la prueba se introduzca al proceso, cuando el tema está prohibido, o bien que al practicarse e introducirse al proceso se haga cumpliéndose todos y cada uno de los pasos procedimentales estatuidos.

Sin embargo, cuando no obstante esas limitaciones la prueba se practica y se introduce al proceso, aunque no se hayan cumplido todos los supuestos establecidos, (prueba viciada), intervienen entonces el segundo gran grupo de limitaciones o prohibiciones, esta vez referidas a la utilización y a la valoración de esos elementos de prueba, no ya a su práctica y producción.

En efecto, este grupo de prohibiciones limitan el principio de la libre convicción del juzgador en la valoración de la prueba, porque si bien el juez selecciona el material probatorio para fundamentar la decisión y es libre para establecer el grado de credibilidad de cada prueba, esa libertad no se traduce en una facultad irrestricta para seleccionar cualquier elemento de prueba, aún aquellos viciados, como tampoco puede asignarles arbitrariamente un grado de convicción contrario a las reglas mismas de la sana crítica racional (la lógica, la psicología, la experiencia).

La solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es simple cuando estamos frente a **elementos de prueba directamente viciados**: éstos deben ser excluidos de la valoración con el objeto de no darles ninguna utilidad en la decisión final del asunto.²⁸ No obstante ya se ha puesto de relieve que se trata de una solución teórica porque si bien estas pruebas no pueden ser utilizadas para fundamentar el fallo, en muchas ocasiones "han podido lograr el propósito, a veces perfectamente preconcebido, de transmitir una impresión al Juez que difícilmente puede ser borrada posteriormente de su inconsciente".²⁹

Frente a la prueba directamente ilícita, porque se transgredieron las limitaciones señaladas para su producción o práctica (descritas supra N^o5), estimamos que no surgen dos intereses en conflicto. Pareciera que en estos casos surge, por un lado, un interés privado de la defensa, al lesionarse un derecho particular con la obtención de la prueba, y por otro se ubica un interés superior y público, en cuanto interesa a la colectividad

la aplicación del Derecho Penal a quien cometió un hecho delictivo. Pero ese supuesto enfrentamiento es sólo aparente. En estos casos en realidad no colisionan dos intereses, sino que se trata del mismo interés doblemente inobservado. En efecto, existe una lesión al interés público tanto cuando se comete un hecho delictivo como cuando se lesionan otros fundamentales derechos en la investigación judicial motivada en un hecho delictivo. Ello sucede cuando no se observan las reglas básicas en la producción de la prueba. Piénsese, por ejemplo, en la declaración testimonial o la confesión obtenida bajo tortura, o el decomiso de documentos realizado durante un allanamiento de un lugar habitado, sin haberse obtenido previamente una orden judicial, etc. La comunidad está interesada en la represión penal, pero también es de legítimo interés público que el proceso penal seguido contra los ciudadanos acusados no lesione sus derechos fundamentales.

Esta línea garantística y democrática fue la adoptada por el Código Tipo al establecerse por un lado que "todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código", (Art. 149); y por otro al señalar que "no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código..." (Art. 225). En estas normas se establecen dos limitaciones generales para valorar los elementos de prueba incorporados al proceso, reduciendo la amplitud del principio de la libre convicción.

Otras limitaciones más específicas la constituyen las reglas que impiden aprovechar la declaración del imputado para fundar cualquier decisión en su contra, cuando se recibió con inobservancia de los requisitos establecidos. Para valorar esas irregularidades, el juzgador deberá apreciar "...si esas inobservancias fundan la posibilidad de un monoscabo para la libertad de decisión, la memoria, la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado..." (Art. 52 del Código Tipo), estableciendo reglas específicas para orientar la "sana crítica" del tribunal. Apreciamos otra prohibición específica al establecerse la imposibilidad de valorar los actos irreproducible y definitivos practicados en la investigación preliminar y los actos de investigación suplementaria hechos en la fase de jui-

28. J. López de Quiroga, *Las escuchas...*, Cit., pp. 88 ss.; y M. Capelletti, "Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte", en: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, pp. 147 ss.

29. J. M. Asensio Mellado, *La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2*, en: "Poder Judicial" N^o 4, Madrid, p. 38.

cio, cuando se realizan sin la intervención de un defensor y no se estaba en los casos de urgencia (Art. 64).

Desde luego estas limitaciones no son absolutas, en el sentido de que no basta cualquier irregularidad e inobservancia de los procedimientos en la producción de la prueba para que concluyamos por su exclusión (**defectos relativos**). El mismo Código Tipo señala que se podrán valorar esos elementos de prueba, primero, cuando los defectos sean subsanados, siempre que ello sea posible, ya sea renovado el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido (Arts. 225 y 228); y segundo cuando se trata de una irregularidad procesal ante la cual el interesado debió reclamar la subsanación del defecto o protestar por él y no lo hizo oportunamente subsanándose de esa manera el vicio (Arts. 225 y 228). Se excluyen de este deber de protesta oportuna y se entiende siempre como vicios no subsanables (**defectos absolutos**) concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías constitucionales o cuando afecte derechos previstos por los tratados suscritos por el Estado (Art. 227).

Estos mecanismos confirman esa opción exquisitamente democrática acogida en el Código al fortalecer el respeto de los derechos fundamentales en el proceso penal.

Lo anterior pareciera suficiente para estimar resueltos los problemas derivados de la prueba ilícita, y pacífica la solución. Sin embargo, resta abordar un segundo aspecto, quizás uno de los más debatidos por la jurisprudencia y la doctrina, donde las soluciones son siempre controversiales: establecer la incidencia de la prueba ilícita sobre otros elementos de prueba que se obtuvieron gracias a la primera fuente que resulta invalidada.

Concretamente nos referimos al problema que se origina al establecer la posibilidad de utilizar y valorar un elemento de prueba legalmente practicado e introducido debidamente al proceso, es decir que se realizó utilizándose los procedimientos y los mecanismos señalados en la legislación procesal y constitucional, pero del cual se tuvo conocimiento gracias a otro elemento de prueba directamente viciado, es decir practicado sin las formalidades o con inobservancia de derechos fundamentales. Por ejemplo, establecer la validez del testimonio de los policías que presenciaron y filmaron una transacción de droga por haberlo conocido previamente con base en una interceptación ilegítima de las conversaciones telefónicas de uno de los involucrados.

Fundamentalmente y con variantes poco significativas, las soluciones que se han propuesto hasta aho-

ra han sido tres. En primer término una posición conservadora concluye en que deben admitirse y valorarse las pruebas ilícitas, por ser irrelevantes el modo de obtenerlas, y considerarse siempre superior el interés de la colectividad en que no se deje sin castigo una conducta delictiva por causa de un formalismo o tecnicismo procesal, aunque implique sacrificar los intereses del particular en el caso concreto.³⁰

Una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia mantienen una posición totalmente contraria, sea excluir de la valoración la prueba indirectamente ilícita. En efecto, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado la denominada tesis del **fruto del árbol envenenado**,³¹ lo que también se conoce como la **regla de exclusión** o la **doctrina de la supresión**,³² según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar un posición contraria a la del imputado en el proceso penal. En tales supuestos deben excluirse o suprimirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de una violación de los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea sólo indirecta. En otras palabras, si el acto regular no hubiere existido sin la inobservancia anterior de una regla esencial, el conocimiento adquirido con base en el acto viciado también comprende el acto regular, como efecto reflejo, directo y necesario, del acto irregular, es decir como fruto del árbol envenenado. Para ello debe recurrirse a lo que en doctrina se señala como la **supresión mental hipotética**.³³ Mentalmente se suprime el acto viciado y se examina si siempre se hubiera arribado al acto regular y por tanto, al conocimiento que dio origen al acto mediato. Si suprimida la irregularidad, es posible concluir que también se hubiera

30. Véase una recopilación de estas posturas hecha por J. López de Quiroga, *Las escuchas...*, Cit., pp. 86 a 88.

31. M. Scaparone, "Common law" e processo penale, Milano, 1974, pp. 161 ss.

32. J. Maier, *Derecho procesal penal*, Cit., p. 462 ss.; J.I. Catterata Norez, "La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales" en *Temas de derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1988, pp. 193 y ss.; J. López Quiroga, *Las escuchas...*, Cit., pp. 88 ss.; De Marino, "Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba", en: *Primeras Jornadas de derecho Judicial*, Madrid, 1983, pp. 609 ss.

33. Método descrito por F. de la Rúa, *El recurso de casación*, cit., p. 175. Vittorio Grevi afirma que al declararse nulo el interrogatorio policial del imputado, la nulidad se comunica en general a todos los actos sucesivos ligados por un nexo de dependencia sustancial con el interrogatorio, en: "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 360.

arribado al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, de lo contrario debe suprimirse. Se trata de establecer o descartar una relación de causa-efecto, en donde el acto viciado tendría que ser la causa del acto cuestionado para excluirlo.

Nuevamente aquí tenemos que indicar que no existen dos intereses en conflicto, porque si bien es de interés de la comunidad que los delitos sean sancionados, así como también que en la administración de la justicia resplandezca la verdad, también interesa a la colectividad que la investigación y el juzgamiento penal se realicen sin lesionar arbitrariamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

"La razón de ser de esta regla de exclusión parece evidente: desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó, políticamente, que, a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva, él constituye un método reglado -no libre- para arribar a ese fin, con lo que se excluyeron, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre el fin de arribar a la verdad histórica...no justifica los medios de investigación... La razón ética -el Estado no puede aprovecharse de lo que él mismo ha prohibido- y utilitaria y correctiva -desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándose como ineficaces procesalmente, que postulan los tribunales para justificar la regla de exclusión, según se observó anteriormente, sólo son consecuencias beneficiosas de este modo de proceder".³⁴

Desde luego, la regla de exclusión es sólo para la prueba que afecte al imputado, pues aquella que lo pueda favorecer puede ser utilizada aún cuando se hubiere practicado con inobservancia de las formalidades,³⁵ aspecto que se desprende en forma clara del Código Tipo al disponer ya en el artículo primero que "la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio", lo que equivale a señalar que si puede invocarse en su favor.

La jurisprudencia norteamericana ha aplicado la regla de la exclusión de las pruebas indirectamente viciadas³⁶ lo mismo que la Argentina, aunque con mayores reservas.³⁷

Una posición intermedia, frente a las dos tesis anteriores (que admiten o niegan la regla de exclusión de la prueba indirectamente viciada), la asumen algunos autores al afirmar que no es posible establecer reglas fijas para admitir o rechazar la prueba en general ilícita, sino que ello debe establecerse caso por caso, tomando en consideración muy diversos factores que

deben analizarse en concreto, para poder llegar a alguna conclusión. Así por ejemplo, si un policía realiza un allanamiento sin autorización y decomisa un elemento de prueba, debe examinarse si el juez pudo haber autorizado ese acto, resultando irrelevante la conducta ilícita del funcionario policial.³⁸

Esta posición intermedia es más cercana a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la de los tribunales españoles e italianos en general.³⁹ En los tribunales costarricenses no encontramos una posición claramente definida; sin embargo conviene destacar que la casación penal ha sostenido que si bien no es admisible tomar en consideración lo narrado por el acusado ante la policía judicial, estas declaraciones pueden tomarse en cuenta cuando lo gran tener sustento en otros elementos de prueba y no sólo en el dicho de los policías.⁴⁰ En Brasil la nueva Constitución Federal de 1988, expresamente establece que "son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos" (Art. 5 inciso LVI), acogiendo un sentimiento nacional de los juristas de ese país.⁴¹

Solucionar el problema de los efectos reflejos de la prueba ilícita sobre prueba lícita no es sencillo. El Código Tipo no contiene una recomendación expresa.

34. J. Maier, *Derecho Procesal Penal...*, Cit., pp. 470 y ss.

35. F. Cordero, "Prove illecite nel processo penale", en: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1961, p. 54.

36. M. Scaparone, "*Common law e processo penale*", Cit., pp. 161 ss.

37. J. P. Bertolino, *Prueba y juicio...*, Cit., p. 5; J.I. Cafferata Nores, *La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*, Cit., pp. 193 ss.

38. F. Cordero, *Procedura Penale*, Milano, 1979 5ª ed., pp. 659 ss.; Del mismo, *Prove illecite nel processo penale*, Cit., pp. 45 ss.; Nuvoione, "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino", en: *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 472.

39. Autores antes citados, y J. López de Quiroga, *Las escuchas...*, Cit., p. 101 ss.; B. P. Borgoñon, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, Cit. pp. 355 ss.

40. Sentencia de la Sala 3ª C.S.J. N° 159-F de 8:30 Hrs. del 10 de julio de 1986. Asimismo, tanto la casación penal como la Sala Constitucional han señalado que la existencia de una prueba ilegal no invalida una sentencia condenatoria, si del resto de los elementos de prueba es posible derivar la misma conclusión de culpabilidad. Sentencias de la Sala Constitucional N° 1345-90 de 14:39 Hrs. 24 de octubre de 1990 y N° 15-91 de 14:28 Hrs. 4 enero de 1991; y Sentencia de la Sala Tercera de la C.S.J. N° 362-F de 9:15 Hrs del 27 de junio de 1991. Cfr. D. Carrera, "Testimonio del policía por el cual se introduce al debate la declaración del imputado", en: *Doctrina Penal* N° 0, Buenos Aires, 1977, pp. 59 ss.

41. J.R. Gaviao de Almeida y L.F. Vaggione, *Aspectos do tema prova e juizo no direito brasileiro*, Cit., pp. 10 ss.

Los artículos 149 y 225, antes citados, se refieren evidentemente a elementos de prueba directamente lícitos o ilícitos, y no regula el problema de los elementos de prueba reproducidos en forma regular pero obtenidos con base en el conocimiento derivado de una prueba ilícita. Estimamos el tema de crucial trascendencia, y si bien en la mayoría de los países la solución se ha dejado en manos de los Tribunales, creemos que ello no debe ser así siempre. Ya la jurisprudencia perfila las bases para regular normativamente una solución. El ejemplo más claro en este sentido lo constituye sin duda la **Constitución de 1987 de la Provincia de Córdoba**, Argentina, la cual no sólo reguló el problema sino además lo hizo a nivel constitucional, señalando con una fórmula simple pero de un gran significado político jurídico que **"Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella"** (Art. 41, párrafo tercero). Así como esa Provincia fue pionera en acoger un sistema procesal mixto moderno de tendencia marcadamente acusatoria, y ha sido cuna de grandes procesalistas del área penal, hoy de nuevo primea al ofrecer una solución viable, que lleva mayor seguridad jurídica y certeza, al excluir del proceso penal e inutilizar cualquier práctica probatoria viciada, llevando sus efectos a los elementos de prueba que, aunque lícitos, se derivaron de la violación anterior.⁴²

En efecto, creemos que la mejor manera de solucionar el problema es que el tema sea discutido en un foro político, donde se adopten las directrices generales que habrán de orientar al juzgador, y si no es factible incrustar el principio en la Constitución, al menos sería deseable que se disponga de una norma legal en el Código Procesal respectivo.

7. A MODO DE CONCLUSION: El imputado como objeto de prueba en su perjuicio

La posición del imputado o acusado dentro del proceso penal ha sido motivo de profundo análisis y controversia. Desde épocas en que la confesión resultaba ser la madre de las pruebas y la tortura el mejor instrumento procesal para obtenerla, hasta llegar hoy casi unánimemente a reconocer un estado de inocencia que se articula en cada uno de los pasos del rito penal, no sin tropiezos, superando grandes escollos y excepciones.

El dilema *ius puniendi versus ius libertatis* no siempre se ha resuelto de igual manera a lo largo de la historia, y es uno de los aspectos menos comprendidos por los ciudadanos, que generalmente alarmados por los medios de comunicación colectiva, frente al aparente aumento de la criminalidad claman por una actitud "más firme" (léase más represiva y dura) del sistema penal. Ya sabios consejos nos han enseñado que ante esos embates "el magistrado debe alejar de su mente, con todo cuidado, cuanto pueda llevarlo a error, determinando insidiosos prejuicios... Un espíritu presidido por austeros principios morales, animado por una casi religiosa idea del deber, puede encontrarse expuesto al peligro de la injusticia y de la iniquidad, tanto, y acaso más, que un espíritu moralmente menos rígido... Si la excesiva rigidez y la pedantería moral, determinadas siempre por escasez de inteligencia o de humanidad, son nocivas en cualquier relación social, lo son en sumo grado en la administración de la justicia".⁴³

La mejor protección contra el exceso formalismo y la rigidez represiva ha sido la de situar como límite de la investigación penal los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso en favor del acusado.

Poco a poco se llegaron a moldear una gama de principios básicos en tutela de los derechos del acusado, tales como el *favor rei*, el *favor libertatis*, y el *indubio pro reo*, el derecho al silencio, etc.⁴⁴ Siguiendo esa orientación el Código Tipo acoge y desarrolla esos principios. Así, la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no puede hacerse valer en su perjuicio, aún cuando él hubiere dado consentimiento expreso para infringir dicha regla (Arts. 1, párrafo final y 52); se reconoce como principio un verdadero estado de inocencia, no ya una presunción (Art. 3, párrafo primero); se estipula como restrictiva toda interpretación de una norma que coarte el derecho de libertad del imputado o el ejercicio de una facultad (Art. 3, párrafo segundo, y 7); se le otorga carácter de excepcionales y taxativas a las medidas de coerción autorizadas por el Código (Arts. 3, párrafo tercero y 196); se establece el derecho del imputado a guardar silencio (Arts. 41 y 42); se prohíbe expresamente el uso de métodos que menoscaben la libre

42. Véase los comentarios de J.I. Cafferata Nores, *La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*, Cit., pp. 193 ss.

43. V. Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1952, V. III, pp. 199 y 200.

44. V. Grevi, "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Cit., pp. 249 ss.; M. Gómez del Castillo y Gómez, *El comportamiento procesal del imputado*, en: "Enciclopedia del Diritto", T. XVII, 1968, pp. 1 ss.; y en esa misma enciclopedia y tomo G. Lozzi, *Favor rei*, pp. 10 ss.

decisión del imputado, tales como la coacción, amenazas, tortura, engaño, psicofármacos, "sueros de la verdad", "detectores de mentiras", hipnosis, etc. (Arts. 45, párrafo segundo y 148); se señala que el imputado no está obligado a carearse (Art. 51); ni tampoco en una reconstrucción (Art. 159); que la prisión preventiva se puede aplicar sólo por razones procesales y no como un anticipo de la pena, debiendo tratarse al imputado como inocente (Arts. 202 y 217); y en general, se prohíbe el empleo de prácticas probatorias que impliquen violación de derechos fundamentales, salvo los casos estrictamente autorizados (Arts. 148); etc.

De lo anterior podemos concluir, como Gómez, que "en definitiva, el imputado no está, no puede o no debe estar, sometido al principio de probidad procesal; no puede exigírsele que actúe con buena fe y veracidad; no puede obligársele a que realice o diga lo que no desea; no puede constreñírsele a que suministre hechos y pruebas en su propio detrimento; tiene el imputado el derecho de callar o de mentir y, paralelamente, no soporta el deber de decir verdad".⁴⁵

Sin embargo, el Código Tipo no está definitivamente ubicado en ese rumbo, porque admite algunas interferencias sobre el imputado, dignas de puntualizar. En efecto, en el artículo 38 expresamente autoriza disponer investigaciones corporales sobre el imputado, aún sin su consentimiento (es decir por la fuerza), para constatar circunstancias de interés para resolver el caso. Se indica que con esa finalidad son admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales sobre el imputado "...cuando no fuere de temer perjuicio para su salud", es decir condicionado a los temores de funcionario público, quien -si fuere temerario- podría ir mucho más allá que lo proyectado en la norma. Finalmente se agrega, en ese mismo artículo, que esas investigaciones pueden ser ordenadas incluso por el Ministerio Público o la policía durante el procedimiento preparatorio "...siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa...", caso en el cual deberá obtener autorización del juez (Art. 38). En otras palabras será el criterio policial el que determine cuando interviene el juez, pues la autorización está sujeta a que el policía estime "riesgosa" la prueba. En todo caso, ninguna garantía existe para el imputado con el hecho de que el juez autorice la prueba, pues siempre que no se obtenga el consentimiento del imputado se estarían lesionando principios básicos como el de inocencia, el de integridad física y en ocasiones hasta el de integridad moral (piénsese por ejemplo, en extracción de semen, cuando se le obliga a masturbarse).⁴⁶

En igual sentido, individualizamos otras recomendaciones, como la del artículo 193, que expresa-

mente señala que el reconocimiento procede aún sin el consentimiento del imputado. No imaginamos a un acusado obligado a pararse junto con otras personas en una "rueda de presos" para ser reconocido, salvo que preste su concurso. Obligarlo podría conducir a amarrarlo, o sujetarlo de tal manera que podría facilitar su propio reconocimiento.⁴⁷

Estas recomendaciones que contiene el Código Tipo podrían contribuir a los fines del proceso (descubrimiento de la verdad, así como también satisfacer los intereses públicos en la aplicación de la pena a los culpables, frente a un Estado altamente democrático, con intervención de jueces honestos e independientes, y donde se realice una vigilancia ciudadana en la administración de justicia (transparencia), pero también pueden dar margen a una distorsionada represión policial en perjuicio de esa misma seguridad ciudadana y de la misma administración de justicia, sobre todo si observamos un poco la historia de algunos de los países de la región.

El derecho al silencio se instauró en favor del acusado para desterrar la tortura dirigida a obtener la confesión. Sin embargo, hoy día los avances de la técnica son tales, que los órganos represivos no necesitan de la confesión del acusado para autoincriminarlo, basta hacerlo hablar y extraer de él mismo, los elementos de prueba que servirán para los mismos efectos. La garantía del silencio pretende erradicar el interrogatorio policial coactivo, pero esa garantía pierde eficacia hoy, cuando tiene mayor crédito probatorio (validez) un pelo o una extracción de sangre que la confesión del acusado ante la policía.

Admitir la práctica de esas pruebas contra el consentimiento del propio acusado equivale reintalar épocas en que reinaba el interrogatorio policial como método más eficaz y directo de investigación criminal, solo que ahora se interrogaría para que el acusado

45. M Gómez del Castillo y Gómez, *El comportamiento procesal del imputado*, Cit., p. 138.

46. En Costa Rica la Sala Constitucional ha señalado que: "...en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma ni importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieren colaboración pasiva del imputado v. gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de ley, según corresponda..." **Sala Constitucional**, sentencia N° 556-91 de 14:10 Hrs. del 20 de marzo de 1991.

47. En favor de la obligatoriedad J. I. Cafferata Nores, *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*, Córdoba, 1980, pp. 44 y 45.

suministre las pruebas en su propio perjuicio, sin hacerlo firmar una declaración.

Creemos que la conciencia contemporánea, informada de principios básicos en favor de la persona; no puede aceptar como válida esas propuesta del Código Tipo, que también encontramos en otros códigos procesales vigentes. Al menos estimamos necesario establecer un principio rector según el cual al **imputado no debe utilizársele como objeto, elemento, o**

fFuente de prueba en perjuicio y sin su consentimiento, salvo los casos expresamente establecidos en la ley.

En otras palabras, parece necesario invertir los principios y establecer como regla la prohibición, salvo los casos expresamente autorizados, que podrían ser tales como los exámenes médicos, psiquiátricos, psicológicos, mentales, y sociales que deban practicarse al acusado, así como los exámenes físicos, las inspecciones corporales, y la requisita, que también recomienda el Código Tipo (Arts. 37 y 157).

EL AUMENTO DE LAS PENAS EN COSTA RICA*

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Director General de ILANUD

Me honran solicitándome un parecer escrito sobre el proyecto de ley que reforma varios artículos del Código Penal, adiciona al mismo un artículo 58 bis y modifica el artículo 298 del código de procedimientos penales (Expediente N° 11.2870).

Después de una atenta lectura del proyecto que tuvieran la gentileza de hacerme llegar, redacté unas notas para la exposición oral del día, a las que doy ahora forma de parecer escrito, en los siguiente términos.

1. Fundamentos:

a. En cuanto a homicidios:

La exposición de motivos del proyecto señala el aumento alarmante de la criminalidad en Costa Rica, asegurando que alcanza límites intolerables y gravísimos. Esta afirmación no viene acompañada con ningún género de prueba empírica o dato ilustrativo objetivo.

La exposición no indica a qué tipo de delitos se refiere, pero en razón de los artículos del código penal cuya reforma se propone, debo entender que la alarma está referida básicamente a delitos de homicidio y a delitos sexuales. Es menester formular esta precisión porque la criminalidad, al igual que la enfermedad y otros conceptos genéricos, no designan un fenómeno homogéneo, sino una totalidad en la que se presentan hechos sumamente diversos desde el punto de vista de su desvalor social, de su aparición, de sus consecuencias y, por ende, de su prevención. Por consiguiente, es absolutamente imposible comprobar un aumento de la criminalidad "en general". En lugar, lo que es posible hacer -y de hecho se hace- es el seguimiento del ritmo de ciertos fenómenos criminales concretos, como pueden ser los homicidios o los delitos sexuales, pese a que esta tarea no es siempre sencilla en términos metodológicos.

Conforme a los datos que obran en mi poder, fruto de diversas investigaciones llevadas a cabo en

nuestro Instituto y que se hallan en curso de publicación, en Costa Rica no se ha registrado aumento alarmante de los homicidios en los últimos diez años. La tasa de homicidios por 100.000 habitantes mantiene el mismo nivel en la última década, incluso con alguna pequeña tendencia descendente, tal como se desprende del cuadro adjunto.

Para 1991, sobre una población de 3.087.685 habitantes, los homicidios registrados en los primeros seis meses han sido 66, lo que de repetirse la cifra en el segundo semestre, daría una proyección de 132 homicidios en el año, con una tasa por 100.000 habitantes de 4.3, ligeramente inferior a la del año 1990 y a la del año 1980. De cualquier manera, debemos advertir que como se trata de un universo pequeño, muy pocos hechos pueden generar modificaciones decimales significativas.

Cuadro
HECHOS DE HOMICIDIO Y TASA X 100.000 HABITANTES
COSTA RICA 1980-1990

Año	H. De Homicidio	Habitantes	Tasa x 100.000
1980	101	2.284.495	4.4
1981	103	2.353.128	4.4
1982	84	2.423.835	3.5
1983	95	2.495.984	3.8
1984	97	2.568.940	3.8
1985	108	2.642.073	4
1986	103	2.715.831	3.8
1987	113	2.790.635	4.
1988	117	2.865.813	4
1989	116	2.940.690	3.9
1990	139	3.014.598	4.6

* Informe suministrado a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, donde se discuten varios proyectos de ley para aumentar las penas, en noviembre de 1991.

Determinar la gravedad del fenómeno requiere apelar a algún parámetro, y éste no puede ser otro que las tasas anteriores del mismo país (en el cual vemos que en más de una década no ha variado significativamente) y las tasas de otros países. Para ello, en primer lugar debemos elegir países de la misma región latinoamericana y, entre ellos, descartar los que tienen particulares fenómenos de violencia política o de violencia común, y elegir países considerados más o menos pacificados. Si comparamos las tasas de esos países (Argentina, Chile, Venezuela, Uruguay) con la de Costa Rica, veremos que la tasa costarricense es siempre inferior a las de todos los mencionados, conforme se desprende de los siguiente datos:

Pais	Año	Total Homicidios	Tasa X 100.000
Costa Rica	1990	139	4.6
Argentina	1989	2.720	8.5
Chile	1989	773	6
Venezuela	1989	2.513	13
Uruguay	1987	159	5.2

Costa Rica: Cifra de homicidios proporcionada por la Sección de Estadística del Poder Judicial.

Argentina: Cifra de homicidios proporcionada por el Departamento de Estadísticas del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal del Ministerio de Educación y Justicia.

Chile: Anuario de Estadísticas Policiales 1989. Cuadro 8 "Delitos Investigados por zonas policiales, según delitos": 24-25.

Venezuela: "Casos conocidos clasificados por tipo de delito", Boletín de Estadística Delictiva 1980-1989, Caracas 1990;12. Oficina Sectorial de Planificación y Presupuesto; División de Estadística y Análisis. Ministerio de Hacienda.

Uruguay: Anuario Estadístico 1989, Cuadro Nº 6.03. Dirección General de Estadística y Censos, 1989.

Se desprende de la información reportada que la Argentina duplica la tasa de Costa Rica y que Venezuela la triplica, en tanto que Chile la supera y, particularmente, un país con tradición pacífica, población relativamente adulta (escasa población joven) y cantidad y territorio análogo, como es Uruguay, también supera a Costa Rica.

Creo que un país como Costa Rica, con población predominantemente joven, natalidad alta, enclavado en la última década en una subregión en guerra, ha conseguido mantener una tasa de homicidios muy baja, lo que constituye un logro del que debiera felicitarse, pues no es poco mérito cuando se sufren las inevitables consecuencias de las situaciones bélicas

cercanas. No se trata sólo de haber mantenido pacificada a su población, sino de haber conseguido asimilar de modo pacífico a los desplazados por la conflictividad regional. Esto habla muy bien de la habilidad de la dirigencia en sortear una coyuntura difícil.

De cualquier manera, la información que tenemos y que hemos podido recoger hasta ahora, nos permite afirmar que Costa Rica pareciera registrar la tasa de homicidios más baja de América Latina y, con toda seguridad, una de las más bajas.

Fuera de América Latina, los Estados Unidos duplican la tasa de Costa Rica (9.5) y la ex-URSS la supera, en tanto que países con fama pacífica, como Holanda, curiosamente, casi la triplica. Es verdad que hay algunos países que presentan tasa análogas o inferiores. Un poco superior es la de Italia (5), en tanto que tienen tasa de menor entidad Canadá, Austria, Grecia, Inglaterra, Noruega.

No me cabe duda que sería deseable reducir aún más la tasa actual y acercarse a los países con inferior tasa, pero esto creo que debiera ser gestado con calma, estudiando más cercanamente el fenómeno homicida en Costa Rica, estableciendo los riesgos de victimización según la frecuencia de ocasión (familia, vecindario, robo, etc.) Lo que es incuestionable que en ningún caso puede encararse una prevención del homicidio en Costa Rica partiendo de la premisa de que se trata de un fenómeno que opera por brotes crecientes y alarmantes, porque sería inexacto y la prevención ensayada sobre base errada no tiene posibilidades de éxito. Lo correcto es encarar una prevención bien planificada, partiendo de los datos reales, conforme a los cuales se trata de un fenómeno de baja frecuencia comparativa, sostenida por lo menos desde 1980 y con leve tendencia descendente.

2. Consideraciones particulares sobre el homicidio

Lo que acabo de expresar debe entenderse en el marco de ciertos presupuestos criminológicos, usualmente ignorados por los medios masivos y, por ende, por el público, pero ampliamente difundidos en los medios técnicos mínimamente serios.

a. El homicidio que ocupa preferentemente a los medios masivos y por esa vía provoca gran alarma social, por lo general es el homicidio en ocasión de robo y el homicidio patológico violentísimo. Estos homicidios prácticamente no tienen cifra negra: debido a que en ambos la violencia es manifiesta, casi todos los hechos se conocen y registran, lo que no sucede con otros delitos y ni siquiera con otras modalidades del homicidio.

b. Si bien en las investigaciones obrantes en el ILANUD no se distingue entre homicidios extra-grupales y patológicos por un lado, y homicidios intra-grupales por otro. La experiencia de muchos países nos indica que el riesgo de victimización homicida suele ser mayor o como máximo parejo en circunstancias intra-grupales (homicidio entre conocidos en el trabajo, en la familia, en el vecindario, etc.) que entre desconocidos o extragrupalmente.

c. Los homicidios patológicos, que provocan la atención preferente de los medios masivos y cierto interés morboso (criminológicamente no existe una interpretación unívoca de este interés), son muy pocos y no hay sociedad que no los registre, por desarrollada que sea. Impactan en la memoria popular y dan lugar a curiosas fábulas y tradiciones, especialmente cuando hay multiplicidad de víctimas. Cuando el número es alto se llaman "asesinos de masa", como Landrú, Pétion, el "Vampiro de Düsseldorf", etc. cuya memoria se conserva por décadas y siglos y excita la imaginación de los literatos y autores de folletines.

Hasta hoy no conocemos formas de prevención posibles para estos hechos aislados y terribles, justamente por su fondo patológico que los hace imprevisibles. Por supuesto que tampoco la pena constituye ninguna solución en estos casos, porque es pacífica la opinión de que no tiene idoneidad preventiva ninguna, dada la motivación patológica. Estos hechos son más bien materia de los estudiosos de la salud mental y su escasísima frecuencia contrasta con su amplísima difusión y fijación. El asesinato del Dr. Moreno Cañas es un buen ejemplo nacional, suficientemente lejano en el tiempo.

3. Delitos sexuales

La cuantificación en estos delitos, al igual que en los delitos patrimoniales, es mucho más difícil que en los homicidios "criminosos" y patológicos. Es incuestionable que los hechos denunciados son mucho menos que los hechos reales, puesto que en el delito sexual existe una marcada tendencia a la ocultación, entre otras razones por la forma de comisión, porque la víctima suele ser incapaz o porque siendo capaz teme a la vergüenza pública o al escarnio de las autoridades o de la prensa, fenómeno particularmente agudo en sociedades machistas y más o menos patriarcales.

No es imposible estimar aproximadamente la cuantía real de estos delitos, pero esta investigación requiere muestreos bastante complicados, que no nos

consta que se hayan realizados en Costa Rica y mucho menos respecto de todos los delitos sexuales.

No obstante, lo cierto es que la tendencia a denunciar tiene una dinámica independiente del número real de hechos cometidos, porque responde a factores diferentes de los que operan sobre la frecuencia delictiva. Dicho de otro modo: nunca hay tantas denuncias como delitos y puede aumentar el número de denuncias y disminuir al mismo tiempo el de delitos o viceversa, aumentar el número de delitos y disminuir el de denuncias.

Lo que sucede en este momento en Costa Rica es que los diarios dan cuenta de un número de denuncias que parece ser mayor que otrora, en lo que hace el área de delitos sexuales y particularmente con víctimas menores e intra-grupales (intrafamiliares), aunque también de delitos sexuales violentos.

La cuestión estriba en establecer si este fenómeno constituye la indicación de un mayor número de hechos o de una mayor tendencia a la denuncia.

Me es imposible proporcionar una respuesta asertiva, porque no existe ningún dato objetivo disponible. No obstante, creo que teniendo en cuenta que ambos fenómenos son independientes, cabe preguntarse si ha habido factores detectables que incidan sobre la frecuencia o sobre la disposición a la denuncia. Estimo que hay algunas pistas dindicadoras o indiciarias, que serían las siguientes:

a. No hay razón alguna para pensar que en las pautas sexuales y culturales costarricenses se haya producido un cambio abrupto en los últimos años, capaz de generar un brote de delitos sexuales.

b. En lugar, hay razones para pensar en cambios que haya determinado una mayor tendencias a la denuncia y a la desocultación de estos delitos. Se han realizado campañas públicas y de educación de muy alta calidad para prevenir delitos sexuales contra mujeres y menores. El éxito de estas campañas es justamente la mejor disposición a la denuncia por parte de las víctimas adultas y la mejor capacidad para detectar y denunciar la victimización de menores por parte de educadores, asistentes sociales, personal médico, incluso vecinos.

En estas condiciones, y pese a que la cuestión requiere una investigación, provisionalmente no podemos ignorar que hay indicadores que me inclinan a pensar que nos hallamos ante un fenómeno que no es nuevo ni que evoluciona por brotes insólitos e inexplicables, sino frente a un proceso que responde a causas más constantes, pero en torno del cual se ha desarrollado un alto grado de conciencia pública, lo que constituye el presupuesto o primer paso necesario para ensayar su posterior control.

Estimo que es un progreso social innegable que la mujer costarricense haya perdido el temor de denunciar delitos y abusos sexuales y que las instancias de control social formal e informal se hallen mejor dotadas y más alertas para detectar los crímenes sexuales contra menores, pero sería un gravísimo error interpretar ese avance como una explosión de delitos sexuales en el país, porque se distorsionaría toda la perspectiva y, consiguientemente, se imposibilitaría cualquier abordaje preventivo racional y eficaz.

Es muy diferente la prevención y el control de un fenómeno social en curso que el de un fenómeno que surge abruptamente y, por ende, para no errar el camino preventivo adecuado, no puede caerse en el error de confundir la desocultación del fenómeno con su producción misma. Además, esta confusión tendría efectos sociales nefastos: neutralizaría todo el éxito de lo que ya es un considerable avance, que es la desnormalización del fenómeno. Lo que hasta hace poco no se percibía o se percibía como más o menos "normal", pasó recientemente a percibirse como anormal y, por ende, lo que no era considerado "problema" es hoy considerado problema. Si en estas circunstancias creemos que ésto es sólo un brote insólito, no hacemos más que volver a ocultar el problema desproblematizamos lo que es problemático, lo reducimos a un brote inexplicable de psicópatas sexuales, y esa nueva ocultación constituiría un regresión social.

4. El aumento de las penas: su discutible eficacia

La propuesta legislativa que se me remite propugna una elevación de las penas en delitos de homicidio y sexuales, aunque también contiene propuestas que aumentan las penas o hacen más penosa la condena por cualquier delito. En principio, si la alarma la producen los delitos de homicidio y sexuales, no vemos las razones por las que deban aumentarse las condiciones de ejecución o cumplimiento de las penas de otros delitos muy inferiores en gravedad, pero esto puede ser un mero defecto técnico susceptible de corregirse rápidamente. Creo que la intención del proyecto es, básicamente, agravar las penas de los delitos de homicidio y sexuales, basado en que las penas más largas de prisión tendrían mayor eficacia preventiva.

Cabe consignar que la presuposición acrítica de la eficacia preventiva de la pena es algo muy recurrido en ámbitos periodísticos, políticos y jurídicos, entendiéndose por estos últimos a los penalistas que sólo manejan información normativa, pero que desconoce absolutamente la criminología, pero en el terreno cri-

minológico y político-criminal la eficacia preventiva de la pena en general es objeto de muy serias dudas, que sería imposible analizar aquí, porque la literatura al respecto es casi inabarcable. Algo análogo sucede con el concepto de "resocialización".

De todas maneras, lo que está fuera de duda es que la pena de prisión de larga duración tiene escasa o nula eficacia preventiva respecto de delitos muy graves, como son los homicidios o los sexuales violentos. Las motivaciones de estos hechos son demasiado tortuosas como para creer simplistamente que la amenaza de cinco o diez años más de pena las neutralicen.

La discusión sobre la eficacia preventiva de la pena se centra en delitos de menor y mediano contenido de injusto, pero cuanto más grave es el delito, menor es la seguridad acerca de la eficacia preventiva de ninguna amenaza penal, hasta llegar al hecho que bordea lo patológico o cae directamente en ello, es decir, el hecho aberrante, en que su ineficacia es prácticamente absoluta.

En palabras más simples: puede ser que cualquiera de nosotros esté tentado de cometer una pequeña defraudación fiscal o un delito cambiario de escaso volumen y que la amenaza penal nos disuada, pero ninguno de nosotros se abstiene de cometer un parricidio alevoso por mero temor a la pena, sino por razones mucho más profundas y ajenas a la cuantía de la pena.

Observo, por ende, que el proyecto de reformas apunta precisamente a los pocos delitos sumamente graves, en que la ineficacia de la cuantía de la pena está casi fuera de la discusión criminológica.

5. La pena de prisión de larga duración

Cualquier institucionalización total prolongada (manicomial, asilar, etc.) es deteriorante y la prisonización no escapa a esa regla. El consenso técnico a este respecto es casi unánime. Casi nadie duda de que la pena que supera los veinte años de prisión deteriora en forma irreversible, incluso en las mejores condiciones de cumplimiento.

Pero, además, y esto es muy curioso, la pena superior a los veinte años no se cumple y casi podría afirmar que no puede cumplirse. No hay sistema penal de Europa y de América Latina en que se cumplan efectivamente penas de treinta o cuarenta años, porque ninguna administración carga con ellas. Es absolutamente ilusorio pensar que una pena de prisión de treinta años impuesta hoy se seguirá cumpliendo sin más trámite hasta el año 2.021, cuando ninguno de nosotros esté en funciones y tal vez ni siquiera en este

mundo, cuando la opinión pública se haya olvidado del hecho, cuando el penado sea un anciano sin posibilidades laborales y cuando la administración penitenciaria tenga otros problemas y necesidades que hoy no podemos imaginar. En la realidad esto no sucede y las penas perpetuas no son perpetuas, porque ninguna administración penitenciaria carga con ancianos ya inofensivos.

La pena superior a veinte años de prisión viola un límite de la realidad, de la dinámica del tiempo. Puede establecerse y hasta imponerse, pero no se cumple y no estaremos para reclamar su incumplimiento.

Por otra parte, el curso vital de una persona en veinte años, particularmente entre los veinticinco y cuarenta y cinco, modifica la personalidad lo suficiente como para dudar de su anterior identidad. Si cualquiera de nosotros piensa en la transformación sufrida entre los veinte y los cuarenta años se percatará de lo que esa pena puede significar. Además, tratándose de hechos violentos, todo indica que con la edad disminuye el nivel de la tendencia a la violencia.

Debo aclarar que conforme a códigos como el italiano o el español, pareciera que las penas son larguísimas, pero en la realidad de esos países, por efecto de la legislación penitenciaria, casi nadie queda preso más de once o doce años, al menos en delitos no políticos.

En varios países latinoamericanos esa función la cumplen las conmutaciones de penas de los poderes ejecutivos.

En cuanto a los máximos penales, creo que un sistema penal debe tratar de ser sincero y el código penal no debe engañar a la población y conminar penas racionales pero que se cumplan y no establecer máximos irracionales, pero que son ilusorios desde el inicio, porque todos sabemos que no se cumplirán; porque nuestros hijos y nietos no estarán dispuestos a cargar con ellos y con sus costos sociales, en detrimento de los problemas que deberán afrontar en su presente.

6. La elevación de los mínimos de las escalas penales

La cuestión de los mínimos de las escalas penales es otro problema muy debatido. La tendencia en la legislación comparada de los últimos lustros renuncia a la vieja y desprestigiada idea de los mínimos altos establecidos en función de la prevención general y, por ende, se inclina a permitir una mayor racionalidad en las sentencias, permitiendo que los jueces, en cada caso y en función de los máximos, individualicen las penas o la penalidad en una cuantía que sea adecuada al contenido concreto de injusto y de culpabilidad del hecho particu-

lar, sin tener el límite de un mínimo penal que puede dar lugar a sentencias inconstitucionales por irracionalidad de la pena (desproporción entre la pena y el contenido injusto y culpable del hecho particular).

La adecuación de la pena, teniendo como indicador el máximo, es una tarea judicial, porque el legislador no puede prever todas las circunstancias que operan sobre el nivel de injusto y de culpabilidad en cada caso.

En pocas ocasiones la legislación comparada opta por suprimir directamente los mínimos penales, pero en muchos casos lo hace por la vía más encubierta de las llamadas eximentes incompletas, lo que en la práctica equivale a lo mismo.

La flexibilización de los mínimos de las escalas penales reduce la irracionalidad de las sentencias, por lo que considero que se trata de una tendencia altamente positiva en las legislaciones modernas.

7. El peligro de la "seguridad pública" o "ciudadana" como ideología

No puedo ocultar un fenómeno que en América Latina es muy preocupante: en tanto que los medios masivos de comunicación social, por mero afán de venta o "rating" o por carecer de noticias sensacionales en tiempos de paz social, se encargan de generar una alarma pública que generalmente no se funda en hechos sociales comprobados y que, al mismo tiempo, constituye una instigación pública al delito, no faltan sectores antidemocráticos minoritarios que en muchos países pretenden barrer con las garantías y autorizar todo género de abusos de autoridad, reclamando el fortalecimiento del poder policial y criticando a los jueces que ponen límites a su avance.

Lo cierto es que esta desafortunada coincidencia de intereses sectoriales y de algunos grupos políticos sin esperanzas electorales, jaquea políticamente a los sectores políticos latinoamericanos más populares y liberales, frecuentemente en conjunción con camarillas antidemocráticas enquistadas en los poderes judiciales, cúpulas policiales, segmentos que procuran tender cortinas de humo sobre sus actividades corruptas, políticos que quieren distraer la atención o disipar escándalos, académicos que carecen de méritos y de saber, servicios escandalosos que incurren en competencias desleales con otros más serios y responsables, y sujetos de toda calaña que procuran notoriedad y publicidad con meros afanes trepadores, todo ello alimentado y re-alimentando el bajísimo nivel intelectual de la comunicación masiva y la demagogia populista de algunos candidatos que pretenden obtener clientela

plegándose o liderando campañas que no movilizan precisamente los sentimientos más nobles ni la racionalidad de los ciudadanos, sino que ante la carencia de ideas y programas, se limitan a hacer de la venganza su único programa. Ejemplos penosos de estos últimos lo constituyen algunos diputados que en América Latina llevan como único programa la pena de muerte y como único mérito su pertenencia a grupos de exterminio.

Caídos muchos totalitarismos y autoritarismos en el mundo, el principal peligro que amenaza a las democracias modernas es la "dictadura de seguridad ciudadana". El reclamo constante y progresivamente creciente de mayor seguridad no puede conducir a otra cosa que a la pérdida total de la seguridad. Al final de ese reclamo se halla la terrible perspectiva de la sociedad misma convertida en cárcel, como en cualquier otra dictadura, en la cual, como se sabe, nadie tendría seguridad, pues todos estarían a merced de los que dirigen la cárcel, sin contar con que ni siquiera estaría seguro quien apoye al carcelero de turno, pues la posición de carcelero la disputarán violentamente lo que hoy lideran las campañas de alarma social.

No observo cercanos los síntomas de esta amenaza en Costa Rica. Si bien se trata de un movimiento por lo menos regional, cuyos signos potenciales pueden reconocerse en todos los países, en Costa Rica los percibo con mucha menor intensidad y sobre todo, con buena fe. Aunque sea arriesgado aventurar la razón, a nivel de hipótesis no creo que pueda descartarse la prudencia de su dirigencia y su tradición.

8. La búsqueda de soluciones

Lo anterior no significa que no haya problemas y menos aún que no deban resolverse o, por lo menos, intentar resolverlos o disminuir su nivel.

Todo lo contrario: justamente la tendencia autoritaria implica no resolver los problemas que deben resolverse generando la falsa ilusión de que se resuelven mientras en la realidad se los multiplica, para acabar poniendo en peligro la democracia mediante una progresiva reducción de los espacios de libertad social de la ciudadanía so pretexto de la vigilancia para la "seguridad".

Teniendo en cuenta lo expuesto, estimo que el cuadro de baja violencia relativa en el perfil de la criminalidad costarricense debiera ser criteriosamente aprovechado para reducir aún más este nivel y que, al margen de las necesarias investigaciones y cambios de

infraestructura y agenciables necesarios, en el marco legislativo se debieran programar los instrumentos legales para esa tarea.

En mi opinión, esto es factible y en el plano legislativo sería oportuno proceder del siguiente modo:

a. Reformar la parte general del código penal en todo lo referente a penas y medidas de seguridad de manera orgánica.

Establecer un sistema de alternativas penales para cada clase de criminalidad, según su gravedad relativa, que vaya desde la total excepcionalidad de la prisión en la criminalidad leve hasta un máximo de prisión de veinte años, pero con seguimiento que permita, en los casos de criminalidad gravísima, legalmente determinados, extender cuando corresponda y conforme a la evolución del caso, una vigilancia estricta de autoridad e incluso reponer la prisión en caso necesario, por diez años más.

b. Reemplazar de este modo el anacrónico sistema de medidas de seguridad, que atrapa casi todos los casos de criminalidad reiterada pero leve, es decir moleta pero no violenta, en tanto que deja escapar los casos de criminalidad gravísima.

c. Separar cuidadosamente la fijación de la penalidad que haga el tribunal de sentencia, que es estática y hecha de una sola vez, de la individualización de las penas, que debe ser dinámica y conforme a un seguimiento del caso, efectuado por un organismo jurisdiccional o tribunal de penas.

d. Sancionar una ley de ejecución penal adecuada al nuevo sistema de penas y que evite las arbitrariedades, regulando legalmente la materia.

9. Síntesis

En resumen, es mi parecer que el proyecto que se me ha hecho el honor de remitirme no resolvería ninguno de los problemas que preocupan a sus autores y terminaría acarreado más problemas que ventajas. En lugar, considero más acertado que Costa Rica continúe su tradición legislativa, que siempre ha sido la de permanecer abierta a las reformas modernas, liberales y técnicas y que, en esa línea, encare el estudio de un proyecto más orgánico y ajustado a su realidad.

Espero haber dado cumplimiento con esto a la tarea que se me solicitara y quedo a sus atentas órdenes como su seguro y atento servidor.

q.b.s.m.

JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

Lic. Cecilia Sánchez Romero
Directora del Digesto de Jurisprudencia

CONTENIDO

I. RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

- 1). Valoración de la Prueba ilegítima
- 2). Libertad personal. Alcances del concepto "Libre de responsabilidad".
- 3). Interpretación del principio constitucional "un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto".
- 4). Impunidad de la acción "permitir una dádiva", descrita en el art. 343 del Código Penal.
- 5). Requisitos para ordenar la detención provisional.
- 6). Certificación de antecedentes penales para resolver excarcelación .
- 7). La valoración de la prueba incorporada a un proceso penal no es función de la jurisdicción constitucional.
- 8). Efectos de la anulación de prueba ilegítima.
- 9). Valoración de las declaraciones rendidas ante la policía administrativa.
- 10). Actos probatorios que pueden realizarse sin el consentimiento del imputado.
- 11). La valoración de la prueba le corresponde al juez de la causa.
- 12). Derecho de los abogados de revisar los expedientes judiciales.
- 13). El agente fiscal no es juez competente en los términos del artículo 37 de la Constitución Política.
- 14). Requisitos de la citación mediante telegrama.
- 15). Finalidades de la incomunicación.
- 16). El rechazo ilegítimo de prueba puede conocerse por vía de hábeas corpus.
- 17). Necesaria fundamentación del rechazo de prueba.
- 18). La aplicación del régimen disciplinario del Notario es independiente de la investigación judicial.
- 19). Valoración del dicho de un posible coimputado para fundamentar un procesamiento.
- 20). Intervenciones telefónicas. Subsistencia de pruebas independientes justifica detención.
- 21). La negligencia estatal no puede afectar derechos fundamentales del ciudadano.
- 22). Autoridad judicial competente para recibir prueba testimonial.
- 23). Plazo para resolver situación jurídica.
- 24). Prisión preventiva como medida excepcional y necesaria fundamentación de la denegatoria de excarcelación.
- 25). Adecuación de penas independientemente de si fueron o no descontadas.
- 26). El imputado no está obligado a presentar sus testigos.
- 27). La descripción del artículo 15 de la Ley de Sicotrópicos N°7093 no constituye una forma de complicidad.
- 28). La descripción típica del artículo 15 de la Ley de Sicotrópicos no es un tipo penal abierto.
- 29). Obligación del defensor de procurar la comparecencia de su cliente al debate.
- 30). Validez de testimonio recibido sin señalamiento ni notificación de partes.
- 31). No procede la detención por contravenciones.
- 32). La recalificación de los hechos acusados no causa ninguna violación constitucional.
- 33). La negativa a que el imputado se aleje de la audiencia no permite anular la sentencia en esta vía.

II. RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A. DERECHO PENAL

- 1). Agresión con arma
- El daño o lesión puede o no producirse
- 2). Hurto Agravado
- Necesidad de que concurren las características señaladas para el tipo general de hurto.
- 3). Delito Continuo
- Forma homogénea de realización de actos es reveladora de una misma finalidad.
- 4). Penalidad del delito continuado
- 5). Robo
- Relación de consunción con la violación de domicilio.
- 6). Coacción
- Necesaria contrariedad con la voluntad de la víctima.
- 7). Divulgación de secretos
- Derecho del imputado a conocer el contenido de acusaciones en su contra.
- 8). Responsabilidad civil del inimputable.
- Condena en abstracto
- 9). Retención Indevida
- Facultad del Agente Fiscal para hacer la prevención.
- 10). Acción Civil Resarcitoria
- El contrato de cuota litis no es un "perjuicio" indemnizable.
- 11). Daño Moral
- Muerte de pariente cercano
- 12). Violación de domicilio como acto de ejecución de violación sexual
- 13). Ejercicio Ilegal de la medicina
- Requisitos del tipo

B. DERECHO PROCESAL PENAL

- 14). Recurso de casación por el fondo
- Errónea remisión al inciso 4) del artículo 395 del Código de Procedimientos Penales.
- 15). Recurso de Casación

- Criterios de admisibilidad no deben ser excesivamente formalistas.
- 16). Recurso de Casación
 - Presentado después de la hora de cierre del despacho.
- 17). Lectura de sentencia
 - Constancias contradictorias
 - Necesaria investigación disciplinaria y judicial
- 18). Lectura de Sentencia en hora no habilitada
 - Improcedencia de nulidad
- 19). Lectura de Sentencia
 - Falta de firma en ese momento es causal de nulidad.
- 20). Reposición de Expedientes
 - Necesario respeto a las garantías constitucionales
- 21). Alcances del concepto "Interesado" en el proceso penal
- 22). Acta de Debate
 - Omisión de firma no produce nulidad
- 23). Acción Civil resarcitoria
 - Reclamo por daño moral no exige previa declaratoria de herederos.
- 24). Acción Civil Resarcitoria
 - Requisitos para la condena en abstracto.

- 25). Acción Civil Resarcitoria
 - Oportunidad para concretar pretensiones.
- 26). Prejudicialidad
 - El trámite de levantamiento de inmunidad no constituye cuestión prejudicial.
- 27). Pena.
 - Nulidad parcial de fallo por falta de fundamentación en ese extremo.
- 28). Prueba
 - Declaración ante notario sin advertencia de ley por parentesco.
- 29). Incidente de Nulidad
 - Exclusión del Estado como actor civil sin notificaciones correspondientes.
- 30). La omisión de mencionar concretamente el artículo de ley aplicado no causa nulidad.
- 31). Declaración del Imputado
 - Incorporación ilegal provoca nulidad del fallo.
- 32). Facultades de la Sala de Casación para modificar calificación jurídica.
- 33). Acción Penal
 - Actos procesales que interrumpen la prescripción.

I. RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1).- Valoración de la Prueba ilegítima.

"A mayor abundamiento, es de señalar que aún cuando no se recibió por parte de la Juzgadora la resolución que rechaza el incidente de nulidad promovido por el Licenciado *** contra el auto de procesamiento por considerar que éste está fundado en prueba ilegítima, esta Sala con vista en la prueba existente en autos, considera que aparte de las intervenciones telefónicas, existe prueba independiente que permite al juzgador tener como probable la acción delictiva que se acusa. Ya en otras ocasiones, esta Sala ha sostenido que la prueba obtenida en forma ilegítima no tiene capacidad probatoria, pero que su relación con otra no la demerita para demostrar los hechos atribuidos (voto # 1345 del 24 de octubre de 1990)."

Sala Constitucional V-15-91 de las 14:28 Hrs. del 4 de enero 1991.

2).-Libertad personal. Alcances del concepto "libre de responsabilidad".

"Uno de los objetos del recurso de hábeas corpus es tutelar cualquier restricción ilegítima a la libertad de tránsito y movimiento prevista en el artículo 22 de la Constitución Política. Esta garantía constitucional en nuestro derecho, es consecuencia del principio general de LIBERTAD PERSONAL, y constituye una garantía fundamental, cuya tutela corresponde a éste Tribunal Constitucional. No obstante, esta libertad de movimiento puede ser limitada cuando la persona no se encuentre libre de responsabilidad o en los casos expresamente regulados por el numeral 28 de la Constitución. El concepto "libre de responsabilidad" a que hace referencia nuestro texto constitucional es el presupuesto de limitación a esta libertad genérica, debiendo entenderse en sentido limitado y restringido que el individuo no se encuentra libre de responsabilidad, cuando existe la necesidad imperiosa de asegurar la presencia del mismo en aquellos actos jurídicos cuyo cumplimiento dependa necesariamente de su persona como tal. En el caso bajo examen, el accionante hace frente a una causa penal, por el delito de Falsificación de Documento Equiparado y Uso de Documento Falso, necesitándose su presencia en un juicio para la celebración del correspondiente debate base del descubrimiento de la verdad real y de la actuación

de la Ley penal, finalidades también recogidas en los artículos 35, 39 y 41 de la Constitución Política y en el 185 del Código Procesal Penal que constituyen el fundamento jurídico para impedirle al encartado su salida del país, lo que no excluye que si a petición del mismo, oídas sus razones, el Juzgador en franca ponderación entre los fines del proceso y los derechos del imputado, otórgue permiso de salida del país, siendo procedente que como una medida cautelar y en efecto sustitutivo de su ausencia proceda a la fijación de garantías económicas, que tendrían sin lugar a dudas la finalidad de garantizar su presencia en el proceso. No encuentra esta Sala que la actuación del Juzgado Segundo de Instrucción haya lesionado ningún derecho fundamental del recurrente por lo que el recurso interpuesto debe ser declarado sin lugar".-

Sala Constitucional V-120-91 de las 14,04 Hrs. del 16 de enero de 1991.

3).- Interpretación del principio constitucional "un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto".

"I).- La duda del Tribunal Superior de Cartago, que motiva esta consulta, se origina en la diversa interpretación que se le da al artículo 42 de la Constitución Política y considera el consultante, que una interpretación amplia, en el sentido de que una sola tramitación de un asunto facultaría al juzgador para que se inhibiera del conocimiento del mismo ante una alzada, podría producir trastornos graves en la administración de justicia, y, una interpretación restrictiva, podría lesionar la garantía constitucional de comentario. El artículo 42 constitucional, regula tres supuestos y la presente consulta se enmarca únicamente en el primero de ellos, que dispone en lo conducente: "... un mismo Juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto ...".- Este primer supuesto, contiene sin lugar a dudas, un mandato constitucional de orden procesal, de cuya debida inteligencia depende la delimitación de los conceptos "diversas instancias" y "decisión de un mismo punto".-

II).- El proceso judicial es un instrumento de tutela del derecho, siendo su existencia una garantía fundamental. El proceso se desenvuelve en instancias o grados de tal manera, que una instancia procede a la otra y se debe determinar si el juzgador que interviene en una de ellas, se encuentra imposibilitado por esa garantía constitucional, para intervenir en la instancia siguiente. Es

criterio de la Sala que la imposibilidad sólo existe, cuando el Juezador, en otro grado del proceso, deba decidir sobre un mismo punto. Cuando un asunto determinado se somete a conocimiento del juezador, éste necesariamente, para resolverlo, debe realizar un proceso de individualización, de especificación y de actuación de la norma legal, lo que presupone una operación humana de inteligencia y voluntad.- De acuerdo a lo indicado, la garantía de comentario se refiere a la imposibilidad de decidir -acto de inteligencia y voluntad- en otra instancia del proceso sobre ese mismo punto. No existe por ende, impedimento alguno para el juezador que únicamente tramitó el juicio, pero no emitió criterio, o si éste se produjo con ocasión a un punto diferente, para conocer del expediente.-

III).- Debido a todo lo dicho, el concepto correcto de la norma es el de entender que un funcionario que administra justicia, si en una instancia sólo tramita el expediente, pero no dicta la resolución recurrida, no está impedido para conocer en grado, la resolución que llega en alzada. En este mismo sentido y con las adecuaciones del caso, véase de esta misma Sala el Voto #1707-90 de las catorce horas cuarenta y dos minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa.-"

Sala Constitucional V-353-91 de las 16,30 Hrs., del 12 de febrero de 1991.

4).- Impunidad de la acción "permitir una dádiva", descrita en el artículo 343 del Código Penal.

"El artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad en materia penal, principio rector e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y la de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los Tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune; aún cuando ésta sea muy grave. Consecuentemente lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no especialmente descritas en la ley. Señala el accionante que en la causa No. 104-3-91 que se sigue contra su defendido en el Juzgado Sexto de Instrucción de San José, se ha encuadrado mal la conducta del imputado, pues el artículo 343 del Código Penal habla de "permitiere" y no de "prometiere" como debería de ser para tener por configurada como típica la conducta del señor ***. Veamos como el imputado de común acuerdo con el co-imputado *** se pusieron en contacto con oficiales del Organismo de Investigación Judicial, a quienes prometieron una dádiva si se lograba la alteración de las alcoholemias de su hijo imputado en otra causa por el delito de Homicidio Culposo. El expediente legislativo original firmado por el Presidente de la República, muestra que el artículo 343 fue aprobado y se ordenó publicar con el verbo "permitiere" sin que haya habido ninguna reforma legislativa referente a este artículo. Por lo expuesto es criterio de esta Sala Constitucional que el artículo 343 del Código Penal no se puede interpretar sin lesionar el principio de legalidad constitucional, en el sentido de que lo que el legislador quiso decir no es "prometiere" sino "permitiere". Por todo lo anterior la amenaza que sufre el señor *** es ilegítima, si se basa en que en vez del verbo "permitiere" regulado en el artículo 343 del Código Penal se debe leer "prometiere", acción que resulta impune al tenor del citado artículo y de su correcta interpretación".

Sala Constitucional V-461-91 de las 15,14 Hrs. del 27 de febrero de 1991.

5).- Requisitos para ordenar la detención provisional.

"Conforme lo ha dicho la Sala en la sentencia No. 450-90 de las 16 horas del 2 de mayo de 1990, la facultad del juez de dictar la detención provisional de un imputado para efectos de iniciar el proceso penal, deriva del artículo 37 de la Constitución Política que exige, en cuanto a este supuesto, que exista un "indicio comprobado" del delito que se ha cometido y un "mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público". Dijo la Sala:

"Es conveniente señalar a las autoridades que tienen a su cargo la detención de personas, que en ningún caso procede la detención, sin un indicio comprobado de haber cometido un delito, debiendo entonces limitarse la investigación a citar a las personas y tomarles declaración inmediatamente para comprobar si existen o no elementos de prueba en su contra que los indique como autores de hechos delictivos, debiendo ponerlos en libertad si ello no se lograra... En razón de lo anterior nunca procede la detención de sospechosos... Obligación mayor tiene las autoridades del Ministerio Público y los jueces de instrucción con respecto a las garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos de ilegítimas ingerencias en su círculo de libertad, razón por la que no pueden mantener detenciones sin elementos de convicción suficientes para tener como probable la comisión del hecho y la participación del encausado en el mismo, el juez de instrucción en todo caso al recibir el requerimiento deberá cuestionarse sobre el mantenimiento o no de la detención, si se ha puesto a alguna persona detenida a su orden y revisar frecuentemente los expedientes con reo preso para suspender la detención cuando ésta no resulte necesaria a los intereses del proceso."

En cuanto a la forma de dictar la detención, como se indicó, la Constitución exige un acto escrito y razonado, que es la regla del artículo 105 del Código de Procedimientos Penales y se nutre del principio constitucional dicho, artículo que obliga al juez a dictar sus resoluciones por "sentencia, auto o providencia" según la importancia del asunto; es decir, la Constitución exige un acto escrito como formalidad indispensable para permitir la simple detención de una persona. Los dos requisitos mencionados son especialmente relevantes en los casos en los que, después de vencido el término máximo de 24 horas que el mismo artículo 37 de la Constitución admite para la duración de la detención administrativa, de que el detenido ha declarado ante el juez, pero antes del dictado el auto de procesamiento, sea necesario mantener detenido al imputado como una medida cautelar que garantice el resultado del proceso. Sin embargo, la orden de detención, debe tener como requisito fundamental la existencia de un indicio comprobado, para así cumplir con el parámetro constitucional del artículo 37.

II.- La Sala no puede aceptar el argumento del juez para ordenar la detención provisional del imputado, quien dijo:

"Habiéndose establecido la presente causa contra Ronny Manuel Salazar Loría, por el delito de ROBO SIMPLE CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS, previsto y sancionado por el artículo 213 inciso 3, con prisión de tres a nueve años y procediendo en el eventual caso de emitirse un dictado de procesamiento y la consecuente prisión preventiva ..."

Este no puede ser el motivo para dictar el auto indicado porque, en primer lugar, sería una valoración prematura de los méritos del caso y equivale a adelantar criterio; y en segundo lugar, sería obviar la necesidad de comprobar el indicio existente, otorgándole al juez más discrecionalidad de la que la Constitución y la ley le otorgan, tema que la Sala ha desarrollado extensivamente.

III.- La denuncia, como lo dijo esta Sala en sentencias No. 765-90 de las 14:30 horas del 6 de julio de 1990; y No. 13-91 de las 14,24 horas del 4 de enero de 1991, es la forma de poner en conocimiento del aparato estatal, de la posible existencia de un delito; de allí que no es en sí misma un "indicio legalmente comprobado", sino un elemento de prueba para configurar y comprobar este indicio. Además, la única prueba que

existía en autos al momento de dictarse la medida impugnada, era la denuncia del ofendido, y el testimonio de los guardias quienes atestiguaron no haber visto el robo sino que capturaron al imputado en una cantina quien fue reconocido por el quejoso, ver folio 11 frente y vuelto. Pero al momento de dictarse el auto de detención provisional, no se había practicado un reconocimiento judicial como lo manda el Capítulo VII del Código de Procedimientos Penales, sino solamente un reconocimiento informal del ofendido al momento de su captura, hecho en plena vía pública y ante las autoridades de policía, lo que no constituye un medio de prueba, y por ello no tiene ningún valor legal."

Sala Constitucional V-478-91 de las 14:14 hrs. del 1 de marzo de 1991.

6).- Certificación de antecedentes penales para resolver excarcelación.

"Considera esta Sala que no ha actuado mal la autoridad recurrida al negarse a resolver la excarcelación hasta tanto no tenga en su poder la certificación de antecedentes penales, pues este Tribunal por resolución de las 14:36 horas del 4 de enero de 1991, voto 19, señaló que si el artículo 298 inciso c) del Código Procesal Penal indica "... que no se concederá la excarcelación cuando de los antecedentes del imputado, se determine que va a continuar con la actividad delictiva, no actuó arbitrariamente el señor Juez al solicitar los antecedentes del imputado.". Por ello, no hay razón para que esta Sala cambie de criterio, ya que la excarcelación como derecho que es, tiene sus propios límites que hacen que no sea absoluto (Artículos 297 y 298 de la Ley Procesal)."

Sala Constitucional V-480-91 de las 14,18 hrs. del 1 de marzo de 1991.

7).- La valoración de la prueba incorporada a un proceso penal no es función de la jurisdicción constitucional.

"Las alegaciones del accionante se refieren a la valoración de las pruebas incorporadas a un proceso penal, con el objeto que esta Sala, actuando como una instancia más, se pronuncie sobre ellas, lo que no es función de la Jurisdicción Constitucional, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia. Por lo anterior, resulta evidente que el recurso es abiertamente improcedente y procede su rechazo de plano, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de esta Jurisdicción.-"

Sala Constitucional V-487-91 de las 14,32 hrs. del 1 de marzo de 1991.

8).- Efectos de la anulación de prueba ilegítima.

"... ante el problema de la prueba ilegítima, todavía se discute el alcance de su anulación dentro del proceso en el que fue utilizada. La Sala Constitucional ha sostenido que, en tanto sea determinante de una resolución del juzgador para procesar al imputado, tal prueba contamina el proceso y causa la nulidad de lo actuado y resuelto en él, al no existir otros elementos probatorios en la causa penal."

Sala Constitucional V-540-91 de las 15,50 hrs. del 13 de marzo de 1991.

9).- Valoración de las declaraciones rendidas ante la policía administrativa.

"El problema constitucional planteado consiste en que el accionante considera que su detención es ilegítima al fundarse el

auto de procesamiento en declaraciones suyas rendidas ante la policía administrativa en la etapa de investigación. Del estudio del procesamiento dictado contra el imputado se desprende que el juzgador en forma expresa consignó que las declaraciones que los imputados rindieron ante la policía, sirvieron para las investigaciones policiales correspondientes, pero que éstas no son un medio de prueba. Efectivamente, para que la declaración del imputado pueda ser tomada en cuenta dentro del proceso penal, se requiere que ésta se produzca ante autoridad judicial competente y con todas las garantías consagradas tanto en la Constitución Política como en los instrumentos internacionales y en la ley. En el caso de examen las declaraciones brindadas por el imputado no tienen ningún valor dentro del proceso penal, y así lo entiende y lo consigna la autoridad recurrida en el procesamiento. Considerando este tribunal que el auto represivo está debidamente fundado en la prueba que ha sido recabada en el curso de la instrucción, no encontrándose por parte de la autoridad recurrida ninguna medida arbitraria ni desproporcionada capaz de violentar el orden constitucional. A mayor abundamiento debe indicarse que el auto de procesamiento no requiere para su dictado la certeza de la comisión del delito sino que basta con la probabilidad razonable de que el imputado haya participado en el ilícito investigado."

Sala Constitucional V-549-91 de las 16,08 hrs. del 13 de marzo de 1991.

10).- Actos probatorios que pueden realizarse sin el consentimiento del imputado.

"En lo que se refiere a lo alegado sobre la extracción de sangre sin el consentimiento de los imputados, esta Sala con base en el informe, que se tiene rendido bajo juramento, dado por la Sección de Homicidios del Organismo de Investigación Judicial, tiene por cierto que los imputados dieron su consentimiento para ello, en el momento en que se encontraba presente el padre de uno de ellos en las celdas de ese Organismo. Estima esta Sala que en la obtención de prueba dentro del proceso penal, deben ponderarse dos intereses: la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto a los derechos fundamentales del imputado, por el otro. En este contexto, conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) y si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que deba utilizarse su propio cuerpo. Al respecto considera la Sala que en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios para un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran colaboración pasiva del imputado v. gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda. Por lo expuesto, esta Sala considera que las actuaciones impugnadas en cuanto a este extremo, no lesionan los derechos fundamentales de los recurrentes. Con las restricciones señaladas, el debido proceso se respeta en la medida que el resultado de la prueba técnica sea puesto en conocimiento de las partes involucradas, las que pueden, a su vez, ejercer el derecho de defensa, aplicando sobre esos resultados y sin ninguna limitación, los remedios procesales que le otorga el ordenamiento jurídico. El alegato en cuanto a este extremo, resulta entonces improcedente."

Sala Constitucional V-556-91 de las 14,10 hrs. del 20 de marzo de 1991.

11).- La valoración de la prueba le corresponde al juez de la causa.

"También se alega que es ilegítima toda la prueba derivada de las declaraciones rendidas por los imputados, ante el Organismo de Investigación Judicial y que el Juzgado de Instrucción de Curridabat, anuló en su oportunidad. Se alude con ello a que tanto la prueba directa, como la indirecta que se obtenga por medios jurídicamente inaceptables, debe ser desechada del proceso. Es evidente que resulta ilegítima la prueba que viola derechos fundamentales como, por ejemplo, la declaración que se obtiene por medio de violencia, según lo dispone el artículo 40 de la Constitución Política o la que se obtiene contra el propio inculcado o un pariente suyo en los grados que señala el artículo 36 *ibídem*, sin advertir del privilegio de abstención ahí consagrado. Como se dijo en el Considerando Tercero anterior, las declaraciones anuladas, si lesionaban en la etapa de investigación policial, los derechos de los imputados y por disponerlo así expresamente la Constitución Política, el medio de prueba era inaceptable, lo que ha encontrado remedio ante el mismo Juzgado de Instrucción. Ahora bien, respecto a la demás prueba recabada y llevada al expediente, la misma es autónoma, en tanto tenga existencia probatoria propia y se haya logrado por diferentes medios de verificación, por lo que mantiene su capacidad probatoria. Recuérdese que en el proceso penal, como ha quedado dicho, convergen dos intereses contrapuestos: la búsqueda de la verdad real por un lado y por otro, la garantía del respeto absoluto a los derechos esenciales del inculcado, siendo ambos concurrentes y sin demérito de ninguno. En el presente caso no se evidencia en forma alguna que los encartados hayan sido sometidos a tratamientos crueles o degradantes, o que fueran detenidos sin la existencia de indicios comprobados que los indiquen como presuntos responsables del ilícito que se investiga y no corresponde en esta vía valorar las pruebas obtenidas, lo que deberá hacer el Juez de la causa en su oportunidad, salvo cuando existiere un grueso error en esa valoración o flagrante violación a los derechos fundamentales de los imputados, lo que no se aprecia en el presente caso. Lo anterior lleva a que deba rechazarse el recurso en cuanto a este otro extremo."

Sala Constitucional V-556-91 de las 14:10 hrs. del 20 de marzo de 1991.

12).- Derecho de los abogados de revisar los expedientes judiciales.

"I.- El derecho de petición protegido por el artículo 27 de la Constitución Política, obliga a los funcionarios públicos incluidos los judiciales, a dar pronta respuesta a cualquier petición que haga un administrado, como lo ha dicho esta Sala en reiteradas ocasiones, a no ser que esta petición requiera de estudios o de actos más complejos. En el presente caso, independientemente de que el Juez tenga o no la razón en su negativa de entregar el expediente al abogado recurrente para su estudio, estaba obligado a extender la certificación que él le pedía o a dar una respuesta por escrito de por qué motivo no le mostraba el expediente que solicitaba. Razón suficiente para acoger el recurso en cuanto a este extremo.-

II.- El otro punto impugnado, es la negativa del juez de mostrar al recurrente el expediente judicial, con el argumento de que lo estaba estudiando en ese momento. Al respecto, debe recordarse que todo abogado tiene el derecho de revisar expedientes judiciales cuantas veces lo estime necesario como medio de garantizar la defensa de los intereses de su cliente. Ciertamente, no lo puede hacer con detrimento de la función del Juez, en los casos en que, en ese momento, esté resolviendo un punto específico del

caso; pero existe la posibilidad de que el Juez postergue el estudio del mismo por unos minutos para que el abogado lo revise y luego continúe con su deber. El expediente judicial sin ser secreto, es privado. En cuanto a lo primero, esta Sala en expediente No. 68-69 voto No. 1331-90 del 23 de octubre de 1990 (antes de la declaración del imputado), declaró inconstitucional el primer párrafo de este artículo que permitía el secreto del sumario. En cuanto a lo segundo, el artículo 195 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales, dice:

"El sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abogados que tengan algún interés legítimo."

Si se tratara el presente recurso de la solicitud de un abogado o no abogado que pretenden tener el derecho de estudiar el expediente, se sería un caso de conversión, es decir, de suspender la tramitación de este recurso y de otorgar la recurrente al plazo del artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para que si lo tiene a bien, formalice la correspondiente acción de inconstitucionalidad. Pero dado que el recurrente alega la necesidad de estudiar el expediente para resolver si aceptaba o no la defensa del imputado, tiene un interés directo dentro del proceso, lo que se reafirma con el hecho de que precisamente fue nombrado posteriormente como defensor y en tal carácter tiene interés legítimo parte examinar el expediente.-

III.- Negarle este derecho implica perjudicarlo a él en el ejercicio de su profesión y de su trabajo transgiriéndose así el artículo 56 de la Constitución Política; y sobre todo perjudicando al imputado en su derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución, porque es evidente que el no poder estudiar el expediente para determinar si se acepta o no el caso, denota una actitud responsable del abogado.-"

Sala Constitucional V-563-91 de las 14:24 hrs. del 20 de marzo de 1991.

13).- El Agente Fiscal no es juez competente en los términos del artículo 37 de la Constitución Política.

"De los informes rendidos y de las probanzas aportadas se tiene por establecido que los imputados estuvieron a la orden del Agente Fiscal desde el 2 de marzo de 1991, poniéndolos la Agencia Fiscal, a disposición del Juzgado de Instrucción el día 5 de ese mes, fecha en que la instructora ordena el traslado de los detenidos a *** sin indagarlos, y anula el requerimiento de Instrucción Formal el que es nuevamente formulado el 6 de marzo. Por lo anterior los imputados son indagados el día 11 de marzo de 1991 por el Juzgado de Instrucción de ***. Considera la Sala que la detención, que durante todo el período indicado sufrieron los imputados, fue ilegítima, siendo responsables de la misma tanto el Juzgado de Instrucción como el Agente Fiscal. La Constitución Política establece el deber para la autoridad pública, de poner a la orden del Juez Competente al detenido en un término, que nunca puede exceder de las veinticuatro horas. Consecuentemente y como ya lo indicó esta Sala en el voto #254-90 el Agente Fiscal en el presente caso, no es Juez Competente en los términos del artículo 37 Constitucional por lo que participa junto con la policía, del plazo para tener a su orden al detenido.- Por su parte el Juzgado de Instrucción, una vez que los detenidos se encuentren a su orden, debe proceder a indagarlos dentro del término de 24 horas que por ningún motivo podrá ampliarse a más de 48 horas, en el caso de que se presente la circunstancia a que se refiere el artículo 274 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales.- En el presente caso resulta ilegítima la actuación del fiscal que excedió sobradamente el plazo constitucional con el detenido a su orden,

sin formular el correspondiente Requerimiento, el que además le fue anulado en una ocasión con el consecuente retardo en la tramitación de un expediente con reo preso.- No menos grave es la actuación de la Juzgadora de Instrucción la que pese a que anula el requerimiento de Instrucción Formal mantiene detenidos a los imputados ordenando su traslado a otra jurisdicción sin indagarlos, como era su deber legal una vez que el asunto fue requerido, o sin resolver sobre su libertad cuando no se había requerido el asunto. A mayor abundamiento debe indicarse que resulta impropio el envío de un expediente judicial por correo para indagar a los imputados, cuando éstos se encuentran detenidos, ya que no es el medio idóneo para cumplir con los plazos que en forma expresa regula el Código de Procedimientos Penales en relación con la detención del imputado.-"

Sala Constitucional V-694-91 de las 16 hrs. del 9 de abril de 1991.

14).- Requisitos de la citación mediante telegrama.

"El artículo 135 del Código Procesal Penal, establece la facultad del Juez de ordenar la citación del imputado que se encuentre en libertad por diversos medios entre los cuales se encuentra la citación por telegrama con aviso de entrega. La citación es el llamamiento al imputado, para que comparezca ante tribunal, consecuentemente su no presentación tiene efectos procesales tales como su inmediata detención y hasta su declaratoria de rebeldía. En el caso de examen la imputada fue citada mediante telegrama no obstante, consta en el expediente que el aviso del mismo no fue entregado, por lo que no puede el Juzgador presumir que se enteró de la citación y que la desobedeció. En los términos del artículo 135 para que la citación mediante telegrama tenga efectos procesales como la declaración en rebeldía debe ser enviado con acuse de recibo, y debe constar que la citación fue recibida y que no obstante ello se niega a apersonarse al despacho.

III) Por lo expuesto procede declarar con lugar el recurso de Hábeas Corpus interpuesto, en el tanto, la declaración de rebeldía dictada por el recurrido resulta prematura al no haber constancia de que el telegrama fue debidamente recibido por la imputada y que ésta se negó a comparecer al despacho. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad legal del instructor de ordenar su citación y presentación al despacho por medio de la policía o de los otros medios que la ley pone a su alcance para asegurar su presencia en el proceso."

Sala Constitucional V-695-91 de las 16,30 hrs. del 9 de abril de 1991.

15).- Finalidades de la incomunicación.

"En la actuación del señor Juez Segundo de Instrucción de *** en el caso en examen se cometen dos errores, uno de ellos grave, que motivan que la detención a que se sometió a Ronald Bernal Gutiérrez Alfaro deba ser tenida como ilegítima y en consecuencia que el recurso por él interpuesto deba ser declarado con lugar con las consecuencias correspondientes. a) En primer lugar el señor Juez desconoció que según lo dispone expresamente el artículo 187 del Código de Procedimientos Penales la instrucción puede iniciarse con base a un sumario presentado por el Organismo de Investigación Judicial el trato de simple denuncia, retrasó la iniciación de la instrucción y en consecuencia no tuvo legalmente a su orden al detenido, con el consiguiente atraso de los plazos sobre la obligación de tomarle declaración y resolver su situación jurídica. El poner a la orden de un Juez a una persona conlleva el inicio de una actividad jurisdiccional en salvaguarda de derechos constitucionales y legales del detenido y no es una simple fórmula ritual de

conocimiento o comunicación. Al pedírsele la incomunicación por parte del Organismo, el señor Juez debió exigir que se le presentara el sumario de prevención o el requerimiento de instrucción, pues son ellos los únicos medios de iniciación de una instrucción y en tal razón los únicos medios para tener como puesta a la orden de una autoridad a un detenido. Conforme luego se analizará, la incomunicación no tiene una finalidad relacionada con la investigación policial, sólo con la jurisdiccional, ni siquiera la incomunicación policial que se encuentra regulada según los términos de los artículos 164 inciso 7 del Código de Procedimientos Penales y 4 inciso 7 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, tiene esa finalidad. b) En segundo lugar, olvidó el señor Juez que todo detenido debe estar a la orden de Juez a las veinticuatro horas de haber sido capturado (artículo 37 de la Constitución Política) y debe tomársele declaración indagatoria a más tardar en el término de veinticuatro horas desde que fue puesto a disposición de Juez (artículo 274 del Código de Procedimientos Penales). Si Gutiérrez Alfaro fue detenido a las veintidós horas del cuatro de marzo, a esas mismas horas del día siguiente ya debió estar, legalmente, a la orden del señor Juez y este debió indagarlo a más tardar el día cinco siguiente. Nada de ello se hizo, al parecer el señor Juez acepta que una persona pueda estar detenida a efecto de investigar policialmente si tiene o no responsabilidad penal sobre algún hecho, pero ello no es así, pues la citada norma constitucional, sin duda alguna, sólo permite la detención de personas contra las que exista indicio comprobado que las relaciones con un hecho delictivo en el que tengan responsabilidad personal y es por ello que deben ser puestas prontamente a la orden de la autoridad jurisdiccional correspondiente a ésta valorar el caso, para acordar -si resulta procedente- la detención provisional. Es importante señalar que la incomunicación no puede utilizarse para permitir que los encargados de la investigación policial sometan a interrogatorio al detenido, ello transforma la incomunicación en tortura y ésta, está constitucionalmente proscrita de nuestro sistema democrático de gobierno (artículo 40 de la Constitución Política). Según el artículo 197 del Código de Procedimientos Penales, la incomunicación sólo puede tener como finalidad imposibilitar que el detenido pueda ponerse de acuerdo con sus cómplices o estorbar la investigación. Así la autorización que extendió el señor Juez para que durante la incomunicación de ***, pudiera ser interrogado por los oficiales ***, ***, ***, es absolutamente ilegal por no estar autorizada en el ordenamiento jurídico y contravenir garantías constitucionales que proscriben la utilización de la tortura y otros medios degradantes para la investigación de las acciones delictivas.

III.- A criterio de la Sala existe culpa grave en la actuación del señor Juez Segundo de Instrucción de Heredia en los hechos a que estas diligencias se refieren, pues lo hizo con claro irrespeto de las normas que la regulan y en lugar de actuar como coloso guardián de los derechos constitucionales y legales del detenido, se constituyó en el mejor instrumento para que se violaran, es por ello que además de reconocer que esos hechos generan para el Estado responsabilidad por los daños y perjuicios causados, debe acordarse también la del funcionario según lo disponen los artículos 26 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el 199 de la Ley General de la Administración Pública."

Sala Constitucional V-789-91 de las 14,35 hrs. del 26 de abril de 1991.

16).- El rechazo ilegítimo de prueba puede conocerse por vía del Hábeas Corpus.

"Dado que hasta el recurrente ha cuestionado el carácter con que la Sala ha tramitado el presente recurso, es de señalar que para

declararlo con lugar la Sala toma en consideración que el rechazo ilegítimo de prueba puede afectar los derechos constitucionales de defensa, igualdad de trato y acceso a la justicia (artículos 39, 33 y 41 de la Carta Magna) y por tratarse de una causa penal, podría con ello propiciarse una condenatoria que al darse en un juicio no legal por contravenir dichos principios, produce, en caso de que la pena sea de prisión, una restricción ilegítima de libertad."

Sala Constitucional V-797-91 de las 15,15 hrs. del 26 de abril de 1991.

17).- Necesaria fundamentación del rechazo de prueba.

"El artículo 352 del Código de Procedimientos Penales faculta al Tribunal de Juicio para rechazar de la ofrecida, la prueba evidentemente impertinente o superabundante. Desde luego que para hacer el rechazo, el Tribunal deberá fundamentar debidamente su pronunciamiento pues el rechazo puede afectar gravemente el derecho constitucional a la defensa y al fundamentar su resolución debe necesariamente indicar por qué estima que la prueba ofrecida es impertinente o superabundante. En el caso bajo examen esta Sala hecha de menos, en el pronunciamiento de rechazo de la prueba, la señalada fundamentación, lo que motiva que el recurso deba declararse con lugar, a efecto de que el Tribunal dicte nueva resolución, esta vez debidamente fundamentada, en relación con el ofrecimiento de prueba realizado por la defensa y el Ministerio Público."

Sala Constitucional V-797-91 de las 15,15 hrs. del 26 de abril de 1991.

18).- La aplicación del régimen disciplinario del Notario Público es independiente de la investigación judicial.

"No es admisible el razonamiento que formula el actor en el sentido de que haya de agotarse previamente el régimen disciplinario (administrativo) para poder iniciarse la investigación judicial respecto de la actuación del Notario Público ***. Admitir esa tesis sería trastocar el orden de las cosas, pues el proceso penal persigue un fin específico y el sancionatorio otro. Es más ya esta Sala ha establecido que incluso, lo resuelto en la vía penal no limita la actuación en el procedimiento sancionatorio, pues una cosa es la comisión de un delito y otra muy distinta es faltar a las normas propias de la función de que se trate. Por otra parte, la suerte que haya corrido el señor *** en una causa que dice el actor tiene relación con los hechos por los que ahora se investiga al señor ... en nada incidiría con el propósito del presente recurso de hábeas corpus puesto que no está de por medio el non bis in ídem contemplado en el artículo 42 Constitucional. Por todo ello, el recurso debe declararse sin lugar".

Sala Constitucional V-839-91 de las 15,10 hrs. del 30 de abril de 1991.

19).- Valoración del dicho de un posible coimputado para fundamentar un procesamiento.

"El recurrente fundamenta su planteamiento en el hecho de que a *** se le ha tenido hasta el momento como testigo, cuando necesariamente debe ser imputada, con lo que su dicho en la primera condición no puede ser valorado válidamente al momento de resolverse la situación jurídica de sus defendidas, deviniendo en consecuencia en ilegítima la prisión preventiva acordada en perjuicio de ellas, en virtud de haberse dispuesto su procesamiento ordenando como uno de los elementos de convicción aquel dicho. El

planteamiento no resulta correcto pues ninguna norma, ni principio jurídico, imposibilita que el dicho de un co-imputado pueda ser tomado en consideración para fundamentar un procesamiento y aún una condenatoria, así el dicho de la señora ***, ya sea en condición de testigo o de co-imputada debe ser valorado de la misma forma por el Tribunal, sea de conformidad con las reglas de la sana crítica, pues en materia penal todo se puede demostrar y por cualquier medio legal (este principio se recepta en el Código de Procedimientos Penales en el artículo 198), por demás esta Sala carece de facultades legales para ordenar se someta a juicio a una determinada persona, si para hacerlo debe sustituir en sus atribuciones propias al Ministerio Público o al Juez Instructor que conoce del asunto, como se pretende en el caso concreto."

Sala Constitucional V-865-91 de las 15,04 hrs. del 3 de marzo de 1991.

20).- Intervenciones telefónicas. Subsistencia de pruebas independientes justifica detención.

"La Sala, en los múltiples recursos de hábeas corpus presentados en contra de las resoluciones judiciales que tomaron en cuenta las pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas, dijo que en tanto subsistieran otras pruebas independientes que demostraran razonablemente la probable participación del imputado en el hecho delictivo, la detención estaba ajustada a derecho. Véanse entre otras las sentencias No. 1345 del 24 de octubre de 1990, dictada en recurso de hábeas corpus No. 1607-90; No. 1417-90 de las 14,51 horas del 26 de octubre de 1990; y No. 1855 de las 14,28 horas del 14 de diciembre de 1990. Sin embargo ese no es el caso, pues como se dijo no existen otras probanzas que inculpen a la amparada en el delito, que no se deriven de las intervenciones telefónicas declaradas inconstitucionales por esta Sala."

Sala Constitucional V-885-91 de las 14,06 horas del 8 de marzo de 1991.

21).- La negligencia estatal no puede afectar los derechos fundamentales del ciudadano.

"Las razones para que el aquí amparado no fuera indagado dentro del término de ley, son injustificables, pues, los errores imputables a los funcionarios públicos no pueden producir quebranto en las garantías constitucionales que informan el proceso penal, sobre todo por tratarse de un proceso que restringe la libertad. Véase como al folio 10 del expediente principal, consta una razón del secretario del Juzgado, en la que se dice que el amparado no fue indagado el mismo día en el que fue puesto a las órdenes del Juzgado, pues ni la Unidad de Admisión ni el Organismo de Investigación Judicial tenían vehículos para trasladarlo al juzgado y que el señor *** del OIJ indicó que para ese día no tenía ninguna solicitud de traslado de reos y además tienen prohibido trasladar a los reos en los vehículos comunes por no contar éstos con medidas de seguridad.

Conforme al artículo 274 del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá ser indagado por el juez dentro del término máximo de 24 horas después de que fue puesto a su disposición, y en casos en que el juez no la pudiese recibir, el término se prorrogará otras 24 horas. En este último supuesto debemos entender que las únicas razones admisibles desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los imputados y en general de todas las personas, para no recibir la declaración del imputado, son las de fuerza mayor, porque nadie está obligado a

lo imposible, pero la Sala no puede admitir que por negligencia estatal, no hayan sido trasladados los reos al juzgado para que rindieran su declaración. Lo contrario implicaría otorgarle al Estado la autorización de transgredir las normas constitucionales sobre derechos humanos por razones de negligencia o irresponsabilidad, lo que es inaceptable en un Estado de Derecho como el nuestro, pues el Estado es una organización político social creada y desarrollada por el hombre para atender asuntos de interés colectivo que no pueden ser resueltos por el individuo, pero no por decirlo así, para cobrar vida propia, independiente del ser humano y de sus derechos inherentes y actuar en contra de estos derechos. Visto así el caso, es absolutamente inexcusable que la falta de gasolina en un vehículo estatal, o la falta de previsión de los funcionarios responsables para asignar un medio de transporte a los reos para que fueran indagados por el juez, se haya incumplido con una norma legal que es parte del conjunto de garantías procesales que protegen al procesado. Pero no es posible decretar la libertad del amparado por cuanto el término del artículo 274 del Código es ordenatorio para el Juez y podría acarrearle eventualmente responsabilidad disciplinaria, lo que le permite y lo obliga a cumplir con lo allí establecido aún cuando se hayan vencido los términos, es decir, no pierde su competencia para actuar.

Sin embargo, se nota que el hecho denunciado no es responsabilidad del juez, sino de otras autoridades y por ello debe condenarse al Estado en abstracto."

Sala Constitucional V-892-91 de las 14,20 hrs. del 8 de mayo de 1991.

22).- Autoridad Judicial competente para recibir prueba testimonial.

"I.- Para investigar los hechos que son objeto de una causa penal, el Juez de Instrucción los comprobará por los medios legítimos de prueba, que señala el Código de Procedimientos Penales, entre ellos, las declaraciones de los testigos. Estas, conforme a lo que disponen los artículos 94 y 208 deberán recibirse bajo juramento, que deberá ser recibido por el juez o el presidente del tribunal, bajo pena de nulidad. El Juez es quien debe interrogar al testigo, en los términos claros que se señalan en los artículos 224 y 234 *ibidem*. Por razones obvias, las mismas disposiciones que se indican, son aplicables a los Agentes Fiscales, en los casos de Citación Directa. Quiere todo ello decir, que para la validez de las declaraciones de los testigos, se requiere ser juramentados e interrogados por el juez, lo que no se hizo en el caso bajo examen, como consta en los informes rendidos.

II.- Conforme a lo dicho, para que una declaración pueda ser examinada por Falso Testimonio, se requiere que haya sido rendida ante la autoridad judicial competente, en ejercicio de su función y dentro de un determinado expediente o caso, en los mismos términos que se indican en el artículo 314 del Código Penal; es decir, que la declaración se rinda ante autoridad competente y en la especie, con la observancia de los requisitos que se analizan en el Considerando anterior.

III.- Como en el presente caso, al acudir ante el Juzgado de Instrucción, el accionante no declaró ante el Juez, ni éste lo juramentó como lo exige el Código de Procedimientos Penales, resulta que el acto de deposición, si bien puede resultar válido a los fines de la instrucción, si no es reconocida oportunamente su nulidad, no puede tenerse como base de un juzgamiento por falso testimonio, pues la declaración no fue rendida ante autoridad competente y por ello no puede depararle responsabilidad penal a la supuesta contradicción entre lo afirmado en esa

oportunidad y el debate. No resulta válida la afirmación del Juzgado de Instrucción en el sentido de no disponer del tiempo necesario para atender personalmente a cada uno de los testigos que acuden a su Despacho, puesto que si el requisito emana de la Ley procesal, para respetar y acatar el principio de legalidad de las actuaciones del tribunal, se debe ceñir el Juzgado a lo expresamente dispuesto para el caso por el legislador, el escribiente no es más que un transcriptor de lo dicho por el testigo ante el Juez o Actuario, éste debe necesariamente informarse sobre el dicho del declarante, aunque no está en la obligación de mantenerse presente durante todo el tiempo necesario para que la materialización del acto se efectúe. Es cierto que la firma de las declaraciones supone una presunción de validez de las actuaciones del Juzgado, pero susceptible de ser combatida por los medios usuales, como en el caso presente, en el que es la misma juez de instrucción, la que confirma lo dicho por el accionante, en el sentido que las actuaciones y el juramento los dirigió un escribiente de la Oficina, quien, como ya se dijo, no tenía competencia para realizar esos actos procesales. Es decir, que corresponde a cada Tribunal, en su caso, analizar y considerar el cumplimiento de los requisitos formales, para asegurar que se hayan observado las reglas del proceso, en todo lo que atañe a las declaraciones de los testigos.

IV.- Habiéndose comprobado que en distintas instancias la defensa ha alegado la nulidad de tal acto, incluyendo en el debate en que se conoció de la declaración del accionante, que luego fue calificada de constitutiva de falso testimonio, procede declarar esa nulidad y eliminar la amenaza a la libertad e integridad personales del recurrente, restituyéndolo al pleno goce de su derecho conculcado, con los efectos derivados que señala la Ley de esta Jurisdicción."

Sala Constitucional V-965-91 de las 16,14 hrs. del 21 de mayo de 1991.

"Los Magistrados Baudrit y Solano, con redacción del primero, salvan el voto y declaran sin lugar el recurso, con base en las siguientes consideraciones: Dos artículos, dentro del ordenamiento procesal penal vigente se ocupan del juramento: el 94 y el 234 que sancionan, bajo pena de nulidad, por su orden el hecho de que no fuere recibido por las creencias del que jura o el que éste no fuere advertido de las penas que la ley impone por la falsedad y la circunstancia de no prestarse del todo. Ahora bien, estas nulidades no son absolutas y por ende subsanables en la misma forma que lo dispone ese ordenamiento; bajo pena de caducidad las producidas en la instrucción deben ser opuestas durante ésta o en el término de citación a juicio y quedarán subsanadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 inciso 2), cuando quien tuviere derecho a oponerla haya aceptado los efectos del acto. En todo caso, para lo que interesa -como se dirá- no se trata de calificar si el funcionario tenía facultades para juramentar, sino la voluntad del declarante para rendirlo ante quien no tenía por qué dudar que podía recibirlo. En el caso que se cuestiona, independientemente de quien lo recibiera -cumpliendo con todos los requisitos necesarios al efecto como está acreditado en autos- lo cierto es que el recurrente rindió su declaración y juró decir verdad en lo que declaraba, sin que en la instrucción -etapa procesal en la que necesariamente debía hacerse- se protestara por su juramentación; así, para todo efecto, la deposición del recurrente debe entenderse rendida bajo la fe del juramento. En cuanto a la inexistencia de la grabación del debate que se pretende aducir como prueba, es materia que debe ser valorada por el Tribunal que conoce de la causa oportunamente y no por esta Sala. De lo expuesto, el recurso deviene improcedente y así debe declararse."

23).- Plazo para resolver situación Jurídica

"La declaratoria del recurrente se produjo el día 6 de abril de 1990, (ver folio 35 vuelto) y no es visto sino hasta el 30 del mismo mes. que se dicta el auto de falta de mérito visible a los folios 57 y 58. Este retardo se debe a la falta de interpretación errónea por parte del Juez del artículo 286 párrafo segundo en relación con el artículo 274, ambos del Código Procesal Penal, pues el término de seis días que allí se establece debe contarse a partir de la declaración de cada uno de los imputados, y no desde que declara el último de ellos, interpretación esta última que acarrearía la detención de los otros por más tiempo del permitido ante la ausencia o rebeldía de uno de los posibles partícipes, situación que ya resolvió la Sala en otro caso similar".

Sala Constitucional V-1001-91 de las 16,20 hrs. del 4 de junio de 1991.

24).- Prisión preventiva como medida excepcional y necesaria fundamentación de la denegatoria de excarcelación.

"En forma reiterada esta Sala ha indicado que en el proceso penal el imputado goza de un "Estado de Inocencia", esto es, se presume que es inocente hasta tanto no se establezca lo contrario por sentencia firme. En forma compatible con este Estado de Inocencia y para asegurar la actuación de la ley penal, el imputado puede ser sometido a prisión preventiva como medida excepcional y en los casos que taxativamente enumera el Código de Procedimientos Penales en el artículo 297 y siguientes. En el presente caso la autoridad recurrida, en sus últimas resoluciones deniega la excarcelación al imputado indicando como fundamento de su actuación, el párrafo tercero del artículo 297 que permite denegar la excarcelación cuando el extremo menor de la pena para el delito fuere superior a seis años y para evitar escándalos probables; pero esta Sala ha expresado en forma reiterada, que el Tribunal no debe limitarse a señalar el artículo 297 para actuar como lo hizo, sino que debe además justificar la necesidad procesal para dar aplicación a esa norma, al tenor de lo que establecen artículo 7 incisos 2) y 3) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 20 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

TERCERO: En cuanto a la indicación reiterada que ha venido haciendo el Tribunal que deniega la excarcelación "para asegurar un pronto debate", debe agregarse que este criterio resulta equivocado, ya que la libertad sólo podrá ser restringida en los límites estrictamente necesarios para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley penal en los términos que en forma expresa regula el artículo 297 del Código Procedimental, el que no prevé la situación a que hace referencia el tribunal recurrido.

Lo anterior motiva que deba declararse con lugar el recurso interpuesto, pero no conlleva la libertad del procesado. Se ordena remitir el expediente al Tribunal recurrido a efecto de que fundamente debidamente su pronunciamiento, debiendo hacer del conocimiento de esa Sala el pronunciamiento que en definitiva se dicte para ser agregado a este expediente."

Sala Constitucional V-984-91 de las 16,03 hrs. del 4 de junio de 1991.

25).- Adecuación de penas independientemente de si fueron o no descontadas.

"En el presente caso le asiste la razón a la recurrente. Estima la Sala que de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del Código Penal, es procedente la adecuación de la pena si existe concurso material de delitos, independientemente de si las penas fueron o no descontadas. Si por diferentes motivos

el imputado no fue juzgado en un solo proceso, y ya descontó algunas penas, no se puede interpretar restrictivamente la norma negándosele la adecuación de la pena si los delitos al tenor de lo establecido en el artículo 22 del Código Penal se encuentra en concurso material. Debe partirse de que el concurso material, tiene como finalidad principal llegar a una pena conjunta, en aquellas acciones que deben o debieron juzgarse en un mismo proceso, por lo que no es relevante como lo entiende el Tribunal recurrido, la fecha de la sentencia condenatoria, sino de la comisión del delito, a fin de determinar si efectivamente pudieron ser juzgados en un mismo proceso. Por lo expuesto se declara con lugar el recurso, se ordena a la autoridad recurrida proceder a establecer si existió concurso material de delitos en cuyo caso deberá adecuar todas las penas, al tenor de lo establecido en el artículo 76. Contra lo resuelto cabrá el recurso previsto en el artículo 502 *ibidem*."

Sala Constitucional V-983-91 de las 16,02 hrs. del 4 de junio de 1991.

26).- El imputado no está obligado a presentar testigos.

"Independientemente de la finalidad que la señora Fiscal tuviera al autorizar se enviara el telegrama que dio base para la presentación del presente recurso (conminando al imputado para que presentara un testigo), es lo cierto que el imputado no se encuentra legalmente obligado a presentar a ningún testigo, ni siquiera los ofrecidos por él, esa es obligación única del Estado en cumplimiento de su responsabilidad en el esclarecimiento de los hechos delictivos de acción pública. De lo anterior deviene a que resulte también ilegítima la conminación que se le hace al recurrente, de que en caso de que no presentare al testigo ***, ambos serán conducidos a la oficina judicial por medio de Agentes del Organismo de Investigación Judicial. Todo lo anterior hace que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 15, 25 y 26 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, deba declararse con lugar el recurso interpuesto."

Sala Constitucional V-1052-91 de las 14,36 hrs. del 7 de junio de 1991.

27).- Medios probatorios válidos para acreditar el "lavado de dinero".-

"I.- El primer enfrentamiento del artículo 15 de la Ley No. 7093, dice el actor, es con "los principios del debido proceso constitucional, además del de inviolabilidad de la defensa en juicio". Debe partirse de la tesis de que el principio del debido proceso es comprensivo del de la inviolabilidad de la defensa en juicio y no solamente de ese, sino de otros muchos principios y derechos más, pues estamos en presencia, por decirlo de alguna manera, de un principio matriz, a partir del cual surgen y se desarrollan otros que incluso, a nivel teórico, tienen un concepto y tratamiento específico y propio. Por eso, algunos autores se extienden en enumerar algunos de ellos como contenidos en aquél, al que también llaman principio del proceso regular y legal, significando que se trata de una garantía superior del ordenamiento en el sentido de que ninguna persona puede ser sometida a un proceso, sin que se reúnan ciertos requisitos mínimos. Así entonces, tenemos que dentro del debido proceso, aparte del citado de inviolabilidad de la defensa en juicio, que a su vez puede descomponerse en cierto número de derechos más específicos, existen, entre otros, el principio de legalidad penal; el derecho a una sentencia fundamentada, con fijación de los hechos conforme con pruebas legítimamente recibidas; el derecho de recurrir de la sentencia desfavorable; el principio o derecho de juez natural, y el de cosa juzgada o *nom bis in idem*. En ese sentido cabe destacar que nuestra Constitución Política no sólo contempla el principio o derecho al debido proceso

en sus artículos 11, 39 y 41, sino que también en los artículos 35, 36, 37 y 42, de manera que con desconocimiento de estos derechos, es inaceptable jurídicamente un "proceso", no importa la gravedad de los hechos que se imputen a una persona.-

II.- Por lo dicho en el considerando anterior, la Sala encuentra que debe analizarse en qué sentido hay una violación al debido proceso por parte del artículo 15 de la Ley No. 7093. El actor nos aclara el punto cuando señala que esa norma viene a "derogar todo lo relativo a los medios de prueba" (página 9 de la acción). En diversos pasajes insiste el libelo de interposición de la acción sobre este extremo. Para una mayor precisión, veamos lo que señala esa norma.

"Artículo 15.- Se impondrá prisión de ocho a quince años a quien realice cualquier acto o contrato, real o simulado, de adquisición, posesión, transferencia o disposición de bienes, tendiente a ocultar o a encubrir el origen de recursos económicos obtenidos por medio del tráfico ilícito de drogas o de delitos relacionados con esa actividad, independientemente del lugar en donde el acto ilícito se haya cometido. Cuando el hecho se hubiere cometido en el extranjero, su comisión podrá acreditarse por cualquier medio."

El análisis de ese texto no puede llevar a la conclusión de que vino a derogar el régimen de las pruebas en el proceso penal, sino que, interpretándose conforme al principio general del debido proceso, simplemente se contempla la posibilidad de que, para probar el ilícito allí establecido, se pueden allegar todo tipo de pruebas, de conformidad con lo que establece el código procesal respectivo. La Sala estima forzada la interpretación que de esa norma, en su párrafo final, hace el actor, pues se refiere a "por cualquier medio" como una referencia específica a "cualquier medio legítimo" mediante el cual el juez pueda llegar al conocimiento de la verdad real, principal objetivo del proceso. Por eso se citó supra uno de los derechos en que se descompone el debido proceso: el de obtener una sentencia fundamentada en los hechos, demostrados éstos de conformidad con pruebas legítimamente recibidas y analizadas. Es forzada la tesis sostenida en la audiencia celebrada para oír conclusiones, de que la Ley No. 7093, no obstante que expresamente estableció las leyes que derogó (vid. artículo 37), conlleva una derogatoria del régimen de pruebas contenidas en el Código de Procedimientos Penales vigente, ya que en cuanto a este extremo, como venimos examinando, autoriza que el ilícito a que se refiere el artículo 15 pueda acreditarse por cualquier medio, entendido éste como un medio legítimo. Por otra parte, el artículo que se impugna no pretende establecer sus regulaciones a ese campo, por manera que ahí sí hay que admitir su sujeción o dependencia a lo que sobre la materia disponga, inextenso la ley procesal. Tanto es así, que en el propio código procesal encontramos en el artículo 198 sobre pruebas y una norma complementaria, artículo 400, que contiene un mandato de nulidad, para cuando:

a) la sentencia se base en medios o elementos probatorios esenciales, no incorporados legalmente al debate (inciso 3); y

b) cuando en la sentencia faltare o fuere contradictoria la fundamentación, o no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo (inciso 4).

Esa nulidad, obviamente, la pronuncia el juez ordinario, dentro del mismo proceso penal, pero se menciona en esa sentencia para significar que no es posible aceptar sin reparar en sus consecuencias, lo sostenido por el actor. Además, es obvio que no puede entenderse que haya derogatoria alguna, puesto que la frase final del artículo impugnado realmente no agrega elemento alguno en lo que respecta al régimen legal de pruebas penales. Por eso algunos han afirmado que sin el párrafo de comentario, la situación jurídico-procesal sería idéntica. Tanto la Procuraduría General de la República como el Ministerio

Público, han coincidido en este aspecto. La Sala considera que, en lo posible, su función estriba en declarar inconstitucionales solamente aquellas normas que, irremisiblemente son incompatibles con el ordenamiento constitucional, mas no cuando ellas permitan una interpretación conforme con él. De ahí que en cuanto a este aspecto y por las razones que se expresan, la acción debe declararse en lugar."

Sala Constitucional V-1090-91 de las 16,15 hrs. del 11 de junio de 1991.

28).- La descripción del artículo 15 de la Ley de Sicotrópicos No. 7093 no constituye una forma de complicidad.

"Se afirma también en la acción que la norma impugnada (art. 15 de la Ley de Sicotrópicos #7093), viola el principio de legalidad criminal, porque "el tipo penal que describe es tan amplio que resulta inaplicable por cuestión de elementos normativos y, tan especial, por cuanto la descripción de la conducta no constituye autoría de un delito principal, sino más bien complicidad en la conducta que establece el numeral 14 de la misma ley." Incluso, se agrega que ese error compromete seriamente la lucha contra el narcotráfico, al no contarse con una legislación "correcta" (pp. 2-3 del escrito de interposición). No se trata, como se ve, de una cuestión de constitucionalidad, verdaderamente, ya que el actor simplemente cree que la descripción contenida en el artículo 15 de comentario apenas constituye la figura de una "complicidad" en relación con la figura principal, que vendría a ser el tipo del artículo 14 de la ley. En opinión de la Sala, ese argumento es de mera legalidad; se relaciona con la manera en que se interprete el numeral 15, mas no se traen a debate argumentaciones que ataquen su constitucionalidad. Y es de legalidad toda la argumentación que en este aspecto esgrime el actor, pues cae dentro del campo de lo que se considera política criminal, al crearse un delito autónomo para el ocultamiento del origen de los recursos económicos obtenidos por medio del tráfico de drogas, comúnmente llamado "lavado de dinero". La lectura del numeral 15 que aquí se impugna es clara y no permite entender que se trata de un simple "encubrimiento", sino que la acción del agente se ubica dentro de otra fase de toda una compleja organización que se dedica al tráfico internacional de drogas. Un autor del delito establecido en el artículo 15, no necesariamente incurre en el que prevé y sanciona el artículo 14 de la ley, mas nada impide que ambos, según las circunstancias, se puedan realizar en concurso material. De toda suerte, y aquí cabe reiterar el señalamiento previo, estamos ante consideraciones de mera legalidad que no son de recibo en este proceso constitucional, aunque la Sala las formula como análisis obligado de la tesis sostenida en la acción. Bien puede el legislador constituir en figura autónoma una acción que, caso contrario, sería un dispositivo amplificador del tipo, y sobre este particular pueden citarse, a manera de ejemplo, lo establecido en los artículos 271, 298 y 343 del Código Penal."

Sala Constitucional V-1090-91 de las 16,15 hrs. del 11 de junio de 1991.

29).- La descripción típica del artículo 15 de la Ley de Sicotrópicos no es un tipo penal abierto.

"Se atribuye al artículo impugnado (15 de la Ley de Sicotrópicos #7093) el quebranto constitucional de establecer un "tipo penal inaplicable". Sobre el particular se afirma:

a) existen muchos verbos descriptivos de la acción, lo que hace confuso el tipo penal;

b) por ello, esos tipos penales tan abiertos son contrarios a los numerales 11 y 39 de la Constitución.

En cuanto al primer aspecto, la queja proviene de la utilización de "cualquier acto", "cualquier contrato", sin saberse con qué características, hacen incurrir en delito. Sin embargo, la lectura completa del numeral cuestionado nos aclara que, efectivamente, cualquier acto o contrato, siempre y cuando esté dirigido a ocultar el origen de los dineros en él empleados, puede enmarcarse dentro de los supuestos de la norma. No quiere esto decir, como lo alega el actor, que entonces el tipo requiere una dependencia de otras disciplinas jurídicas, como las que definen el contrato o el acto jurídico, pues es obvio que no se trata de definir qué es acto o contrato, sino de una constatación fáctica de que éstos se han realizado, con los fines de ocultar, tal cual lo prevé la norma. Insiste la acción en que se trata de un "encubrimiento" y no un tipo autónomo, porque "si existe conocimiento anterior del delito principal, como lo consigna ese tipo penal, es imposible que existan autores del delito de lavado de dólares" (p. 12), y más adelante agrega que se requeriría ("casi") una condenatoria anterior por el tráfico para poder establecer la proveniencia del dinero, y que por ello "el tipo penal es imposible de aplicar". La Sala ya sentó que es materia de política legislativa incluso elevar a delito lo que técnicamente podría ser materia de encubrimiento. Pero, en lo que respecta al argumento previamente citado, la acción también cae en un aspecto de legalidad, pues se trata de apreciación de los hechos, tarea que corresponde al juez ordinario y no al constitucional. En efecto, tal lo que se ha citado apenas en forma parcial, ya que el escrito inicial es mucho más prolijo en ello, se trata de un argumento de mera legalidad ya que pretende demostrar una supuesta inaplicabilidad de la norma, pero dentro de las posibles interpretaciones.-

En lo que se refiere al "tipo penal tan abierto", no encuentra la Sala fundado el reproche. Por una parte, el exceso de verbos descriptivos de la acción, simplemente pretende cubrir una serie de posibilidades, dentro de la sofisticación a que ha llegado la moderna delincuencia, tal como ya fue analizado por la Sala de Casación Penal respecto de la serie de verbos que contiene a su vez el artículo 16 de la ley No. 7093 (vid. sentencia No. V-234-F de las 8,30 horas del 9 de setiembre de 1988). Además, como también quedó consignado supra, podría pensarse en un concurso de delitos (de los ilícitos contenidos en los artículos 14 y 15), y también en situaciones perfectamente deslindables, como la propia experiencia reciente nos lo indica, en que las personas que participan (por ejemplo) en la etapa de comercialización de drogas ilícitas, encargan a otras para que intervengan en la siguiente y no menos importante, de "limpiar", o como también se dice, "sacar de sospecha" a los dineros que provienen de aquella actividad. Pero no explica el actor, por qué hay un "tipo penal tan abierto", según su propia calificación. Vale entonces citar la sentencia de esta Sala, No. 1877-90 de las dieciséis horas y dos minutos del día diecinueve de diciembre último, en que se analiza el tema específico y con la que se hace claro que si la norma cuestionada contiene un sujeto, verbo activo y sanción, mal podría hablarse de un tipo penal de esta clase. En el presente caso, más bien, el actor indica que hay proliferación de verbos y lo califica como peligroso, pero según lo que se lleva dicho, se trata de una técnica legislativa que procura cubrir -en lo posible- la sofisticación a que se ha llegado últimamente en punto al tráfico ilícito de drogas. No puede pasar inadvertido el hecho de que con posterioridad a la vigencia de la Ley No. 7093, Costa Rica forma parte de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, firmado en Viena el diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, suscrita por nuestro país el veinticinco de abril de mil novecientos

ochenta y nueve y aprobada por la Asamblea Legislativa, según Ley No. 7198 de 25 de setiembre de 1990. Esta Convención, en su artículo 3, contiene una disposición que obliga internamente a los Estados miembros a adoptar ...

"... las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno cuando se cometan intencionalmente:

b.i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones ...".

Esta norma sólo nos sirve para ejemplificar como hay un compromiso de carácter mundial en la sanción del narcotráfico, aunque no coincida plenamente con lo que en la legislación penal interna se tiene en estos momentos. Además, también es claro de la lectura de otros artículos de la citada Convención, que ésta expresamente reconoce que las amplísimas disposiciones de su artículo 3 (parcialmente citado) no afectarán "el principio de la tipificación de los delitos" "y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto" en el derecho interno de los Estados. Es obvio que el estado costarricense ha dado pasos importantes en punto a la sanción de una serie de hechos relacionados con el narcotráfico, y el artículo 15 aquí impugnado es una muestra de ese propósito. No encuentra la Sala, pues, base para acoger una inconstitucionalidad de la norma en un alegado tipo penal abierto, como lo menciona el actor, sino que, por el contrario, la misma se ajusta a los requerimientos que doctrinal y constitucionalmente debe reunir una norma penal, para que cumpla con los propósitos de su creación.-"

Sala Constitucional V-1090-91 de las 16,15 hrs. del 11 de junio de 1991.

30).- Obligación del defensor de procurar la comparecencia de su cliente al debate.

"Como ya lo ha resuelto la Sala en casos similares, es obligación del defensor procurar la comparecencia de su cliente al debate, en tanto que, por esa relación profesional debe estar en constante contacto con él. Y si ocurre la circunstancia del abandono de la ciudad del imputado, el defensor tiene la obligación de comunicarlo al Tribunal de la causa para relevarlo de su responsabilidad.-"

Sala Constitucional V-1093 de las 15,44 hrs. del 12 de junio de 1991.

31).- Validez de testimonio recibido sin señalamiento ni notificación a las partes.

"El recurso debe ser declarado sin lugar pues la inasistencia de las partes a la recepción del testimonio de ... (recibido en el hospital, sin señalamiento ni notificación a las partes), no produce la nulidad que en diversas instancias alegado el recurrente, toda vez que el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales debe ser interpretado en estrecha relación con el 353 inciso 3 del citado ordenamiento procesal. La declaración recibida a la ofendida mantiene su validez a los efectos de la instrucción y si la causa fuere elevada a juicio, será la deposición que ella dé en la audiencia pública la que tenga validez para dictar sentencia, desde luego que si entre una y otra existen

diferencias, el Tribunal deberá proceder conforme a lo reglado en el 384 inciso 2 ibídem, a efecto de que explique las causas de las contradicciones y el Tribunal de Juicio pueda apreciar ese elemento probatorio analizándolo conforme a las reglas de la sana crítica."

Sala Constitucional V-1234-91 de las 8,32 hrs. del 3 de julio de 1991.

32).- No procede la detención por contravención.

"Como ya lo ha resuelto esta Sala, en el artículo 37 Constitucional, faculta la detención de las personas sólo en los casos en que se tengan indicios comprobados de que se ha cometido un hecho delictivo y que en el mismo tuvo participación culpable dicha persona. La detención a la que se sometió la señora ... resulta contraria a la norma de la Constitución Política, pues al hacer referencia el constituyente a "delito", lo hace en el sentido estricto del término, sea excluyendo las contravenciones. El proceder correcto de las autoridades encargadas del orden público debió ser, llevar de inmediato al detenido ante la autoridad judicial que conoce las faltas y contravenciones, o identificarla debidamente y ponerla en libertad, citándola para que se presentara ante aquella autoridad. Al no haberse actuado así, en este caso, resulta el recurso procedente y cabe advertir al recurrido, para que de ello tome nota, que la jurisprudencia que en su descargo cita en su informe, si bien dictada por esta Sala, lo fue cuando se aplicó la Ley de Hábeas Corpus, ya derogada por la de la Jurisdicción Constitucional."

Sala Constitucional V-1239-91 de las 8,42 del 3 de julio de 1991.

33).- La recalificación de los hechos acusados no causa ninguna violación constitucional.

"La acusada inobservancia, del recurrido o la del órgano requirente, de lo dispuesto por la Sección Segunda, del Tribunal Superior ..., sobre la recalificación que se interesa, no torna incierta la situación del señor ..., ni amenaza su libertad individual, toda vez que el objeto del proceso es el acontecimiento histórico investigado y no la figura jurídica con que se le ha calificado, la que, en todo caso, es siempre provisional, ya que es susceptible de ser modificada por el tribunal, en cualquier momento, sin necesidad de realizar nueva intimación. Así lo actuado por el recurrido no es violatorio del derecho constitucional que se reclama, lo que hace que el recurso devenga improcedente. Por otra parte, a tenor de lo dispuesto por el artículo 397 de Procedimientos Penales, no es a esta Sala, como se pretende, sino al Tribunal Superior respectivo a quien corresponde -en la Sentencia-, en su caso, dar una calificación distinta a la que contenga el requerimiento fiscal o el auto de elevación a juicio al apreciar legalmente los hechos conforme a su criterio, ya que la apreciación de ellos por el Fiscal o por el Juez, en su caso, no es determinante para el Tribunal."

Sala Constitucional V-1288-91 de las 9,05 hrs. del 5 de julio de 1991.

34).- La negativa a que el imputado se aleje de la audiencia no permite anular la sentencia en esta vía.

"Es pretensión del accionante que esta Sala anule el debate celebrado y la sentencia dictada, por no haber permitido el Tribunal recurrido la salida de la sala de debates de las imputadas, lo que es improcedente por lo que de seguido se dirá. Como ya lo indicó esta Sala en voto 846-90 de las quince horas y quince minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa, los actos que se produzcan en

el debate por no producir efectos propios sino en relación con la etapa procesal a la que pertenecen deben ser alegados ante el Tribunal que conoce el asunto y eventualmente en el recurso de Casación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a quien corresponde analizar las incidencias del debate y de la sentencia al resolver los recursos legales que quepan contra lo resuelto. Por lo expuesto, en derecho corresponde declarar sin lugar el recurso."

Sala Constitucional V-1312-91 de las 13,38 hrs. del 10 de junio de 1991.

I. RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

A.- Derecho Penal

1).- Agresión con arma El daño o lesión puede o no producirse

"Como lo ha indicado esta sala en otras oportunidades, el delito de Agresión con Arma que establece el artículo 140 del Código Penal, se configura cuando se agrede a otro "...con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida...", lo que significa que puede o no producirse daño, herida o lesión, y no como lo afirma el recurrente que debe leerse "cuando no se causare herida" conforme lo interpreta un sector de la doctrina argentina (ver f. 60 fte. segundo párrafo), pues tal criterio resulta contrario no solo al tipo legal que previó el legislador en la citada norma sino también contrario al sentido gramatical de la palabra "aunque" (que viene de "aun que"), cuyo significado precisamente incluye o introduce la posibilidad de que se cause herida (entiéndase como "no obstante", "por mucho que", sin embargo", "aun cuando", etc. Cfr. al respecto de Sainz Robles, Federico C., su ob. Ensayo de un Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos; Ed. Aguilar, quinta ed., Madrid, 1963, p.135; y Diccionario de la Real Academia Española, vigésima ed., 1984, Tomo I, p.152). Es importante anotar que de admitirse la tesis del recurrente, se presentaría el contrasentido de otorgar un trato más benigno a aquella conducta que tiene un resultado más lesivo para la víctima; es decir, si se produce solo la agresión con objeto contundente sin lesión o herida que amerite incapacidad alguna, debe condenarse por el delito que prevé y sanciona el artículo 140 ibídem con pena de prisión que va de dos a seis meses; pero si como producto de la misma agresión se deriva una lesión o herida que incapacita para las labores habituales hasta por diez días o menos, entonces debe estarse ante la contravención del artículo 374 ibídem, con sanción de tres a treinta días multa. Lo anterior resulta inaceptable y opuesto a los límites normativos que estableció el legislador en los numerales aquí señalados. Con sustento en lo dicho se declara sin lugar el recurso por el fondo. El Magistrado González expresa sus razones por separado.

Sala Tercera N 247-F-91 de las 9,30 horas del 7 de junio de 1991.

Razones del Magistrado González Alvarez

Al igual que la mayoría estimo que el recurso debe declararse sin lugar, pero por diferentes razones, las que me permito exponer de seguido:

1.- En el presente caso se tuvo por cierto que el encartado le lanzó al ofendido tres botellas, de las cuales una le pegó en el hombro y otra en la cabeza, causándole lesiones que lo incapacitaron por el término de ocho días. El señor Juez, condenó al imputado por el delito de agresión con arma, previsto en el artículo 140 del Código Penal. El defensor público alega que la conducta se tipifica en la contravención de lesiones

levísimas (inciso 1) del artículo 374 *ibidem* porque, con apoyo de doctrina, estima que la agresión, por ser un delito de peligro, queda desplazada cuando se produce un daño al bien jurídico tutelado, en este caso, la integridad física y la vida.

2.- En mi opinión el juzgador de instancia procedió en forma correcta al aplicar al imputado la sanción prevista en el artículo 140 *ibidem*, porque nos encontramos en presencia de un concurso ideal heterogéneo, según la descripción hecha en el artículo 21 del Código Penal, lo que obliga a aplicar la pena más grave señalada en el numeral 75 *ibidem*, que resulta ser, en este caso, la pena del delito de agresión. Tiene razón el señor defensor al afirmar que el delito de daño siempre desplaza la aplicación del delito de peligro, pero esto sucede solo en los casos en que el tipo penal no refiera dentro de sí al delito de resultado. El legislador, en el tipo penal que nos ocupa, creó un híbrido, extraño a la legislación argentina, por ello, la doctrina que cita el impugnante no es aplicable al punto en discusión. En efecto, al analizar la figura del artículo 140 del Código Penal, encontramos que se utiliza una conjunción concesiva, que tiene la función de enlazar dos frases, de modo que la segunda resulta una objeción o reparo a lo dicho en la primera; pero sin que ésta sea excluida. Dicha conjunción la constituye el término "aunque". En efecto, la expresión "aunque no causare herida", implica que hay agresión tanto cuando el autor agrede con un objeto contundente, sin producir lesiones, como también cuando agrede y lesiona a la vez. Lo anterior significa que la agresión subsiste independientemente de que la conducta haya producido la lesión, porque así lo estableció el legislador en forma expresa. Sin embargo, en los diferentes delitos de lesiones (e inclusive en la contravención del artículo 374 inciso 1) del Código Penal), no se describe la agresión con objeto contundente como elemento típico, ya que aquéllas pueden producirse incluso por omisión. En otras palabras, la agresión con arma no está descrita en los diferentes tipos de lesiones, razón por la cual esos delitos no se excluyen entre sí. En consecuencia, existe el delito previsto en el artículo 140 *ibidem* cuando se produce una agresión con un objeto contundente, independientemente de que cause lesiones o no; y se configura cualesquiera de los tipos de lesiones (levísimas, leves, graves o gravísimas) con independencia de que exista o no una agresión con objeto contundente, motivo por el cual ambos tipos no se excluyen entre sí. En el presente caso el imputado le lanzó al ofendido varios objetos contundentes, lo que constituye el tipo de agresión (artículo 140 *ibidem*), y produjo un resultado lesivo, lo que encuadra también en la contravención de lesiones levísimas (374 inciso 1) *ibidem*), se trata de una sola acción en los términos definidos por la doctrina dominante (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 1982, tomo IV, pp. 554 ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Boch, Barcelona, 1981, volumen II, pp. 1010 ss.), pero que se adecúa a dos tipos penales que no se excluyen entre sí. Por lo tanto, al encontrarnos en presencia de un concurso ideal heterogéneo, -como ya se dijo- debe aplicarse la pena correspondiente al ilícito más grave (artículos 21 y 75 del Código Penal).

3.- Por todo lo expuesto, el recurso debe declararse sin lugar, pero procede corregir la fundamentación de la sentencia en los términos señalados, con base en el párrafo primero del artículo 484 del Código de Procedimientos Penales".

Daniel González Alvarez.

2).- Hurto Agravado Necesidad de que concurren las características señaladas para el tipo general del hurto.

"Efectivamente le asiste razón al impugnante, por lo que debe aplicarse retroactivamente la ley penal más benigna conforme

lo dispone el artículo 49 inciso 5) del Código Procesal Penal. Según puede apreciarse en el fallo recurrido, resultaron condenados por el delito de hurto agravado en estado de tentativa por cuanto fueron sorprendidos cuando procuraban sustraer el cobertor de un vehículo que fue regulado prudencialmente en la suma de quinientos colones. Sin embargo, por la ley N 6726 de abril de 1982 se modificaron las normas penales que regulan el presente asunto, en especial el artículo 384 del Código sustantivo que vino a establecer la contravención de hurto menor cuando el valor de lo sustraído no excede de mil colones, constituyéndose el tipo genérico del delito de hurto de acuerdo con la descripción que hace el artículo 208 *ibidem*, esto es cuando se realiza un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, siempre que no se trate de la figura contravencional anteriormente referida. De lo expuesto se deriva que el ilícito de hurto agravado requiere necesariamente de las características señaladas para el tipo general del hurto, pues el artículo 209 que lo contempla, únicamente agrega las circunstancias que agravan el apoderamiento ilegítimo mencionado, de conformidad con los montos que apunta el recurrente en su escrito. Así pues, resulta que actualmente el legislador sanciona la sustracción pura y simple como hurto menor cuando el monto de lo sustraído no pasa de \$1.000.00 (Art. 384 *ibid.*), independientemente del número de personas que la hubiesen realizado, pues de conformidad con el artículo 209 *ibid.*, la agravación operaría solamente cuando lo sustraído excede esa suma (hasta \$5.000.00 con prisión de 3 meses a 3 años; si es mayor de \$5.000.00, con prisión de 1 año a 10 años). Por todo lo expuesto esta sala considera que los hechos atribuidos a *** y por extensión del beneficio de la aplicación de la ley más favorable también a *** y *** deben ser recalificados a la contravención prevista en el artículo 384 del Código Penal, según se alega".

Sala Tercera N. V 260 F91 de las 10,35 Hrs del 7 de junio de 1991.

3) Delito continuado

Forma homogénea de realización de actos es reveladora de una misma finalidad.

"Que de la información que consta en el expediente se induce que se puede estar en presencia de un delito continuado, en tanto al parecer se trata de actos de la misma especie, violatorios del mismo bien jurídico, ejecutados homogéneamente y, como derivación de ello, presumiblemente con la misma finalidad. Sobre este punto, la doctrina es conteste en aseverar que, ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues esta muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de los actos es revelatoria de una misma finalidad. Ahondando aún más en la aplicación de este principio y haciendo una interpretación extensiva de la noción de delito continuado, recurso viable en el Derecho Penal, según la doctrina, en tanto favorable al reo precesalmente y reductora del grado de la pena que en caso contrario le correspondería en virtud de la configuración de un concurso real (visto que la pena impuesta por un delito continuado no puede ser mayor que la que correspondería por concurso real, lo que iría contra la voluntad del legislador), la doctrina alemana ha planteado que también se configura el delito continuado cuando se utiliza o aprovecha la misma oportunidad, puesto que, como se apunta arriba, ello constituye un indicador no despreciable de una posible "misma finalidad" en la comisión de los actos del sujeto agente. De tal suerte, que en el presente asunto, sin menoscabo de que elementos de juicio ulteriores acrediten otra cosa, podría eventualmente haber tenido lugar un delito continuado de retención o apropiación indebida, cuyo monto ascendería a veinticinco mil colones, el cual tendría una penalidad general de seis meses a diez años de prisión. Ahora bien, a modo de anotación puede agregarse que, en caso de duda acentuada sobre la configuración o no

de un delito continuado, lo cual no sucede en este asunto, y la consecuente atribución de competencia a uno y otro órgano jurisdiccional, debe optarse por la vía más garantística al imputado, esto es por la sustanciación en juicio ante el Tribunal Superior, siendo que si éste estima al dictar sentencia que no se trata de un delito continuado, sino de un concurso real, nada se opone a que dicte sentencia sobre ellos. En razón de lo anterior, y con base en los artículos 77 y 223 del Código Penal, 22 y 32 ambos incisos a, de la Ley Especial de Jurisdicción de los tribunales, 3 y 397 del Código de Procedimientos Penales, se declara competente para conocer de este asunto al Tribunal Superior Tercero Penal de San José, Sección Segunda."

Sala Tercera V 319 A de las 11,40 Hrs. del 9 de agosto de 1991

4).- Penalidad del delito continuado.

Alega el recurrente que si el tribunal de juicio constató que su defendido cometió trece estafas en las circunstancias acreditadas en la sentencia recurrida, hizo mal en calificar tales hechos como un concurso material, pues más bien se trata de un delito continuado y como tal debió ser penado. El reclamo es de recibo. Según consta en la relación de hechos probados del fallo impugnado, el imputado valiéndose del cargo y funciones que ejercía en el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como contralor y dispensador del trámite en los casos morosos, cobró recibos ficticios a trece ofendidos abonados de tal servicio público y recibió de ellos el dinero que éstos le daban bajo la errónea creencia de que hacían buen pago para la cancelación de sus recibos. Estima esta Sala que tales hechos no constituyen trece delitos de estafa en concurso material sino un delito continuado, toda vez que los mismos guardan entre sí una triple unidad, a saber, la unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad del modo de comisión); unidad del resultado típico (pues los trece delitos lesionan el mismo bien jurídico patrimonial y son incluso de idéntica especie) y, por último unidad del ilícito personal de la acción, (pues el imputado persiguió una misma finalidad con las trece estafas que se le atribuyen). Ahora bien debe hacerse notar que el artículo 77 del Código Penal fija la penalidad del delito continuado y señala que en tal hipótesis "se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta otro tanto", haciendo referencia a la pena establecida por la ley y no a la pena aplicada en concreto, como lo pretende el recurrente en su alegato. Tal posición es avalada por la doctrina: "Mientras los artículos 75 y 76 Cód. Pen. hablan, respectivamente, de que el juez "aplicará la pena correspondiente al delito más grave" y de que se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos", el artículo 77 ibíd. dice que "se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta otro tanto". Ahora bien, pena "prevista" para un delito no es aquella aplicada en concreto, como es el caso en el concurso real, sino pena establecida por la ley. La pena prevista para el hurto simple (Art. 208 Cód. Pen.) es "prisión de un mes a tres años". Así, si hay continuación entre un hurto simple y 4 hurtos de necesidad (Art. 210, prisión de un mes a un año o de 10 a 60 días multa), la pena para la total continuación es de dos meses a seis años de prisión (Cfr. Francisco Castillo González, El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, Publicaciones de Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, pág. 104).- Lo anterior tiene su explicación en que "Para nosotros, el delito continuado no es una pura cuestión de penalidad, que haría de ella una ficción sin base legal cierta, aplicable únicamente cuando favorece al procesado, pero que no podría aplicarse cuando le perjudica, porque configuraría un ataque a la legalidad penal" (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, tomo IV, Ediar, 1982 pág. 543). En el presente caso, la pena señalada para el delito continuado de estafa es de un año a veinte años de prisión

(sea la pena ordinaria aumentada en otro tanto), límites dentro de los cuales debe determinarse la pena a imponer, tomando en cuenta para ello todas las circunstancias del artículo 71 del Código Penal.

Sala Tercera. V-440-F de las 8.40 Hrs del 23 de agosto de 1991.

5).- Robo

Relación de consumación con la violación de domicilio.

"En el motivo único de su recurso por el fondo, la recurrente alega que la sentencia impugnada viola el artículo 23 del Código Penal al aplicarlo al caso concreto, pues de los hechos tenidos como probados resultaba legalmente procedente aplicar más bien las reglas del concurso aparente de normas. Considera, al respecto, que la conducta atribuida a su patrocinado está descrita tanto en el artículo 212, inciso 2), del Código Penal como en el 204 ibídem y que la primera de esas disposiciones (Robo Simple con Fuerza sobre las Cosas) contiene íntegramente a la segunda (Violación de Domicilio Agravada) por lo que la norma a aplicar es únicamente la contenida en el primero de aquellos artículos, ya que las disposiciones legales aludidas en este caso concreto se excluyen entre sí. En resumen, el problema consiste en determinar si el ingreso a una vivienda ajena, con uso de la fuerza, para sustraer bienes que se encuentran en su interior (cuando no concurre la agravante señalada por el artículo 213, inciso 1 del Código Penal) constituye sólo el delito de robo simple o, además, el delito de violación de domicilio, en concurso ideal con aquél. Nuestro Código Penal no somete el delito de violación de domicilio a una subsidiariedad expresa para los casos en que de esa acción resulte un ilícito más grave, como ocurre, por ejemplo, en la legislación argentina, que sanciona la violación de domicilio siempre y cuando "no resultare otro delito más severamente penado"; (Cfr. con Breglia Arias y otro, Código Penal y Leyes Complementarias, Buenos Aires, Depalma, 2da. edición, 1987 pags 490 y 491). Tampoco cabe afirmar, como lo hace la recurrente) que el ingreso por la fuerza a una vivienda para sustraer bienes es una conducta descrita tanto en el artículo 212, inciso 2), del Código Penal como en el 204 ibídem y que la primera de esas disposiciones (robo simple con fuerza sobre las cosas) contiene íntegramente a la segunda (violación de domicilio agravada). En realidad, en nuestro Derecho Penal lo que existe entre estos dos delitos es más bien una relación de consunción. Esta relación, al decir de Rodríguez Devesa (Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, Dykinson, décima edición, 1986, pág. 199) se produce cuando el desvalor, o sea, la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena señalada para esa conducta, abarca, con arreglo al sentido de las normas, el desvalor de un comportamiento diferente, descrito y penado en otro precepto legal. La regla, en tales casos, es que la primera de esas disposiciones (llamada *lex consumens*) excluye a la segunda (denominada *lex consumptae*). Se trata, pues, de un concepto valorativo. Por consiguiente, no es aplicable en forma general y abstracta, sino que depende de las características concretas de los hechos bajo examen. La relación de consunción es, justamente, la que explica la existencia de los llamados "actos anteriores, simultáneos o posteriores impunes", que un sector de la doctrina alemana conoce como "hechos acompañantes típicos" (Cfr. con Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, V. II, 1981, pág.1039). Tal doctrina es acogida por nuestro Código Penal en su artículo 23, cuando dispone que la ley principal, aquella que no ha sido subordinada expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria. La ley, al establecer la pena para el robo simple con fuerza sobre las cosas ya ha tomado en cuenta que ese

hecho, comúnmente, aparece vinculado al ingreso furtivo a un domicilio con ánimo específico de apoderarse de los bienes que allí se encuentran. La violación de domicilio queda subsumida o consumida por el robo simple con fuerza sobre las cosas, cuando este último se comete en un lugar habitado o en sus dependencias. Hay una especie de subordinación tácita del primer ilícito con relación al segundo.

III- Vale la pena aclarar, eso sí, que la situación es distinta -pero la solución es similar- en lo tocante al inciso 1 del artículo 213 del Código Penal, según el cual el robo es agravado cuando la sustracción se comete mediante perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado o de sus dependencias. En este caso, entre este delito y el de violación de domicilio existe propiamente una relación de especialidad; de manera que esa modalidad de robo agravado viene a ser la ley especial frente al delito de violación de domicilio que resulta ser la ley general. Ahora bien, de conformidad con el artículo 23 del Código Penal, las normas especiales prevalecen sobre las generales. En consecuencia, si un individuo penetra a una vivienda mediante perforación, por ejemplo, de una pared, para cometer un robo, no es dable establecer un concurso ideal entre tal delito y el de violación de domicilio, pues este último queda excluido por la disposición ya citada, que regula el concurso aparente de normas. (Cfr. con Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, novena edición, 1983, pág. 309).-

IV- Llegados a este punto, pues, corresponde realizar el correcto encuadramiento jurídico de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia. A juicio de la Sala, la conducta desplegada por el encartado *** no encaja en el delito de robo simple con fuerza sobre las cosas, sino más bien en el de robo agravado; por lo que en la especie debe aplicarse únicamente el artículo 213, inciso 1 del Código Penal. En efecto, de conformidad con el cuadro fáctico establecido en la sentencia, el imputado se presentó a la casa de habitación del ofendido *** , que se hallaba momentáneamente sola, por lo que "procedió a desprender unas reglas de madera del cuarto destinado para cocina y lavandero, logrando así abrir un boquete" por el cual se introdujo a la vivienda en mención, de donde substrajo algunos bienes muebles. Dicha acción evidentemente constituye una perforación de la pared de un lugar habitado. Según el Diccionario de la Lengua Española, "perforar" es agujerear una cosa atravesándola. O bien, agujerear una cosa atravesando alguna capa. Se trata, pues, de un sinónimo del verbo "horadar" que significa agujerear una cosa atravesándola de parte a parte. Y atravesar significa (en su cuarta acepción, que es la que interesa) "pasar un cuerpo penetrándolo de parte a parte". Como se puede ver, conforme a todas esas definiciones la perforación implica hacer un hueco que atraviese o traspase un determinado objeto. En consecuencia, la perforación es un concepto que importa la idea de horadar o atravesar la defensa mediante la fuerza humana o mecánica, aunque no tenga un resultado destructivo (como sí parece necesario para la existencia de "fractura"). De ese modo, por ejemplo, quien desprende las láminas de zinc de un techo, abriendo espacio para atravesarlo, incurre ya en perforación, aunque no haya destruido aquellas láminas mediante cortes o roturas. (Cfr. con Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*. Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomo I. 1983, pág. 446).

V- Conforme a lo expuesto, es necesario concluir que lleva razón la recurrente cuando afirma que el hecho tenido por cierto por el Tribunal no constituye los delitos de robo simple con fuerza sobre las cosas y violación de domicilio agravada, en concurso ideal, según la calificación dada por el a-quo. En ese aspecto corresponde declarar con lugar el recurso y resolver el caso conforme a la ley aplicable. Sin embargo, la Sala estima que, por las particulares características de los hechos probados, éstos deben

enunciarse no en el delito de robo simple con fuerza sobre las cosas, (como correspondería de no haber habido perforación de una pared), sino en el delito de robo agravado, conforme a lo dispuesto por el artículo 213, inciso 1) del Código Penal. Por ende, como el extremo menor de la pena aplicable en este último ilícito es más severo que la sanción impuesta, no corresponde disminuirla. Asimismo, en acato de los principios que prohíben la reforma en perjuicio (artículo 459, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales), tampoco procede aumentar dicha pena.

Sala Tercera V-326-F de las 10,50 Hrs del 28 de junio de 1991.

6).- Coacción

Necesaria contrariedad con la voluntad de la víctima.

"Los hechos que la juzgadora de mérito tuvo por acreditados en su sentencia, básicamente son los siguientes: Que el menor..., de once años de edad, le solicitó al imputado... que le prestara su bicicleta con el fin de disfrutar de un paseo, a lo que éste accedió con la condición de que aquél se dejará quemar con un cigarrillo. El menor aceptó la propuesta y seguidamente el imputado le produjo ocho quemaduras circulares de aproximadamente 0.4 cm. de diámetro en la mejilla izquierda, que no le dejaron marca indeleble ni le ameritaron incapacidad alguna (ver fs. 39 vto. y 40 fte.). El razonamiento utilizado por la a-quo para justificar su decisión condenatoria, radica -en síntesis- en que el ofendido es un niño de escasos recursos económicos, que deseoso de disfrutar de un paseo en bicicleta, toleró que se le quemara, -a lo que no estaba obligado- con tal de usar momentáneamente un vehículo que no estaba dentro de sus posibilidades, no pudiendo medir el alcance de su aceptación a sufrir dolor, debido a su corta edad y porque a cambio se le ofreció un gozo que, como niño que es, deseaba fuertemente (ver en especial f. 42 vto.). Ante la anterior situación, expresa la juez que cabe afirmar que la voluntad del menor no fue externada libremente, si no que fue "...coaccionada de tal modo, que prefirió disfrutar de un placer propio de su edad tolerando a cambio lesiones en su cuerpo, lo que revela por parte del acusado una conducta anómala, cargada de agresividad..." (f. 42 vto. líneas 18 a 22), que lo hacen responsable del delito de Coacción. Ahora bien, es cierto que por ser el anterior ilícito un delito contra la libertad de determinación de las personas, la obligación, la abstención o la tolerancia exigidas por el autor, deben ser contra la voluntad de la víctima Ver art. 193 del Código Penal (Cfr. al respecto obra de Núñez, R. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Lerner, 1977, p. 1988; y ob. de Breglia Arias y Gauna *Código Penal comentado*, anotado y concordado, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 479 y 480), lo que no implica en modo alguno, admitir (por interpretación en sentido contrario) que se reconozca en un caso como el presente, la causa de justificación a que se refiere el artículo 26 del Código Penal (consentimiento del Derecho habiente) por estar de por medio bienes o derechos que son absolutamente indisponibles e irrenunciables. Sin embargo, aparte de llamar la atención a esta Sala que las lesiones en el rostro del menor no dejaran ninguna secula o marca, ni produjeran incapacidad, debe reconocerse que la impugnante lleva razón en cuanto afirma que el niño aceptó sin presión alguna, la propuesta del imputado, pudiendo elegir libremente no someterse al trato cruel e inhumano que éste le puso como condición para prestarle su bicicleta, por lo que en tales circunstancias no puede configurarse el ilícito de Coacción sino únicamente el de Lesiones, -que en este asunto por no haberse producido incapacidad alguna- se reduce a la Contravención del artículo 374 del Código sustantivo (Lesiones levisimas) ya que no se está ante los delitos que contemplan los artículos 123 a 125 del mismo cuerpo legislativo (lesiones

gravísimas, graves o leves). Pero apreciándose que el plazo de prescripción de la acción penal por esa contravención ya venció, resulta estéril efectuar el correspondiente testimonio de piezas.

Sala Tercera. V-358-F de las 11,40 Hrs. del 5 de julio de 1991.

7).- Divulgación de Secretos

Derecho del imputado a conocer el contenido de acusaciones en su contra.

Señala la defensa que el acusado, cuando era el Jefe de la Delegación de la Policía Judicial en *** se limitó a informar a otros policías de la Unidad Preventiva del Delito que visitaron la zona, que no podía entregarles detenido a *** -a quien se le había decomisado cierta cantidad de marihuana- porque este a su vez había presentado una denuncia contra dichos policías administrativos, razón por la cual debió enterarlos del contenido de esa denuncia.- Agrega la defensa que en esas circunstancias no podría afirmarse que el acusado divulgó un secreto impuesto por la ley.- Tal reproche es de recibo. De acuerdo con los hechos probados de la sentencia el señor **** presentó una denuncia en la Sub-Delegación del O.I.J. en *** de la cual el aquí acusado era su jefe, en la que relataba haber sido detenido por dos oficiales de la U.P.D., quienes le decomisaron "veinte puros" de marihuana, pero que al practicar su detención uno de ellos lo majó brutalmente, safándole los dedos del pie izquierdo, y que a la mañana siguiente a su detención, en un descuido, logró huir de las cárceles del "Comando de ***". Ante esa fuga, los oficiales de la U.P.D. se presentaron a las oficinas de la Sub-Delegación del O.I.J. en esta ciudad, con el fin de solicitar la colaboración necesaria para la recaptura del fugado, pero ante esa situación el acusado *** le informó a los policías administrativos de la existencia de la denuncia que *** había formulado en su contra. De lo anterior el señor Juez Penal de *** dedujo la comisión del delito de revelación de secretos previsto en el artículo 337 del Código Penal, y por ese hecho condenó al acusado *** a tres meses de prisión. En realidad, es cierto que el párrafo final del artículo 194 del Código de Procedimientos Penales dispone que "Las partes, funcionarios, empleados y demás personas que intervengan en el juicio (sic) deberán guardar secreto sobre los actos y constancias de la instrucción" y que el artículo 27 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial dispone, entre otras cosas, que "los agentes de investigación deberán guardar absoluto secreto con respecto a las investigaciones en... que intervenga, para evitar que éstas trasciendan al público...", sin embargo, esas prohibiciones no son absolutas, pues incluso esta última norma de seguido autoriza a determinados funcionarios del O.I.J. para dar informes a la prensa sobre las investigaciones en curso, y a diario observamos como en los diferentes medios de comunicación colectiva aparecen funcionarios de la policía judicial informando a los ciudadanos del avance de determinadas investigaciones de interés general, sin que por ello se estime que cometen el delito de revelación de secretos. Además, después de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 195 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto le prohibía el acceso al expediente judicial al imputado antes de su indagatoria, debemos concluir que el imputado tiene derecho de conocer, desde antes de su declaración indagatoria, el contenido de las acusaciones existentes en su contra, deber que vienen a reforzar los artículos 164, inciso 8 en relación con el 278 del Código de Procedimientos Penales, y el artículo 7 inciso 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Sala Constitucional, Sentencia N. 1331-90 de 14,30 Hrs. del 23 de octubre de 1990). Pero aún más, en el presente acaso no podríamos afirmar que el delito de divulgación de secretos se hubiere tipificado en la especie, porque

el sentenciado *** estaba en el deber de informar a las personas que requerían de sus servicios como policía judicial, de las razones que tenía en el caso concreto para no cooperar en la entrega de... a los policías administrativos, y ello sólo lo podía justificar informando a los policías que se había formulado una denuncia en su contra por maltrato a ***. Por último, tampoco se evidencia en el caso de examen que el propósito del acusado *** hubiere sido el de favorecer de alguna manera a los policías administrativos, así como ayudarlos a eludir la acción de la justicia, o facilitarles a preparar una defensa o para obstruir la posible investigación, pues en tales casos pudieron tipificarse otros ilícitos -que, como se dijo, no existieron según los hechos probados y las circunstancias que rodearon la acción- pero no configuraría nunca el delito de divulgación de secretos. Por todo lo expuesto la Sala concluye que le asiste razón a la defensa al argumentar que los hechos no son típicos del delito previsto en el artículo 337 del Código Penal, en cuyo caso procede declarar con lugar el recurso por el fondo, casar la sentencia y en su lugar absolver al acusado de toda pena y responsabilidad".

Sala Tercera V-459-F de las 8,50 Hrs del 30 de agosto de 1991

8).- Responsabilidad civil del imputable Condena en abstracto

"II- El problema sometido, específicamente, consiste en determinar si en este caso el imputado, pese a su declarada inimputabilidad, se le puede exigir responsabilidad en el orden civil. El artículo 104 del Código Penal (que aparece en ese cuerpo legal precedido del epígrafe "Responsabilidad civil del inimputable") refiere que "En los casos de inimputabilidad, subsiste la responsabilidad del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o ...". La claridad de la norma no resiste el mínimo enfrentamiento, de ahí que no le asista razón al órgano a quo cuando, para rechazar la acción civil rescaritoria, -entre otro- expresa como argumento que no es de aplicación el artículo 103 del Código Penal "por cuanto no hay culpabilidad". No hay ninguna duda en cuanto a que la primera norma fue inobservada por los juzgadores de instancia, debiendo otorgársele razón al recurrente en sus reclamos, puesto que independientemente de la causa de inimputabilidad reconocida, ello no exime al incapaz de la responsabilidad civil derivada de su acción, extremo único reclamado. Ahora bien, debe determinarse seguidamente, si existen bases suficientes (legales) para mediante el recurso de fondo que se conoce, hacer lugar al pago de los daños y perjuicios y esto encuentra marco legal positivo. Efectivamente, a consecuencia del incendio que produjo el acusado de una casa (hecho probado 5) propiedad del Estado, nace su obligación de la reparación pecuniaria. Se acreditó debidamente el derecho del accionante (Estado) en la persona del representante del Estado en la reclamación respectiva. Sin embargo, no existen hechos probados ni prueba documental o de otra índole -debidamente incorporados al debate- en el fallo con la cual pueda contarse a efecto de establecer el cuántum de los reclamos. Sobre tal fundamento legal es que la Sala está impedida para hacer señalamientos específicos acerca de cualquier rubro.

III- No obstante lo indicado, sí es procedente en este caso hacer lugar a la condenatoria civil pero en forma abstracta sobre los daños y perjuicios.

Sala Tercera V-329-F de las 11,10 Hrs. del 28 de junio de 1991

9).- Retención Indebida Facultad de Agente Fiscal para hacer la prevención.

"La jurisprudencia de nuestros tribunales y de la misma Sala Penal ha sido en el sentido de que los Agentes Fiscales pueden y

deben hacerla, precisamente porque si se cumple con devolver o entregar los bienes supuestamente apropiados o tenidos indebidamente no existía delito alguno que perseguir y por tanto, no habría acción penal alguna que ejercer.

Sala Tercera V-397-F de las 15.10 Hrs del 31 de julio de 1991

10).- Acción Civil Resarcitoria

El contrato de cuota litis no es un "perjuicio" indemnizable.

El convenio o contrato de cuota litis "es aquel que celebra el abogado con su cliente, mediante el cual asume el patrocinio legal o dirección profesional del asunto, a cambio de una cuota parte del objeto del litigio, que habrá de recibir en concepto de honorarios" (BRENES CORDOBA, Alberto "Tratado de los Contratos", San José, Editorial Juricentro, primera edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, 1985, pág. 288). Como claramente se puede apreciar, este contrato tiene que ver con las costas personales del juicio (dentro de los cuales se comprenden los honorarios de abogado, conforme al artículo 226 del Código Procesal Civil). En el caso que nos ocupa, según se consigna en el acta de debate a folio 808, el recurrente solicitó, entre otras cosas, una suma por cuota litis (¢ 925.000) y otra por costas personales (¢ 462.000), por lo cual resulta acertada la decisión del a-quo, toda vez que el recurrente pretendía obtener sus honorarios por dos vías distintas a la vez, de las cuales la primera (cuota litis) resulta improcedente, siendo entonces de recibo las consideraciones del Tribunal de Mérito cuando deniega este último extremo señalando que "...el contrato que hubiese realizado el Lic... con su cliente, no puede afectar en modo alguno a la demandada civil, y ese cálculo corresponde a los honorarios otorgados líneas atrás..." (folio 822, líneas 2 a 7), a lo cual cabe agregar que el perfeccionamiento de un contrato de cuota litis en forma alguna puede considerarse como un "perjuicio", pues con este término se alude más bien a los "menoscabos de orden patrimonial que el individuo sufre como consecuencia indirecta de la acción humana, traduciéndose en pérdidas de utilidades o de lucro" (Sala de Casación, Nº 67 de las 16:20 horas del 18 de junio de 1958, semestre I, tomo II, página 1056), o bien, "la frustración de ganancias que la víctima podía razonablemente esperar de acuerdo con la circunstancia del caso, si no hubiere sucedido el hecho ilícito" (ABDELNOUR, Rosa María: "La responsabilidad civil derivada del hecho punible, San José, Editorial Juricentro, 1984, pág. 313), o "la utilidad que se deja de percibir por el empleo o la función de la cosa, o por no haberse podido dedicar el ofendido a sus ocupaciones" (REYES, citado por ABDELNOUR: Op. cit., pág 314).

Sala Tercera V-413-F de las 9 hrs del 9 de agosto de 1991.

11).- Daño Moral Muerte de pariente cercano.

La sala considera procedente el cobro del daño moral por la muerte de un pariente cercano producida por el hecho delictivo, puesto que se trata de un aspecto que repercute directamente en los damnificados, y también porque tal daño esta incluido entre los que debe resarcir el autor del ilícito, según lo disponen los artículos 122 del Código Penal de 1941 y 103 del Código Penal de 1970".

Sala Tercera V-399-F de las 15,20 Hrs del 31 de julio de 1991.

12).- Violación de domicilio como acto de ejecución de violación sexual.

"La mayoría de esta Sala estima que le asiste razón a la impugnante. No puede existir en el presente caso concurso

material de delitos por la supuesta violación de domicilio y las posteriores violaciones realizadas por el sentenciado, puesto que su ingreso en la vivienda de los menores ofendidos lo fue con la única determinación de llevar a cabo las agresiones sexuales referidas en el fallo. Desde el anterior punto de vista es cierto que, como lo afirma la recurrente, puede concluirse que se da una unidad de acción, ya que el ingreso a la casa de habitación dicha sin el permiso de sus moradores, fue el paso necesario que realizó para lograr el acceso carnal por el que fue condenado. Se trata entonces de un acto de ejecución hacia la consumación de, ilícito propuesto, de acuerdo con las fases del Iter Criminis en su etapa externa, y no de una acción independiente o aislada que se regule por lo dispuesto en los artículos 22 y 76 del Código de la materia. De conformidad con lo expuesto, se acoge el recurso por violación de ley sustantiva en este punto, y resolviendo el fondo del asunto se anula la sentencia decretada contra únicamente en lo que se refiere al delito de Violación de Domicilio Agravada por el que se le impuso la pena de dos años de prisión, la que igualmente se deja sin efecto."

Sala Tercera V-240-F de las 8,45 hrs del 7 de junio de 1991.
Hay voto salvado del Magistrado Daniel González.

Voto Salvado del Magistrado González.

"El suscrito Magistrado respetuosamente se permite disentir del criterio de la mayoría de la Sala en cuanto declararon con lugar el recurso por el fondo, con base en las siguientes razones: En el presente caso se tuvo por cierto que el imputado, en compañía de otro sujeto desconocido, se introdujeron clandestinamente en la casa de habitación de la menor ofendida, a quien obligaron a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad con cada uno de ellos, y delante de un hermano menor que también estaba en la casa. Con base en esos hechos el Tribunal Superior condenó al imputado por dos delitos de violación agravada en concurso material con el delito de violación de domicilio. La mayoría de la Sala Casa la sentencia en cuanto se condenó por el delito de violación de domicilio, al estimar que ese hecho constituye una unidad con los delitos sexuales, por tratarse de un acto de ejecución dirigido a consumir un mismo hecho. Estimo que en el presente caso existe el delito de violación de domicilio además de los delitos sexuales, porque la acción desplegada por el sentenciado se tipifica adecuadamente en el artículo 204 del Código Penal, además de los delitos sexuales, en forma antijurídica y culpable. Ambas clases de ilícitos concurren en la especie sin que se pueda hablar de una relación de subsidiariedad o subsunción (supuestos del concurso aparente), y sin que constituyan una sola acción. En efecto, el delito de violación de domicilio (204 del C.P.) no está definido ni comprendido en ninguno de los delitos de violación (arts.- 156, 157 o 158 del C.P.), así como tampoco podemos hablar que uno es la especie y el otro género o viceversa. Se trata de figuras delictivas independientes, llevadas a cabo por el imputado en forma sucesiva, con los resultados descritos en la sentencia del Tribunal Superior. Es evidente que nos encontramos en presencia de un delito criminis causa, donde uno de ellos fue necesario para lograr a cometer el otro, de acuerdo con las circunstancias muy especiales de este caso, sin que existan bases para eximir de responsabilidad sobre alguno. Se trata de un concurso real de delitos según las exigencias de los artículos 22 y 76 del Código Penal, porque en forma sucesiva se lesionó el ámbito de intimidad de los moradores de la vivienda, al penetrar clandestinamente contra la voluntad de quien tenía derecho de excluirlos, tipificando culpablemente el delito de violación de domicilio. Una vez adentro, procedieron a ejecutar dos delitos sexuales, aprovechando la circunstancia de que el padre de los menores había salido a pescar. Ciertamente, hay una relación de medio a fin como lo señala la mayoría, pero esa relación no justifica eximir de responsabilidad penal cuando los delitos son sucesivos y lesionan diferentes bienes jurídicos, salvo el

caso del concurso aparente. Si los sujetos hubieren realizado otros hechos, como por ejemplo sustraer bienes y causar lesiones o muertes, se agregarían como delitos nuevos, siempre en concurso material, a pesar de resultar la violación de domicilio el medio para esos otros. Es cierto que muchas ocasiones se conoce de delitos contra la propiedad y no se agrava la pena del de violación de domicilio, pero ello ocurre en los supuestos en que los delitos contra la propiedad comprenden también el ingreso a la vivienda (subsunción), cuando se indica que el uso de la fuerza debe recaer sobre cosas que implican una penetración en la vivienda (perforación o fractura de una pared, cerco, techo, piso, puerta, o ventana de un lugar habitado). Por todo lo expuesto, con respeto me aparto de la mayoría en cuanto al recurso por el fondo, y voto por declarar sin lugar el recurso en todos sus extremos".

13).- Ejercicio ilegal de la medicina - Requisitos del Tipo

"Para que exista el delito de ejercicio ilegal de la medicina, se requiere de la habitualidad, es decir la continuidad y ésta se presenta a través de la reiteración de actos en un plano objetivo".

Sala Tercera V-395-F de las 15 hrs del 31 de julio de 1991.

B. DERECHO PROCESAL PENAL

14).- Recurso de casación por el fondo - Errónea remisión al inciso 4) del art. 395 del C.P.P.

"Ahora bien, cuando se conoce de un recurso por el fondo, en donde se alega una errónea aplicación de la ley sustantiva, como en este caso, si el pronunciamiento incurre en el reproche aludido (falta de determinación del hecho), aún de oficio la Sala está facultada para anular la sentencia, según lo que al respecto dispone el artículo 482 del Código de Procedimientos Penales en armonía con los numerales 483 y 395 inciso 3) ibídem. La referencia a este último inciso se hace por cuanto definitivamente se trata de un error de remisión del Código al citar el inciso 4) del artículo 395, pues lo que se pretende con la nulidad que autorizan los numerales 482 y 483 es que la casación pueda calificar correctamente la conducta del imputado una vez que fijó el suceso histórico el Juez de Mérito. No se trata, en una situación semejante, por ser un absurdo, de revisar si la parte resolutoria del fallo fue correctamente dispuesta para que pueda tener vigencia el inciso 4) que erróneamente señala el artículo 395".

Sala Tercera V-348-F de las 10,50 hrs del 5 de julio de 1991.

15).- Recurso de casación - Criterios de admisibilidad no deben ser excesivamente formalistas.

"La mayoría de la Sala estima que el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto estimó 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, Sentencia N 719 de 16,30 Hrs del 26 de junio de 1990). Por lo anterior, aún cuando la doctrina extranjera acentúe el aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden e interés público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente".

Sala Tercera V-155-A-91 de las 10,25 Hrs del 12 de abril de 1991.
Hay voto salvado del Magistrado Alfonso Chávez Ramírez.
Voto Salvado del Magistrado Alfonso Chávez Ramírez.

"El suscrito Magistrado concuerda con la mayoría de la sala cuanto a que no debe exigirse un riguroso formalismo en la admisión de los recursos de casación, para concordar nuestra legislación procesal penal con la Convención Americana de Derechos Humanos, tal y como lo conceptuó la sala constitucional en su sentencia N 719 de 16,30 horas del 26 de junio de 1990.

Pero difiere, respetuosamente, en cuanto a que no se exija ninguna formalidad en las pretensiones de los recurrentes al interponer el recurso de casación. El artículo 477 del Código de Procedimientos Penales indica, entre otros requisitos, que debe expresarse cuál es la pretensión, pretensión que a mi juicio, debe ser acorde con el vicio que se acusa, pues para ello basta consultar los numerales 482 y 483 ibídem, en donde se indica que si se trata de casación por violación de ley sustantiva, se "casará" la sentencia y la sala resolverá el caso de acuerdo con la ley aplicable y si se trata de violación de la ley procesal, se anula la resolución impugnada, el debate en que ella se hubiera basado o los actos cumplidos de modo irregular, remitiéndose el proceso al tribunal competente para nueva sustanciación. En el presente caso, pese a que se interpone el recurso por la forma, se solicita " se case la sentencia y en su lugar dictar un nuevo fallo", pretensiones propias del recurso por el fondo, por lo que considero debe declararse inadmisibles el mencionado recurso".

16).- Recurso de casación Presentado después de la hora de cierre del despacho.

"I.- El defensor del imputado interpone recurso de revocatoria contra la resolución V-282-A de las once horas cuarenta y cinco minutos del 5 de julio del año en curso, mediante la cual esta Sala declara inadmisibles el recurso de casación planteado por él en la presente causa. Dicha resolución señala, en su único considerando que: "en la constancia de folio 417 vuelto se indica que la lectura integral de la sentencia se realizó el día 24 de abril del año en curso y, según la nota de recibido del folio 426 vuelto, el recurso en examen fue interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución impugnada a las 16 horas y treinta y cinco minutos del día 16 de mayo siguiente. Estima esta sala que el recurso fue interpuesto extemporáneamente, toda vez que fue entregado ante el a-quo cinco minutos después del instante en que debe cerrarse el despacho de dicho Tribunal y 15 días hábiles después de que aquella fue notificada, razón por la cual se impone declarar la inadmisibilidad del recurso conforme a lo que disponen los artículos 140, 452, 458, 477, 479 del Código de Procedimientos Penales. Tome nota el a-quo, a fin de que se giren las instrucciones correspondientes para que no se reciban escritos en horas no oficiales (V.FL.441). Alega la defensa que nuestro Código de Procedimientos Penales señala que el recurso de casación sería interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución en el término perentorio de 15 días a partir de su

notificación, pero que: "...dicho ordenamiento no hace alusión a la hora o sobre la hora que debe presentarse pues si el mismo refiere que son 15 días, el mismo debe entenderse como todo el día, sin entrar a considerar a que vence a las (sic) 4,30 horas del último día hora en que los despachos judiciales generalmente cierran, pero en el caso de marras, dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo de los quince días, y se presentó a una hora en que el despacho judicial o Tribunal Superior..., estaba laborando digo laborando pues sus puertas o ventanas estaban debidamente abiertas, sea que el despacho (sic) aún (sic) no había cerrado, estaba laborando (sic) y por eso inclusive dicho tribunal tuvo por admitida dicho "recurso" (cfr. fl.442, líneas 15 y 27). El reclamo no es de recibo. En cuanto a la interposición del recurso de casación, el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales establece, inter alia, que éste "...será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada...", disposición que debe entenderse en relación a los artículos 140 y 141 del mismo texto legal. El primero de ellos dispone que "los términos correrán desde que comience el día subsiguiente a aquel en que se efectuó la notificación que deba tenerse en cuenta, según sean individuales o comunes, y vencerán en el instante que, según la ley, deba cerrarse el despacho del tribunal u oficina donde haya de efectuarse la diligencia de que se trate; pero serán admisibles y válidas las gestiones o diligencias que se practiquen a la hora exacta en que se cierran las oficinas judiciales." (la negrilla no es del original), y conforme a las reglas relativas a la organización de los tribunales (concretamente las referentes a la regulación del horario en que permanecerán abiertas las oficinas judiciales, cuya determinación es potestad de esta Institución conforme al artículo 4 ibídem) la hora en que debe cerrarse el tribunal a-quo es las dieciséis horas con treinta minutos (según el nuevo horario de trabajo del Poder Judicial que rige desde el 1 de enero del año en curso, por acuerdo tomado en sesión de Corte Plena del 23 de agosto de 1990, Artículo VIII). En este caso, el recurso de casación fue interpuesto ante el Tribunal que dictó la sentencia impugnada el último día del plazo a que se refiere el artículo 477 supracitado, pero cinco minutos después de la hora en que debía cerrarse el despacho del tribunal donde tendría que efectuarse dicha diligencia, razón por la cual -en fiel cumplimiento de las disposiciones legales indicadas-, dicho recurso no debió ser recibido a las dieciséis horas treinta y cinco minutos de ese día, ni por lo tanto, admitido para ante esta Sala por parte del a-quo, a quién ya se le llamó la atención sobre esta cuestión. Las circunstancias de que las puertas y ventanas del despacho estuvieran abiertas es irrelevante, incluso que los empleados de esa oficina se encontraran realizando alguna de sus labores después de las 4:30 p.m. (lo cual, está por demás decirlo, resulta normal y frecuente en los despachos judiciales) y tampoco es valedero el argumento de que debe revocarse la resolución impugnada porque el recurso de casación interpuesto fue admitido por el Tribunal a-quo, pues -conforme al artículo 479 del Código de Procedimientos Penales-, en cuanto al trámite del recurso de casación ante esta sala es de aplicación del artículo 458 párrafo segundo ibídem, el cual dispone que "si el recurso hubiera sido concedido erróneamente, el Tribunal de Alzada deberá declararlo así, sin pronunciarse sobre el fondo". Por eso, cuando esta Sala recibe el recurso debe controlar que éste cumpla con los requisitos de admisibilidad que exige la ley y cuando sea el caso -como sucedió en el presente- resolver antes de conceder audiencia para oír pretensiones que el recurso es inadmisible, procediendo entonces contra esta resolución recurso de revocatoria (ya que se habría resuelto el asunto sin sustanciación (artículo 460 ibídem). Además, debe señalarse que incluso -llegado el caso- esa facultad de declarar inadmisibile el recurso no caduca por el hecho de que inicialmente esta sala lo haya estimado admisible, por lo que aún cuando se haya concedido la audiencia para informar pretensiones, puede la Sala resolver que el recurso no

cumple con los requisitos de admisibilidad, sin entrar a analizar el fondo del recurso (siendo entonces que no cabría recurso alguno contra la resolución que declare inadmisibile el recurso cuando ya se ha concedido la audiencia antes mencionada, puesto que habría sido dada con sustanciación (artículo 460 ibídem). Sobre esta última cuestión puede consultarse la siguiente doctrina: RUA; Fernando De La: El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1968, pág. 232, Nuñez, Ricardo: Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Buenos Aires, Marcos Lerner Editora Córdoba, segunda edición actualizada, 1986, págs. 449 y 450, y; VESCOVI, Enrique: Los recursos Judiciales y demás medios Impugnativos en Iberoamérica, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, págs. 285 a 287). Consecuentemente se declara sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto".

Sala Tercera # V-360-A de las 9,20 hrs del 30 de agosto de 1991.

17.- Lectura de Sentencia

- Constancias Contradictorias

- Necesaria investigación disciplinaria y judicial

"En el segundo motivo de su recurso por la forma, el impugnante acusa la violación del artículo 396 del Código de Procedimientos Penales, alegando que el Tribunal de Mérito no se constituyó en la sala de debates para hacer la lectura integral de la sentencia el día y hora señalados para tal acto (a saber, las 16,25 horas del 1 de febrero del año en curso, cfr. constancia del folio 147 cto., líneas 15 a 20), para demostrar lo anterior aporta el primer testimonio del Acta Notarial según la cual: "... Yo, ***, Notario Público de San José, hago constar que al ser las dieciséis horas veinticinco minutos del día viernes del día viernes primero de febrero del año en curso, me apersono a las oficinas que ocupa el Tribunal Superior, propiamente sala de debates de dicho tribunal para estar presente a la lectura integral de la sentencia en el juicio requerido contra el señor ***, expediente número ***, por el delito de estelionato y en vista de que la sala de debate se encuentra cerrada y los señores jueces no se encuentran constituidos en dicho recinto, me apersono en las oficinas del Tribunal Superior ... estando en ella los señores jueces licenciados ***, el licenciado *** me indica que la lectura de la segunda sentencia se lleva a cabo solo si se encuentran presentes el abogado defensor y, o el imputado y siendo que ya habían transcurrido dos minutos de la hora fijada sin que se presentaran ninguna de las personas indicadas, se procedía a consignar en el expediente la constancia de que la misma no se había leído y el motivo, y que el día siguiente el imputado podía obtener una copia de la sentencia. Expido un primer testimonio, lo firmo en San José a las dieciséis horas y veintiocho minutos del día primero de febrero de mil novecientos noventa y uno. ... Lo anterior es copia fiel y exacta de la escritura número diecisiete, visible al folio catorce frente del tomo uno del protocolo de la suscrita. Confrontado con su original, resultó conforme y se expide como primer testimonio en el acto de otorgarse la matriz. "(sic., V. fl. 162). Resolviendo el fondo de esta cuestión, deben considerarse además dos constancias del expediente. La primera de ellas visible a folio 154, extendida por el prosecretario de ese tribunal, y que dice: "a las dieciséis horas con veintisiete minutos del día de hoy, se constituyó el tribunal en la sala de audiencias y se procedió a darle lectura integralmente a la presente sentencia; no presentándose ninguna de las partes, San José, 1 de febrero de 1991". Y la otra, visible al folio 162 vuelto y extendida por el juez superior: "en vista del acta notarial aportada por el defensor del imputado y suscrita por la Lic..., me permito hacer constar que no creo conocer la Lic..., dicha, por lo que nunca le dije a ella que el tribunal no se constituiría a la sala de juicios y que el día de marras no lo recuerdo siquiera, por lo que la conversación que se refiere en el acta notarial nunca

la pude haber sostenido con tal persona; hago la presente aclaración por cuanto en autos se encuentra la constancia del señor prosecretario sobre lo realmente ocurrido, y si las partes no comparecieron a la lectura integral de la sentencia, tal circunstancia no obsta para el Tribunal se constituya en la sala a leerla, por lo que una actitud como la que se pretende hacer valer es de alto riesgo para una sana administración de justicia, y podría tratarse por esa vía de buscar la nulidad de cualquier sentencia.- San José, a las ocho horas del veinticinco de febrero de 1991.- "(sic). De los documentos transcritos se observan dos graves contradicciones: una referida a la realización de la lectura integral de la sentencia y otra en cuanto a la existencia y contenido de la supuesta conversación que sostuvieron la notaria y el juez. La primera de ellas imposibilita absolutamente a esta sala resolver por el fondo el motivo alegado por el recurrente, toda vez que la circunstancia de que se realizara o no la lectura integral de la sentencia (de conformidad con el artículo 396 del Código de Procedimientos Penales) es un punto cuya verificación resulta de vital importancia a efectos de resolver esta parte del recurso, pues la resolución que recaiga en cuanto a esta cuestión prejudicial -en un sentido o en otro- puede determinar la configuración del vicio in procedendo alegado o su exclusión. Consecuentemente se ordena que estos hechos sean investigados por la inspección judicial y el Ministerio Público, a quienes se le remitirán las copias y los antecedentes necesarios para que procedan como corresponde y de ser procedente, se establezca un proceso penal sobre la falsedad de las supracitadas constancias extendidas por el prosecretario y el juez superior ... o del acta notarial levantada por la notaria pública ..., suspendiéndose la tramitación de este recurso hasta que se resuelva definitivamente dicho proceso (artículos 8 del Código de Procedimientos Penales, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 del Código Civil y 41 de la Constitución Política."

Sala Tercera V-369-A-91 de las 10,10 hrs., del 30 de agosto de 1991. Hay voto salvado de los magistrados Ramírez y Houed.

Voto salvado de los magistrados Ramírez y Houed

"Los suscritos magistrados disintimos con respeto del voto de mayoría con fundamento de las razones siguientes: aunque reconocemos la potestad de esta sala para ordenar - al ejercer el contralor de casación- el recibo, aún de oficio, de pruebas que por motivos altamente calificados no se hubiesen allegado a la causa o se hubieren omitido por el Tribunal de mérito (lo que por sí mismo impone en esta vía una seria restricción a esta prueba para mejor resolver) (crf. al respecto ob. De La Rúa, El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires, 1968; ps. 126 y 127 en relación con 499, 500 y 501), es lo cierto que en el presente asunto no parece conveniente que la resolución al recurso formulado por la defensa se deje en suspenso a la espera de lo que pueda indagarse en otros despachos judiciales, ya sea en vía disciplinaria (Tribunal de Inspección Judicial) e inclusive en otro proceso penal (Ministerio Público o Juzgados de Instrucción por la eventual falsedad de cualquiera de las actas o constancias a que se refiere el voto de mayoría). Tal situación viene a establecer una circunstancia de prejudicialidad que afecta la necesaria y justa celeridad procesal que, aparte de hacer dudosa su procedencia en este particular caso, estimamos no lo amerita. En efecto, las actas o constancias cuestionadas en la decisión mayoritaria aunque son contrapuestas, pueden ser interpretadas en relación con otros elementos probatorios para otorgar mayor o menor credibilidad a alguna de ellas y así llegar a la definición que interesa, ya sea dándole la razón al impugnante que alega la no lectura integral de la sentencia con base en un acta notarial -o concediendo veracidad al acta del prosecretario del despacho donde afirma lo contrario. Lo anterior sin perjuicio, desde luego, que se ordene el correspon-

diente testimonio de piezas para que abra causa penal para averiguar si se cometió ilícito alguno, como también indagar en vía disciplinaria lo ocurrido. En razón de lo expuesto, consideramos que debe procederse a resolver el recurso de casación de la defensa del modo que corresponda".

18).-- Lectura de sentencia en hora no habilitada - Improcedencia de nulidad

" Del estudio de lo actuado por el Tribunal de Juicio y que es de interés para resolver este recurso de casación, observa la sala que el a-quo, al cerrarse el debate a las once horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero del año en curso, señaló las dieciséis horas de ese mismo día para la lectura de la parte dispositiva de la sentencia: (ver acta de debate al folio 665); y la lectura integral de la sentencia se realizó a las diecisiete horas del 29 de enero (ver constancia de folio 738 vuelto) sin que conste en el expediente que el a-quo habilitara esta última hora para realizar tal acto, el cual más bien había sido fijado para "las dieciséis horas del día martes 29 del año en curso" (sic). En vista de lo anterior y de lo dispuesto por el artículo 140 del Código de Procedimientos Penales (según el cual los términos "vencerán en el instante que, según la ley, deba cerrarse el despacho del Tribunal u oficina donde haya de efectuarse la diligencia que se trate ...", a saber, las dieciséis horas con treinta minutos, según el nuevo horario de atención al público que rige este año), cabe estimar que efectivamente la lectura integral de la sentencia se realizó una hora después para la señalada para la diligencia, pero dentro del plazo de tres días (art. 396 ibídem). -Sin embargo, debe tenerse presente que esta Sala ha estimado con anterioridad que el principio de nulidad por la nulidad misma no es de aceptación, al considerar que la declaratoria de una nulidad no debe efectuarse si tal declaratoria no envuelve ningún interés procesal (en este sentido véase las resoluciones N 261-F de las nueve y cincuenta horas del veinte de diciembre de 1985 y V-208-F de las nueve y cuarenta y cinco horas del 7 de agosto de 1987) y desde esa óptica considera la sala que el reclamo aducido por la recurrente, en este caso concreto, no es de recibo toda vez que ella en ningún momento acusa -ni esta sala observa- que con el procedimiento seguido se hubiese causado perjuicio o desventaja alguna al imputado, siendo que la defensora del imputado, compareció a la lectura integral de la sentencia impugnada (ver constancia de folio 738 vuelto). Por todo lo expuesto se declara sin lugar el reclamo.

Sala Tercera V-354-F de 11,25 Hrs. del 5 de julio de 1991.

19).- Lectura de sentencia - La falta de firma en ese momento es causal de nulidad.

"En el segundo motivo del recurso se reclama la inobservancia de los artículos 395, 396 y 107 del Código de Procedimientos Penales, porque la lectura de la sentencia no se efectuó sin que conste la razón para ello, ya que la secretaria del Tribunal Superior certificó que varios días después de la fecha señalada faltaban las firmas de dos de los jueces. Si bien es cierto que para la totalidad de los integrantes de esta sala el anular el debate y ordenar su repetición implica pérdida de tiempo para las partes, los jueces y los testigos, así como atrasos en la administración de justicia y encarecimiento del servicio, también lo es, para la mayoría de esta sala que la nulidad debe decretarse inevitablemente, con base en los siguientes razonamientos: una vez declarado cerrado el debate (art. 389 in fine del Código de Procedimientos Penales) el tribunal, inmediatamente pasa a deliberar en sesión secreta (art. 392 ibídem) y concluida esa deliberación, debe redactarse y firmarse "inmedia-

tamente" la sentencia (art. 396 *id*dem). La excepción a los anteriores principios la contiene el párrafo 2º del art. últimamente citado, cuando permite diferir la redacción de la sentencia, la cual deberá redactarse, firmarse y leerse a más tardar dentro de tres días hábiles, contados a partir del momento del cierre del debate. Queda claro, entonces que el principio es la redacción y firma de la sentencia inmediatamente después de realizarse la deliberación, con la excepción mencionada. Si ello no ocurre así, lo que se puede haber leído (notificado) es cualquier documento, pero no una sentencia documento y en esas condiciones no tendría ningún valor esa lectura o notificación. Refuerza lo anterior que la firma de los jueces es uno de los requisitos de la sentencia (art. 395 inciso 5) del mismo Código Procesal Penal) y que la sentencia es nula, "si faltare la fecha del acto o la firma de los jueces..." (inciso 6) del numeral 400 *id*dem). No puede darse como válido, entonces, que la firma de los jueces no esté estampada, cuando se da lectura a la sentencia documento, pues se incumplen los números indicados. Tampoco sería admisible, para efectos de casación, que la firma se realice antes de que el asunto venga a esta sede, pues la sentencia no se rubricó en el momento que exige la ley procesal, produciéndose entonces una "falta o defecto de constitución del Tribunal que debe dictar la resolución de que se trata, lo que viola el principio constitucional del juez natural". (Núñez, Ricardo C; Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Ed. Lerner 1978, pág 116). En efecto, el Tribunal estaría desintegrado, pues al acto tal vez más importante de todo el proceso, la sentencia, no concurrió en pleno y a un acto viciado (lectura de la "sentencia" que no está firmada por quienes están obligados legalmente a ello), no le puede dar visos de autenticidad la presencia de los jueces incumplientes. Además de las razones jurídicas expuestas y la jurisprudencia constante al respecto (véase entre otras, sentencia de esta sala N 173-F de 16,40 Hrs del 25 de setiembre de 1984) existe una razón lógica: no tiene sentido que si los jueces se presentan a la lectura de la sentencia, no la hayan firmado o no lo hagan en ese momento. Ello no tiene explicación razonable. En el caso presente, si bien existe una constancia de la secretaría del Tribunal que el día 28 de febrero de 1990, se leyó la sentencia "en forma total" (folio 150), es lo cierto que a folio 153 también existe una constancia del secretario *** del Tribunal Superior de ... en la que se indica que al inicio de la tarde del 7 de marzo (más de una semana después de la lectura), la sentencia no había sido firmada por dos de los jueces intervinientes. Acorde con lo expuesto, se declara con lugar el recurso por la forma interpuesto, se anula la sentencia y el acta de debate que la precede y se ordena el reenvío de la causa al Tribunal de Origen para que se proceda a nueva sustanciación. Se llama la atención a los jueces omisos, para que en lo sucesivo no incurran en irregularidades como la presente, por los inconvenientes que eso conlleva."

Sala Tercera V-43-F de las 10:00 Hrs. del 25 de enero de 1991.

Hay voto salvado de los Magistrados González y Houed.

En el mismo sentido de resolución V-42-F de las 9,55 Hrs. del 25 de enero de 1991

Voto salvado de los magistrados Houed y González.

"Los suscritos Magistrados compartimos con la mayoría todos los razonamientos y conclusiones expuestos en el Considerando Primero de la resolución anterior, votando también por rechazar el primer motivo del recurso. Disentimos con respeto en lo que se refiere al Considerando Segundo, al resolverse el segundo motivo del recurso. Creemos que la desintegración de un órgano jurisdiccional constituye un vicio serio que debe sancionarse con la nulidad de la actuación del Tribunal incompleto, pero no estimamos que tal cosa ocurra cuando falta la firma de uno de los juzgadores, pero el juzgador se encuentra presente, al momento de

darse lectura a la sentencia. En estos casos la falta de firma, con el Juez presente, no lesiona derechos fundamentales de las partes, razón por la cual apreciamos esa nulidad como excesiva y legalista. En el presente caso la propia secretaria del Tribunal, al folio 150, certifica que la lectura de la sentencia se efectuó el día y la hora señalados, sea el 28 de febrero de 1990, razón por la cual no estamos en presencia de un fallo no leído en la hora y fecha señalados, así como tampoco en la actualidad falta la firma de alguno de los jueces. De acuerdo con la constancia de la secretaria del Tribunal, el problema surgió porque varios días después de la lectura del fallo, concretamente el 7 de marzo de 1990, aún los Jueces ... y ... no habían firmado la sentencia, lo cual debieron hacer posteriormente, antes de que el expediente llegara a esta Sala. El vicio, entonces, no consiste ni en falta de lectura del fallo porque de acuerdo con la Secretaría del Tribunal sí se leyó, ni tampoco en ausencia de firma, porque a este momento la sentencia se encuentra suscrita por todos los jueces que intervinieron en el juicio y por la Secretaria interina que los auxilió. Se trata de un problema que debe calificarse exclusivamente como de firma tardía, es decir un asunto en el cual concluido el debate, los jueces procedieron a votar, a redactar la sentencia y a darle lectura oportuna, pero uno o alguno de ellos no la habían firmado al momento de la lectura, aunque todos estuvieron presentes en ese acto. Ya esta Sala en anteriores casos, con base en los artículos 395 y 396 del Código de Procedimientos Penales, ha decretado la nulidad cuando la lectura de la sentencia no se efectúe en el plazo establecido por la ley, o cuando alguno de los jueces no concurre a ese acto obligatorio, criterios que los suscritos mantenemos. (Ver sentencia N82-F de las 10,25 Hrs. del 18 de mayo de 1984; y N7-F de 10,00 Hrs. de 8 de enero de 1988, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). También esta misma Sala ha procedido a anular una sentencia en casos como el presente, basada en que al momento de la lectura de la parte dispositiva de la sentencia o de su contenido integral, faltaba la firma de alguno de los integrantes del Tribunal, porque el artículo 396 *id*dem establece que "la sentencia deberá ser redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación ...", y el 400 inciso 6 estatuye que la sentencia será nula "... si faltare la firma de los jueces ...".- (En tal sentido véase, entre muchas otras, sentencia 173-F de 16,40 Hrs. del 25 de setiembre de 1984, Sala Tercera).

En realidad los jueces están en el deber de firmar las resoluciones que dictan, en especial deben acatar la obligación señalada en el inciso 5 del artículo 395 y en la primera parte del artículo 396 citados, procediendo a firmar la sentencia inmediatamente después de redactada, y como acto previo a la lectura. También es lógico que el artículo 400 citado señale que la sentencia es nula sin la firma de los jueces, puesto que se trataría de un documento sin uno de sus requisitos esenciales que le confieren autenticidad, cual es la firma. Sin embargo, los suscritos nos replanteamos el anterior criterio según el cual, debe decretarse la nulidad cuando falta la firma de uno de los jueces en la sentencia, no obstante que todos los miembros del Tribunal se presentaron a la sala de audiencias y le dieron lectura integral, y luego los que no lo habían hecho procedieron a firmarla. Conviene señalar que en este caso no existe ninguna desintegración del Tribunal, puesto que en pleno concurre a dar lectura a la sentencia; y tampoco existe ningún problema de autenticidad del fallo, porque la presencia de los jueces al momento en que uno de ellos o el secretario le da lectura, convalida cualquier duda sobre lo que se resolvió en el caso concreto, rematándose esa confirmación con la firma posterior que el juez omiso hace, en cuyo caso lo procedente no es decretar la nulidad y someter a las partes a un nuevo juicio sólo por esa razón, con la consiguiente pérdida de tiempo para ellos, y para los testigos, así como con las otras consecuencias: atraso en la administración de justicia, y encarecimiento del servicio que debe repetirse, etcétera.

En otros términos, cuando la sentencia es redactada oportunamente, leída en su momento procesal, dentro de los plazos señalados, con la presencia de todo el Tribunal y el Secretario, el hecho de que falte la firma de alguno de los jueces al momento de la lectura, no constituye ninguna causal de nulidad sólo por esa razón, siempre que el juez omiso suscriba el fallo después y haya participado de esa lectura, porque en tales supuestos no existe ningún problema referido a la autenticidad de la decisión, así como tampoco se afecta la seguridad jurídica y la certeza que las partes deben tener sobre lo que resolvió el Tribunal, con la condición -como se dijo- de que el Juez la firme con posterioridad y dentro de un plazo razonable. En estos casos, en lugar de la sanción procesal y de ordenar repetir el juicio, lo que corresponde es investigar a los omisos desde el punto de vista disciplinario para determinar si incurrieron en la tardanza por falta que amerite ser sancionada, o bien se trató de una situación excusable desde el punto de vista laboral. Obsérvese que el artículo 396 citado obliga a los juzgadores a suscribir la sentencia inmediatamente después de que hubiere sido redactada, antes de la lectura íntegra, pero no señala ninguna causal de nulidad por haberlo hecho después; y que el 400 inciso 6 citado lo que sanciona con nulidad es la sentencia a la cual le falte la firma de alguno de los jueces, no a la sentencia que hubiere sido firmada después de la lectura de las partes, pero a la cual no le falta ninguna firma. Es por ello que los suscritos, variando en algunos aspectos el criterio anterior y manteniéndolo en otros, nos inclinamos por rechazar el recurso en sus dos motivos al no vislumbrar ninguna causal de nulidad en el presente caso."

20).-Reposición de expedientes.

-Necesario respeto a las garantías constitucionales.

"Efectivamente, al parecer el original del expediente fue sustraído porque el Tribunal en la sentencia así lo reconoce, no obstante no existe ninguna resolución que ordene la reposición en los términos que señalan los artículos 114 y 115 del Código de Procedimientos Penales. Agrega el Tribunal en la sentencia que "... la reconstrucción del expediente no significa la repetición de los procedimientos practicados conforme a las normas que los rigen, sino reponer físicamente el expediente dentro de las posibilidades del despacho ...". Tal apreciación contraviene las reglas constitucionales del debido proceso, así como los presupuestos señalados por el Código de Procedimientos Penales para la reposición de expedientes en sede penal. En efecto, de acuerdo con los artículos 114 y 115 *ibidem*, existen tres formas para reponer los expedientes que por cualquier motivo se hubieren perdido, destruido o sustraído. En primer término se señala como medio de reposición la copia auténtica de las resoluciones y actuaciones de interés, la cual deberá agregarse al expediente nuevo (artículo 114). En segundo lugar, a falta de la copia auténtica, el Tribunal ordenará que se rehagan dichas actuaciones procesales, para lo cual recibirá todas las pruebas necesarias que demuestren su preexistencia y contenido (primera parte del artículo 115). Y, en tercer lugar, si tampoco fuere posible establecer su preexistencia, el Tribunal debe renovar la actuación, es decir repetir el acto procesal (segunda parte del artículo 114). Como puede apreciarse, los tres supuestos exigen en primer término que el Tribunal ordene por auto fundado la respectiva reposición del expediente, luego de comprobar la definitiva desaparición del original, cosa que no se hizo en este asunto. En segundo lugar, ninguno de los tres supuestos liberan al tribunal de reponer la pieza o actuación procesal de interés, como lo entiende el Tribunal Superior de ..., pues de quedar librada la reposición a las "posibilidades del Despacho" se violentarían las reglas del debido proceso. Es por lo anterior que la defensa lleva razón al afirmar que en este asunto no sólo no existen algunas

piezas vitales como lo son el respectivo requerimiento fiscal de instrucción, pieza que es vital en un sistema que se rige por el monopolio del ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público, sino también porque tampoco consta que se hubiere intimado adecuadamente el hecho al imputado, lo que también es vital según el principio constitucional de defensa. Es conveniente agregar que la preexistencia de esas actuaciones procesales no logra establecerse con la aparición de una copia del procesamiento, así como tampoco sería suficiente establecer con una copia de una sentencia la preexistencia de un proceso tramitado conforme a las reglas legales y constitucionales, pues ello liberaría al Tribunal de la reposición y admitiría la especulación sobre garantías constitucionales básicas, con serio peligro para los derechos de los ciudadanos sometidos al sistema de administración de justicia. Por todo lo expuesto, procede acoger el reclamo de la defensa, declarar con lugar el recurso y anular la sentencia, así como el debate, con el fin de que se proceda a la reposición de la causa conforme a las reglas constitucionales y legales que nos rigen."

Sala Tercera V-126-F de las 8,30 Hrs. del 12 de abril de 1991.

21).- Alcances del concepto "interesado" en el proceso penal.

"Alega la violación del artículo 502 del Código Procesal Penal por cuanto estima que el juez de mérito le rechazó su incidencia interpretando equivocadamente el término "interesado" que exige ese artículo para poder figurar como actor de un incidente de ejecución, al estimar que solamente son interesados los imputados, el actor civil y el demandado civil, y no una tercera persona que, como en el caso de la impugnante, se considera la legítima poseedora de unos semovientes que habían sido decomisados por las respectivas autoridades, en la causa por receptación que se siguió contra las personas anteriormente citadas. Igualmente estima la recurrente que al omitir el juez a-quo pronunciamiento sobre el fondo de su reclamo, violó los artículos 27 y 41 de la Constitución Política por negársele el derecho de obtener una pronta resolución sobre una petición concreta, sin ser cierto que carece de interés legítimo para hacer la referida gestión, como también quebrantó los artículos 398, 503 y 536 del Código de la materia, por cuanto debió dársele el curso de ley al incidente formulado y disponer la entrega de los semovientes que reclama, pues si hubo sentencia absolutoria, la restitución de los bienes decomisados deben hacerse a quien corresponda.

Efectivamente le asiste razón a la impugnante en cuanto estima que no debió rechazarse el incidente que presentó para que le entregaran los semovientes que considera le pertenecen, con el argumento de que no está legitimada para intervenir por no ser interesada a los efectos que señala el artículo 502 del Código Procesal Penal, pues como ya lo advirtió esta Sala al resolver el respectivo recurso de queja, el requisito del interés (tanto subjetivo como objetivo) se extrae también de otras normas procesales (por ej. los arts. 536 y 537 entre otros) en cuanto se refieren a agravios ocasionados a personas diferentes de las sometidas a la relación procesal, que no necesariamente hayan sido sujetos o partes en una causa penal. Ante tales circunstancias, el presente caso -sin que se reconozca que tenga o no razón la impugnante en su petición- constituye un ejemplo de ese interés, ya que si se decomisaron semovientes que pertenecían a terceras personas ajenas a los sujetos que fueron sometidos a la causa penal, efectivamente pueden reclamar lo que estiman les pertenece. Lo anterior no implica en modo alguno -según se dijo- que se le esté otorgando la razón a la recurrente en su gestión de fondo, pues ello deberá resolverlo el juzgador de mérito al decidir la incidencia planteada, sino que el motivo formal que se dio para rechazarla no es ad-

misible. Por tanto, se declara con lugar el recurso por la forma. Se anula la resolución y se ordena el reenvío de la causa al juzgado de origen para que se proceda por parte del a-quo a tramitar y resolver el incidente de ejecución sobre el fondo de los argumentos formulados."

Sala Tercera. V-138-F de las 9,30 Hrs. del 12 de abril de 1991. Hay voto salvado del Magistrado Rodrigo Castro.

22).- Acta de debate.

- Omisión de firma no produce nulidad.

"Si bien efectivamente el acta de debate no fue suscrita en su oportunidad por el Juez Penal de ..., como le correspondía, dicha omisión no acarrea la sanción de nulidad que se pretende. Al respecto esta Sala se ha pronunciado en el sentido, de que "la irregularidad que se critica si bien existió, en nada afectó la defensa del imputado, pues del escrito del recurso no se desprende ninguna defensa que se deba demostrar con las actas del debate. Por otra parte, el debate existió y consiguió sus fines con respecto a todos los intervinientes. Sobre el caso que nos ocupa, los autores argentinos Vázquez Iruzubieta y Castro en su obra Procedimiento Penal Mixto, Tomo III, página 115, cuando comentan el artículo 363 del Código Penal de la Provincia de La Pampa, el cual es concordante con el 407 de Córdoba, Argentina y con el 390 del Código de nuestro país, expresan:

"La falta de acta, o la insuficiencia de alguna de las enunciaciones que debe contener según los siete incisos de este artículo, como contenido mínimo y sin perjuicio de otras especificaciones que puedan agregarse en ella, puede ser causa de nulidad relativa o de nulidad absoluta. Será relativa la nulidad toda vez que la falta o insuficiencia de enunciaciones (falta de acta o acta incompleta), que son los dos supuestos a que hace referencia la ley no sea un hecho convalidado voluntariamente por las partes, y en tal caso la nulidad lo sería del acta pero no del debate. Será absoluta la nulidad toda vez que la falta o insuficiencia de enunciaciones conculque un derecho sustancial de las partes", (V-312-F de las diez horas del treinta de octubre de mil novecientos ochenta y siete). De lo expuesto se concluye, que en el presente caso no se ha causado indefensión al encartado, por lo que se declara sin lugar este extremo del recurso. Se comunicará lo ocurrido en relación con la firma tardía del acta de debate al Tribunal de la Inspección Judicial, para lo que estime pertinente."

Sala Tercera V-209-F de las 10 Hrs. del 10 de mayo de 1991.

23).- Acción civil resarcitoria.

- Reclamo por daño moral no exige previa declaratoria de herederos.

"En el segundo motivo de su recurso por el fondo, la parte demandada civil reclama errónea aplicación del artículo 125 del Código Penal de 1941. Se aduce que la sentencia impugnada dispuso el pago de una suma de dinero -por concepto de daño moral- a favor del señor ..., por la sola circunstancia de ser éste el padre del occiso ..., sin exigírsele a aquél que demostrara si había sido declarado heredero de su hijo y sin determinarse cuál era su cuota hereditaria, para concederle entonces una indemnización proporcional. El reproche es improcedente. En efecto, el artículo 125 del Código Penal de 1941 se limita a señalar en qué consiste la reparación del daño moral, el modo cómo debe fijarse, y las circunstancias que han de tomarse en cuenta para ello. En modo alguno indica esa norma que dicha reparación sólo pueda acor-

darse a favor de quien ya ha sido declarado heredero de la víctima y en los límites de su cuota hereditaria. No existe, pues, el vicio o quebranto que se alega. Por lo tanto, el motivo debe ser declarado sin lugar.

V.- En el tercer motivo de su recurso por el fondo, la parte demandada civil alega errónea aplicación del artículo 103, inciso 2, del Código Penal vigente. Se aduce, al respecto, que el a-quo incurrió en ese vicio al acoger la indemnización por daño moral a favor de un tercero, el cual sólo podría haber sido tenido como parte si hubiera demostrado su calidad de heredero, situación que no se produjo en el proceso. El reproche carece de razón. El actor civil, señor ..., se apersonó solicitando para sí una indemnización ante la pérdida de su hijo a consecuencia del delito. El reclamo formulado, pues, no se refiere a sus derechos hereditarios. Por el contrario, su demanda pretende cobrar daños y perjuicios propios, que le fueron ocasionados directamente por el hecho delictivo, de modo que no existen razones para reducir aquella pretensión a los límites de su cuota hereditaria, ni a su posible derecho a heredar. (Así lo resolvió expresamente esta Sala en el voto 148-F de 16,10 horas del 17 de junio de 1987). En consecuencia, para formular dicha acción civil no se requería por ningún motivo que el actor acreditara haber sido declarado heredero del ofendido. Este requisito sólo es necesario en los casos del artículo 129 del Código Penal de 1941; pero no para formular la acción, sino para obtener el derecho de ser indemnizado en sentencia. En el presente asunto, sin embargo, como lo que se ordenó en el fallo fue únicamente la reparación del daño moral sufrido por el accionante, aspecto que no guarda relación alguna con lo regulado por el artículo 129 de cita, no se requería tampoco para la procedencia de ese rubro que aquel acreditara haber sido declarado heredero de la víctima. (Cfr. con lo resuelto por esta Sala en voto 120-F, de las 8,45 horas del 5 de abril de 1991). De acuerdo con lo expuesto, el motivo que nos ocupa debe ser declarado sin lugar."

Sala Tercera V-399-F de las 9,20 Hrs. del 31 de julio de 1991.

24).- Acción Civil Resarcitoria.

- Requisitos para la condena en abstracto.

"... el recurrente ... también impugna el fallo porque contiene una condena civil en abstracto, contraviniéndose reiterada jurisprudencia incluso de esta Sala que no la ha admitido. Ello es cierto, sin embargo los suscritos se replantean ahora esos criterios jurisprudenciales, sobre todo luego de la promulgación de un nuevo Código de Procedimientos Civiles, que en forma expresa establece un procedimiento especial para "... cuando en la sentencia se condene en abstracto a pagar daños y perjuicios ..." (art. 693 del Código Procesal Civil), haciendo una referencia que el anterior no hacía. Para ello conviene sintetizar la evolución que sobre este tema se dio en la jurisprudencia costarricense, pues antes de la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, la condena civil en abstracto en sede penal era prácticamente automática, sólo bastaba la condena por el delito para que además se impusiera la condena civil, sin que la parte interesada se hubiere constituido en accionante. El Código Procesal Penal vigente hizo surgir una polémica respecto de la procedencia de la condena civil en abstracto ante los Tribunales penales, la cual culminó en favor de la tesis que la estimó improcedente. Cabe recordar que casi todos los tribunales de instancia eran del criterio favorable a la condena en abstracto. Para cuando el problema llegó a la casación, la entonces Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia estimó procedente la condena civil en abstracto (véanse Res. N 48-F de 14,30 hrs.

de 7 de setiembre de 1978; y N 5-F de 15,00 hrs. del 1 de marzo de 1979, ambas de la Sala Segunda Penal).

Esta posición fue combatida por la Sala Primera Penal, que consideró indispensable que en la sentencia penal se fijaran en forma concreta los montos de las partidas por daños y perjuicios, deber que hizo desprender de los artículos 393 y 399 del Código de Procedimientos Penales (Res. de 16,00 hrs. del 4 de mayo de 1978, Sala Primera Penal de la Corte Suprema de Justicia). Para entonces, la denominada Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, hoy Sala Primera, resolvió un conflicto de competencia suscitado entre un Juez Civil y un Juez Penal a consecuencia de la ejecución civil de una sentencia penal, y se inclinó también por la improcedencia de la condena civil en abstracto en sede penal. En esa oportunidad dicha Sala interpretó el artículo 524 del Código de Procedimientos Penales, indicando que la remisión que se hace al Juez Civil en esa norma lo es sólo para la fase de apremio, pero nunca para que fije el monto de los daños y perjuicios (Sala de Casación, res. 227 de 16,00 hrs. del 19 de diciembre de 1979). Para esa época funcionaba también la Sala Superior de la Corte Suprema de Justicia, que se integraba con los Magistrados de las dos Salas Penales más el Presidente de la Corte, para cuando existiere jurisprudencia contradictoria entre las salas penales. La Sala Superior entró a conocer de las decisiones opuestas y acogió naturalmente la tesis de la Sala Primera Penal, pues en ese entonces el Presidente de la Corte era también el Presidente de la Sala de Casación, la cual antes se había pronunciado en favor de esa tesis (Res. N 11 de 10,00 hrs. del 4 de julio de 1980 de la Sala Superior de la Corte Suprema de Justicia. Dicha Sala ratificó ese criterio en sus resoluciones posteriores Número 12, 13, 14, 16, 17 y 18 de ese mismo año). Estimó la Sala Superior, en las resoluciones citadas, que el artículo 524 del Código de Procedimientos Penales parte de la base de una sentencia que fijó el monto concreto a cada una de las partidas de la acción civil resarcitoria, por lo que al remitir esa norma a los Tribunales Civiles para la ejecución, no se está autorizando trasladar la fijación de las partidas a esta última autoridad. La Sala agregó que una sentencia penal con una condena civil indeterminada no podría ser recurrida en casación, porque el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales sólo autoriza el recurso -aparte de otros casos- cuando la sentencia imponga restitución o indemnización por mayor suma de la que ese texto indica; y a su vez, porque el artículo 475 *ibidem* también señala ciertos límites en relación con el monto concreto, razones por las cuales rechazó la condena civil en abstracto. Al suprimirse las Salas Penales de la Corte, y crearse la Sala Tercera como encargada de la casación penal en 1980, ésta acogió el criterio de la Sala Superior, al indicar que "... no permite nuestra ley procesal la formulación de una condenatoria en abstracto. La equivocación en que algunas veces se incurre proviene de la mala interpretación que se da al artículo 524 del Código de Procedimientos Penales. Dicha norma procesal se refiere a la ejecución civil, y no a lo que debe resolverse en la sentencia, por lo que, si los artículos 393 y 399 obligan a los tribunales penales a fijar los daños y perjuicios en el propio fallo, es obvio que el art. 524 parte de una sentencia en que se fijó el monto de la responsabilidad civil ..." (Res. N 19-F de 10,35 hrs. de 24 de abril de 1981, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

En igual sentido, de esta misma Sala Res. 70-F de 16,20 hrs. del 3 de setiembre de 1981; N 10-F de 10,10 hrs. de 21 de enero 1982; N 83-F de 9,50 hrs. de 30 de julio de 1982; y N 47-F de 10,35 hrs. de 22 de abril de 1983). Desde entonces se impuso la tesis de la improcedencia de la condena en abstracto. Esta posición ha generado algunas dificultades que inciden y afectan los derechos patrimoniales de las partes civiles. Entre las consecuencias más relevantes debe mencionarse la obligación de los jueces penales de remitir a las partes a un juicio civil ordinario para obtener la

indemnización, cuando no se hizo prueba sobre el monto de cada una de las partidas reclamadas, aún cuando el daño esté demostrado. A tal proceder se llega en los casos en que no está autorizada la fijación prudencial de monto de la indemnización. En igual sentido se remite a juicio ordinario a la parte civil que acude a la casación penal solicitando la nulidad de la sentencia en el aspecto civil. El reenvío para una nueva sustanciación del asunto se hace al Juez Civil, para que éste proceda por medio del juicio ordinario, ya que en materia penal no existe un juicio de reenvío sólo para el aspecto civil. En esos casos la tramitación de un juicio ordinario demanda esfuerzo, tiempo y dinero para las partes civiles.

III.- De acuerdo con lo antes expuesto, la jurisprudencia patria no admite la condena civil en abstracto con base en tres argumentos básicos. Primero porque interpreta que los artículos 393 y 399 del Código de Procedimientos Penales obligan al juzgador penal a pronunciarse sobre el extremo civil en forma expresa, fijando las partidas correspondientes a la acción resarcitoria; segundo, porque estiman que el artículo 524 *ibidem* remite al Juez Civil pero sólo para la fase de apremio de la ejecución civil, ya que indican que esa norma parte de la base de una sentencia penal que fijó los montos de cada una de las partidas; y tercero, porque los artículos 474 y 475 *ibidem*, permiten la interposición del recurso de casación en el aspecto civil de un fallo penal, partiendo de montos concretos, lo que desautoriza una condena en abstracto. Es interesante resumir esos argumentos para resaltar que ninguna de las normas en que se apoya el criterio prohíbe de manera expresa la condena civil en abstracto en sede penal. En efecto, los artículos 393 y 399 del Código Procesal Penal no señalan que el Tribunal Penal deba fijar el monto de cada una de las partidas de la acción civil resarcitoria, sino que establecen la obligación del Juez Penal de pronunciarse sobre la indemnización cuando la acción civil hubiere sido ejercida en el proceso penal. El artículo 399 es el más amplio, y establece que la sentencia penal "... dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización de daños y perjuicios causados y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones ...". Esa norma no exige necesariamente una fijación concreta del monto de cada partida reclamada en la acción civil, puesto que se limita a establecer la obligación del juzgador penal de pronunciarse sobre la acción resarcitoria, estableciendo o denegando la condena al pago de los daños y perjuicios, pero esa condena puede ser tanto concreta como abstracta, sin que la norma prohíba o autorice en forma expresa alguna de estas opciones. Ello descarta el argumento básico de quienes han estimado jurídicamente prohibida la condena civil en abstracto. Además, la legislación penal y civil se inclinan más por la condena civil en abstracto. En efecto, entendidos en su verdadera dimensión los artículos 393 y 399 citados, se comprenden los alcances del 524 *ibidem*, al disponer que "la sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda y con arreglo al Código Procesal Civil ...". Es decir, el Código Procesal Penal autoriza en el 524 al Juez Penal para que remita a las partes a la vía civil para la ejecución de la indemnización de los daños y perjuicios, y establece, además, que esa ejecución se tramitará "... con arreglo al Código Procesal Civil ...", y resulta que éste en forma expresa sí se pronuncia en forma favorable sobre la condena en abstracto al establecer el procedimiento para ejecutar una sentencia que "... condene en abstracto a pagar daños y perjuicios ...", según lo refiere en el artículo 693.

En otras palabras, tanto el artículo 524 del Código Procesal Penal por un lado, como el artículo 693 del Código Procesal Civil

por el otro, se inclinan por autorizar al Juez Penal para que remita al civil la ejecución del deber de indemnizar los daños y perjuicios provenientes de delito, con la obligación concomitante para el juez civil de establecer los montos, en el evento de que la sentencia contenga una condena en abstracto. Esas posibilidades legislativas contrarían la jurisprudencia de esta Sala en cuanto se ha inclinado por la prohibición de la condena civil en abstracto, razones que nos hacen replantearnos el criterio, para concluir definitivamente en que tal posibilidad no sólo no está prohibida, sino que además está autorizada en forma expresa en nuestro ordenamiento, según se indicó. El tercer argumento de la jurisprudencia anterior tampoco sería razón suficiente para justificar la prohibición de la condena civil en abstracto, porque el artículo 475 del Código Procesal Penal autoriza al actor civil a recurrir en casación dependiendo del monto de su agravio, es decir de una suma relacionada con sus pretensiones, pero no del monto de las partidas acogidas en sentencia. De tal manera que el actor civil puede recurrir aún contra una sentencia que contenga una condena civil en abstracto, siempre que el monto de su agravio supere las sumas fijadas en ese artículo, sin que tal clase de condena impida su recurso sólo por esa razón. En cuanto al artículo 474 *ibidem*, una sentencia penal con una condena civil en abstracto tendría que equipararse a un asunto de cuantía inestimable a ese momento, por lo que siempre se justificaría la entrada del recurso para el condenado. En todo caso ninguna de estas últimas normas prohíbe la condena civil en abstracto, por lo que no pueden servir de sustento a la tesis anterior.-

IV.- Las razones jurídicas expuestas nos inducen a aceptar como plenamente válida la condena civil en abstracto en sede penal. Ahora bien esa clase de condena no puede ser generalizada, al extremo de que se constituya en la regla, como ocurría antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en 1975. En la actualidad deberá constituir una alternativa excepcional con el cual podrán contar los juzgadores en sede penal, en aquellos casos en los cuales se logró acreditar la existencia del daño, así como el deber de indemnizar de parte del demandado, y el derecho de recibir la indemnización de parte del accionante, pero no existen pruebas para acreditar el monto de la indemnización, siempre y cuando no se autorice hacer la fijación prudencialmente. Es importante resaltar que la condena en abstracto no debe disponerse en forma automática, sino que requiere de todas y cada una de las condiciones antes apuntadas. La regla la constituye el deber del juzgador penal de pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria, en los casos en que ésta se ha ejercido, estableciendo los montos concretos de la indemnización, según la obligación que se extrae de los artículos 103 del Código Penal de 1970; 122 del Código Penal de 1941, aún vigente, y 393 y 399 del Código de Procedimientos Penales. Se trata de un deber que esperamos el juzgador no pretenda eludir, enviando innecesariamente a las partes a ejecución de sentencia en los casos en que podía establecer los montos de una vez en sede penal. La excepción, para cuando se den las condiciones apuntadas, deberá ser la remisión a la vía civil pero esas condiciones conviene reiterarlas. En primer término es imprescindible que se haya establecido la obligación del demandado de indemnizar los daños y perjuicios; segundo, se requiere también que se haya establecido el derecho del accionante, o su representante legal, de recibir la indemnización; tercero, es necesario que en el proceso penal se haya demostrado la existencia de esos daños y perjuicios sufridos por parte del damnificado. En cuarto lugar se requiere la ausencia de pruebas que permitan establecer el monto concreto de la indemnización, y en tal sentido el juzgador penal debe indicar en la sentencia las razones por las cuales las pruebas evacuadas, en su criterio, son insuficientes para establecer el cuántum correspondiente a cada partida, puesto que de no hacer esa justificación estaría faltando a su deber de pronunciarse en forma expresa. Esta obligación la resaltan los tribunales y la

doctrina italiana, que con normas procesales similares a las nuestras, bajo la vigencia del Código Procesal Penal de 1930 admitieron por vía excepcional la condena civil genérica o abstracta en sede penal. En tal sentido apunta Manzini que "... la constitución de parte civil obliga siempre al juez penal, en caso de condena penal, a estatuir sobre el *an debeat*, y lo obliga también, de ordinario, a liquidar los daños en los casos en que reconozca la responsabilidad civil. Pero, excepcionalmente, si el juez considera que no puede decidir en el estado de los autos sobre tal liquidación, lo declara así, indicando los motivos y remite las partes ante el juez civil competente... El juez penal, que tiene obligación de respetar la voluntad de la ley aún cuando falten específicas sanciones procesales ... sólo deberá usar, por tanto, de la facultad de la ley le consiente cuando haya la real imposibilidad de proceder a la liquidación, evitando que el juicio separado de liquidación se convierta en regla en lugar de excepción, como lo era bajo el imperio del Código de 1913 ..." (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, pp. 426 y 427; véanse también las observaciones de CALAMANDREI, Piero, La condena "genérica" a los daños, en "Providencias Cautelares", Edit. Bibliográfica Argentina, 1945, Buenos Aires, pp. 156 y 157; y de CARNELUTTI, Francesco, Condena genérica al resarcimiento del daño, en "Estudios de Derecho Procesal", EJE, Buenos Aires, 1952, tomo II, pp. 333 s.). En consecuencia, sólo ante la falta de elementos probatorios que le permitan establecer ese cuántum podrá el juzgador penal remitir a la vía civil a las partes a efecto de que se fijen los montos. Por último, el quinto presupuesto que requiere la condena civil en abstracto en sede penal, y no menos importante que los anteriores, es que en el caso no se autorice jurídicamente la estimación prudencial del monto de la indemnización, porque de autorizarse el juez debe fijar el cuántum en lugar de remitir a las partes a la vía civil. En otras palabras, en todos aquellos casos en que la ley autoriza al juez a fijar el monto de la indemnización en forma prudencial, el juez penal no puede eludir su deber, por lo que no puede remitir a las partes a la vía civil para el establecimiento de los montos. Nuestra legislación prevé cinco casos en los cuales se autoriza la fijación prudencial del monto de la indemnización por parte del juzgador penal, según las regulaciones contenidas en los artículos 123, 124, 125, 126 y 129 del Código Penal de 1941 y que están vigentes, según la ley número 4891 del 8 de noviembre de 1971. Esa fijación prudencial debe hacerse siempre que se cumplan los presupuestos que cada una de esas normas contiene, en especial que no sea posible establecer el cuántum por medio de un perito idóneo. Lo importante a destacar es que si el juez está autorizado para hacer la fijación prudencialmente y se dan las condiciones que la ley establece para hacerlo, no puede condenar en abstracto al pago de daños y perjuicios, sino que debe establecer los montos ejerciendo ese poder discrecional que la propia ley le otorga. Sobre este aspecto la doctrina argentina es casi unánime al negar la posibilidad de condenar en forma genérica o abstracta al pago de los daños y perjuicios en sede penal, y se inclinan esos autores porque el juzgador penal debe fijar prudencialmente el monto del daño moral y del daño material, cuando no se tienen bases probatorias para establecer el cuántum, con base en el principio del interés (en tal sentido, véanse VELEZ MARICONDE, Alfredo, Acción civil resarcitoria. Córdoba, 1965, pp.-84 y 85; NUÑEZ, Ricardo, La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1948, p. 208; y CREUS, Carlos, La acción resarcitoria en el proceso penal, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fé, p. 217 ss.). Sin embargo conviene precisar que esa posición doctrinal tiene un claro sustento en el inciso 1 del artículo 29 del Código Penal argentino que literalmente dispone que la sentencia condenatoria podrá ordenar "1. La indemnización del daño material y moral causado a la

víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba ...", norma que no encontramos, al menos con la misma amplitud, en el ordenamiento costarricense, salvo los cinco casos antes citados y contenidos en el Código Penal de 1941 (arts. 123, 124, 125, 126 y 129). Por lo expuesto el criterio argentino no resulta aplicable en toda su extensión en nuestro país, por diferir en este sentido las legislaciones, salvo en cuanto se logra extraer de la doctrina citada que el juzgador penal no debe remitir a las partes a la vía civil para establecer el monto de la indemnización, cuando está autorizado a fijar ese monto prudencialmente, en aquellos casos en que carezca de prueba sobre ese extremo. Por todo lo expuesto, en el caso de autos procede declarar sin lugar el segundo motivo del recurso de casación, pero debe corregirse el error de derecho en la fundamentación de la sentencia, conforme lo autoriza el artículo 484 del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de que la condena abstracta al pago de los daños y perjuicios en el presente caso procede ante la ausencia de otros elementos probatorios que permitan fijarla en forma concreta, según los anteriores razonamientos, y no por las razones que el juzgador expresó en la sentencia."

Sala Tercera V-165-F de las 9 Hrs. del 26 de abril de 1991.

25).- Acción Civil Resarcitoria.

- Oportunidad para concretar pretensiones.

"En consecuencia, pese a que la parte actora civil debe concretar su pretensión hasta el final del debate, durante las conclusiones, nada impide que la haga antes, en el escrito de constitución, como ocurrió en el presente caso, circunstancia que no puede traducirse en un vicio procesal pues ello confiere mayores posibilidades a la parte contraria para preparar su defensa."

Sala Tercera V-165-F de las 9 hrs. del 26 de abril de 1991.

26).- Prejudicialidad.

El trámite de levantamiento de inmunidad no constituye cuestión prejudicial.

"El artículo 83, párrafo segundo del Código Penal establece que "Se suspenderá la prescripción en el caso de que surja en el proceso una cuestión prejudicial y mientras esta no se defina" y la cuestión que plantea el recurrente ya fue anteriormente debatida con amplitud por esta Sala, y por mayoría, con base en las razones ya expuestas en resolución N 34-F de las diez horas y cuarenta minutos del veintiséis de enero de mis novecientos noventa, a las cuales nos remitimos, se concluyó en que toda la actividad dirigida al desafuero ante la Asamblea Legislativa no constituyen actos prejudiciales y consecuentemente no tienen la virtud de suspender los plazos de prescripción de la acción penal (en este mismo sentido, véase la resolución V-172-F de las nueve horas y cinco minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa)."

Sala Tercera. V-93-F de las 11 Hrs. del 27 de marzo de 1991.

Hay voto salvado de los Magistrados Jesús Ramírez y Rodrigo Castro.

27).- Pena

- Nulidad parcial de fallo por falta de fundamentación en ese extremo.

"En la sentencia, en el aparte destinado a la sanción a imponer, únicamente se indica que: "La pena en especie es prisión

de ocho a quince años, de acuerdo con el artículo 111 del Código Penal. Por lo indicado tomando en consideración las circunstancias de hecho y de derecho y lo indicado en el artículo 71 del Código Penal se le impone como pena al condenado DIEZ AÑOS DE PRISION, "(ver folios 117 vuelto líneas 27 y siguientes y 118 frente, líneas 1 y 2). De con formidad con lo expuesto para los efectos legales, no queda claramente establecida la motivación de los juzgadores al imponer la pena, ya que la misma no fue plasmada en el fallo, quedando más bien en su conciencia; la mera referencia al numeral 71 del Código Penal, no supera la exigencia ya que se debe puntualizar cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho en que se sustenta la decisión. Si bien el impugnante pretende que se anule el fallo en su totalidad, al respecto ya se ha pronunciado la Sala al a indicar que "Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que debe anularse la sentencia en su totalidad como se pretende, pues ..., el vicio no afecta en nada lo referido a la existencia del hecho y la participación del imputado en él, sino que debe procederse a la anulación parcial del fallo que permite el artículo 483 del Código de la materia y que en el caso de falta de fundamentación en la fijación de la pena, la doctrina procesal penal más autorizada, reconoce sin ningún cuestionamiento (cfr. al respecto, *Obra de De la Rúa, F, El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Víctor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires, 1968; pág. 164)" (Sala Tercera, V-140-F de las ocho treinta horas del 19 de abril de 1991). Al haberse vulnerado efectivamente la normativa citada, se declara con lugar el recurso por la forma, en cuanto a la imposición de la pena se refiere. Se anula parcialmente la sentencia y el respectivo debate en punto a la pena impuesta a *** por el delito de homicidio simple en perjuicio de Valentín Mora Mora. Se ordena el reenvío de la causa ante el Tribunal sentenciador, para que éste tomando en consideración las circunstancias del hecho ya determinadas en el fallo, así como los elementos contemplados en el artículo 71 y siguientes del Código Penal, se pronuncie sobre la pena aplicable al caso de marras, sin que pueda exceder la misma de la inicialmente impuesta, en este caso diez años de prisión (artículo 459 del Código Procesal penal)."

Sala Tercera V-189-F de las 8:20 Hrs. del 10 de mayo de 1991.

28).- Prueba.

- Declaración ante notario sin advertencias de ley por parentesco.

"En efecto, consta que el a-quo tuvo por acreditado que la menor *** informó a la ofendida que la autora de la carta agravante había sido su tía, la señora *** y que así compareció a manifestarlo ante la Notaría del Licenciado *** (ver f. 36 vto., líneas 25 y sgtes.) Posteriormente, en el debate, observándose que la referida menor es sobrina de la querellada, el Juez le hizo las advertencias que señala el artículo 228 del Código Procesal Penal (Facultad de abstención entre parientes) y ésta, en un primer momento, manifestó no querer declarar acogiéndose a ese derecho, aunque una vez avanzado el juicio oral decidió declarar atribuyéndose la confección de la carta ofensiva por motivos personales en contra de su tía. Sin embargo, como puede apreciarse en la sentencia impugnada, el a-quo no dio credibilidad a lo manifestado oralmente por la menor citada, sino que partió de su declaración escrita (visible al folio 9 fte. e incorporada por lectura al debate) para justificar esencialmente su decisión aunque cita otros elementos probatorios. Lo anterior es del todo improcedente, pues resulta obvio que la declaración rendida ante el Notario Público *** no fue vertida conforme a derecho, pues siendo su finalidad utilizarla con efectos penales, no consta que se le hubiesen hecho las advertencias de ley (y aún constitucionales, según el artículo 36 de la Carta Magna)

para que pudiese servir como prueba idónea y legítima (ya sea que se considere prueba documental o prueba testimonial) dentro del proceso penal correspondiente. Por las razones anteriores es de rigor acoger el reclamo por la forma y anular la sentencia y el respectivo debate".

Sala Tercera V-254-F de las 10:05 Hrs. del 7 de junio de 1991.

29).- Incidente de nulidad.

- Exclusión del Estado como actor civil sin notificaciones correspondientes.

"Respecto del incidente de Nulidad absoluta contra la sentencia aquí impugnada que formula el Procurador Penal en su escrito visible a folios 295 y siguientes, por haberse declarado el desistimiento de la acción civil resarcitoria interpuesta por la Procuraduría en representación del Estado, la mayoría de esta Sala -con los votos disidentes de los Magistrados González y Ramírez, quienes por diferentes razones que luego se hacen constar- lo declara sin lugar con fundamento en las siguientes consideraciones: Es cierto que en el presente asunto se aprecian serios defectos procesales en lo que se refiere a la tramitación de la acción civil interpuesta por la Procuraduría General de la República. Más grave es aún que el tribunal de juicio de la Provincia de *** hubiese declarado el desistimiento de dicha acción sin haberle notificado a aquélla siquiera la Citación a juicio (ver f. 251 vto.) como tampoco las posteriores resoluciones. Inclusive es discutible que tratándose del delito de Peculado (que se refiere a la sustracción o distracción de dinero o bienes por parte de funcionarios públicos -art. 352 del Código Penal-) sea necesaria la interposición de una acción civil para recuperar los fondos públicos sustraídos, pues podría entenderse también como la restitución del objeto material que puede ordenarse aunque tal acción no hubiere sido intentada -conforme lo dispone el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales en su párrafo final-. Sin embargo, y pese a lo anterior, resulta indudable que la Procuraduría, no obstante haber sido debidamente notificada del auto de las quince horas y diez minutos del ocho de marzo del año próximo pasado (ver f. 249 fte.) que generó el error de rechazar por extemporánea una acción ya admitida, no gestionó de modo oportuno su subsanación para evitar las consecuencias posteriores. No es sino hasta ahora, por medio de un incidente presentado fuera de plazo alguno, incluyendo el que correspondería para el respectivo recurso de casación, que se advierte la irregularidad señalada haciéndose imposible el saneamiento del vicio sin perjudicar las garantías de la sentenciada ***. En efecto, únicamente su defensor recurrió ante esta Sala y aunque las nulidades absolutas son declarables de oficio en cualquier estado del proceso, es requisito indispensable que se haya abierto la correspondiente vía mediante el respectivo recurso de casación, desde luego con relación a quien lo interpone, y no con relación a la otra parte o sujeto contrario que omitió ejercer oportunamente su impugnación. Interpretar esto último en sentido opuesto sería desfavorecer notablemente a quien ejerció el derecho impugnatorio, pues en cualquier momento anterior a que se resuelva su recurso ante esta Sala y ante su solo pedido, mediante un incidente similar al que aquí se discute, cualquier otro sujeto podría demandar la nulidad de la sentencia del a-quo. Nótese que no se trata siquiera del instrumento de Adhesión que permite nuestra legislación procesal en su artículo 453 del Código de la materia. Pues bien, si no se abrió la vía de la casación como corresponde, no puede esta Sala -por carecer de competencia- pronunciarse respecto de un incidente que pretende establecer una responsabilidad resarcitoria de la sentenciada, en cuyo favor fue presentado el único recurso que autoriza el conocimiento de la causa. (Cfr. respecto de las nulidades absolutas y su declaración de oficio siempre que se haya abierto la vía

de la Casación, obra de De la Rúa, F; El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P. de Zavalia, editor; Buenos Aires, 1968, ps. 132, 133 y último párrafo de la 241). Por todo lo expuesto, los suscritos declaran sin lugar el incidente de nulidad presentado."

Sala Tercera. V-265-F de las 8,57 Hrs. del 14 de junio de 1991.

Hay voto salvado de los Magistrados Daniel González y Jesús Ramírez.

Voto salvado del Magistrado González

"El suscrito comparte plenamente el criterio de la mayoría de la Sala expuesto en el Considerando Primero de la resolución, en cuanto rechazan el recurso por el fondo interpuesto por el defensor de la imputada. Sin embargo respetuosamente se permite disentir de lo señalado en el Considerando Segundo, al rechazar la incidencia de nulidad incoada por la Procuraduría General de la República, con base en las siguientes razones:

1.- En el presente caso la mayoría reconoce serios errores procesales atribuidos a los tribunales de justicia, en perjuicio del Estado como parte civil representada por la Procuraduría General de la República, sin embargo no decretan la nulidad por atribuirle inoperancia a la parte interesada. Los errores de los tribunales se evidencian uno tras otro, de la siguiente manera: a) En primer lugar, el Juzgado Segundo de Instrucción de *** elevó a juicio la presente causa, sin pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria incoada por el Estado cuando el asunto estaba en la etapa de instrucción (ver res. de fl. 197 a 200). Por tal motivo el Tribunal Superior de *** revocó el auto de citación a juicio y dispuso devolver el expediente al instructor para que enmendara el error (por resolución de fl. 220). b) El Juzgado de Instrucción le da curso a la acción civil resarcitoria del Estado (fl. 232), y luego de rechazar la oposición del defensor, se tiene por definitivamente constituido como parte civil al Estado, resolución que incluso es confirmada por el Tribunal Superior (ver resolución de fls. 236 y 248). c) No obstante lo anterior, por haberse presentado un segundo escrito de acción civil de la Procuraduría General de la República, el Juzgado de Instrucción decide, luego de tenerlo definitivamente como parte, rechazar el segundo escrito de apersonamiento de la Procuraduría presentado el 29 de marzo de 1990. ch) El expediente se envía de nuevo al Tribunal Superior de ***, el cual no notifica a la Procuraduría del auto de señalamiento para debate (resolución de fl. 257), impidiéndole así ejercer sus derechos de parte civil plenamente admitido. d) Finalmente el Tribunal Superior en sentencia decide declarar desierta la acción civil formulada por el Estado, por no haberse apersonado al Debate. e) Cuando el representante legal del Estado se entera del asunto, el expediente se encuentra ante esta Sala de Casación en virtud del recurso formulado por el defensor de la imputada.-

2.- Lo anterior evidencia que el Juzgado de Instrucción de *** no había atendido la acción civil oportunamente formulada por el Estado cuando el expediente aún no había sido elevado a juicio, razón por la cual debió el Tribunal Superior devolvérselo para que corrigiera el error. El juzgado instructor corrige el error, tiene como parte al Estado, rechaza la oposición de la defensa, resolución que incluso conoce en alzada el Tribunal Superior. Pero luego, el instructor rechaza el segundo escrito de apersonamiento de la Procuraduría y envía el expediente al Tribunal Superior. Es ahí donde nuevamente se produce un estado de indefensión total que vulnera las reglas del debido proceso, y el derecho constitucional de justicia, garantizados en los artículos 39 y 41 de la Carta Política. En efecto, en el Tribunal Superior para el debate a la parte intere-

sada, ni se le notificó la sentencia, la cual intervino al enterarse del verro judicial ante esa sede. Podría afirmarse incluso que el plazo para recurrir ante casación no le ha precluido porque no fue notificada la sentencia a la Procuraduría General de la República.-

4.- Por todo lo expuesto, aún cuando me pronuncio por rechazar la incidencia, voto por declarar de oficio la nulidad de la sentencia únicamente en cuanto se tuvo por desistida la acción civil incoada por el representante legal del Estado, y disponer que las partes recurran a la vía civil ordinaria en demanda de sus derechos.-

Voto salvado del Magistrado Ramírez

Considerando:

I.- Sustanciado el recurso de casación interpuesto por el licenciado René Reyes Cajina, defensor de la imputada, esto es, puesta en estado de sentencia la causa, el licenciado Jorge Umaña Rodríguez, Procurador Penal de la República, formula incidente de nulidad absoluta de actuaciones y de la sentencia recaídas en este proceso, con apoyo -en resumen- en los siguientes argumentos: a) que por resolución de las 15:10 horas del 8 de junio de 1990, el Juzgado Segundo de ***, rechazó indebidamente la acción civil resarcitoria que presentara, pues con anterioridad el Tribunal Superior de *** en resolución de las 16:00 horas del 4 de mayo de 1990, había confirmado la apelación interpuesta contra la también resolución del instructor que tuvo dicha acción como bien constituida; y, b) solicita nulidad absoluta de la sentencia del Tribunal Superior Penal ***, N 238-90 de las 18:20 horas del 18 de octubre de 1990, que declara desierta la acción civil resarcitoria, por no haber concurrido el petente al respectivo juicio oral y público, pero -agrega- que si no lo hizo fue porque no se le notificaron las resoluciones de citación a juicio y señalamiento para el debate.

II.- El suscrito Magistrado, una vez hecho el correspondiente estudio de las actuaciones de este proceso, llega a las siguientes conclusiones, que por su naturaleza considera definitorias: el incidentista como representante de la Procuraduría General de la República, oportunamente (8 de setiembre de 1989) se constituyó en actor civil (folios 226 a 238). El Juzgado Segundo de Instrucción ***, le dio el curso de ley (folio 232). La defensa se opuso a la constitución del actor civil (folio 234). El expresado Juzgado concluyó en que el libelo de acción civil reunía los requisitos legales y desestimó "lo que pareciera ser una excepción de falta de derecho" (folio 236). La defensa apeló de esta última decisión y admitida que fuera, el Superior del instructor mediante resolución N 749-90 de las 16 horas del 4 de mayo de 1990, dispuso: "POR TANTO: Se confirma la resolución en alzada. Se admite como autor (sic) civil a la Procuraduría General de la República, en representación del Estado." (folio 248). De toda la actividad procesal descrita, a excepción de la audiencia por tres días conferida por el indicado Tribunal Superior acerca de la apelación comentada (folio 246), fue notificada la parte civil, y por lo tanto lo actuado no resulta afectado de vicio procesal alguno.

III.- Contrariamente a como opina el incidentista, su primigenia acción civil resarcitoria -como se verá- en ningún momento le fue rechazada por el instructor. Su confusión se infiere de la resolución de dicha autoridad de las 15:10 horas del 8 de junio de 1990 (folio 249), en cuanto si bien rechazó una acción civil, ella lo fue la presentada el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa a las diez horas (que denominaré "segunda acción"), se soslayó o inadvertió la parte o párrafo final de la mencionada resolución (folio 249) que, luego de las razones extendidas para rechazar la "segunda acción", dice: "...; no obstante ello haber resuelto el Tribunal Superior mencionad, la acción civil anteriormente presentada, donde se tuvo como parte al Procurador General de la República.", (obsérvese que en línea primera de la parte transcrita -cuyo subrayado es del suscrito- se omitió la proposición

"por" entre las palabras "ello" y "haber". En efecto, la locución conjuntiva "no obstante" con que se inicia dicho párrafo, sin hesitación alguna, dejó a salvo la primera acción civil, sea la presentada el 8 de setiembre de 1989 -en tiempo y forma- y que confirmara el ad-quo según se explicó en el Considerando II. Nótese, por otra parte, que en ningún momento el instructor dijo expresamente que rechazaba la primera acción civil. Por el contrario, la dejó a salvo. De lo expuesto se evidencia que la constitución del actor civil se encontraba a derecho, situación que, no obstante, ser notificado de tal resolución, no lo obligaba a hacer ningún tipo de reparo, pues, se insiste, su acción estaba legalmente constituida. Por su parte, el instructor actuó correctamente, pues se apresuró a rechazar una acción civil -segunda- (idéntica a la formulada originalmente) por estimarla extemporánea. Y finalmente, como un argumento más en refuerzo de la tesis de la Sala, debe repararse que si el Tribunal Superior de *** decretó en sentencia la deserción de la acción civil ante la no comparecencia del interesado, ello innegablemente obedeció a que consideró que estaba legalmente constituido (primera acción), pues de lo contrario no habría procedido en esa forma, esto es, la deserción sería redundante e innecesaria frente a un sujeto procesal excluido con antelación.

IV.- Surge ahora el segundo problema enfocado por el representante del Estado (punto b) señalado en el Considerando I). Siguiendo la secuencia normal de los procedimientos, los otros pasos los constituyeron la citación a juicio (folio 250) y la resolución que calificó la prueba y señaló fecha para el debate (folio 257), ambas dispuestas por el Tribunal Superior de ***. Ninguna de esas resoluciones le fue notificada a la parte actora civil. Y es desde esta perspectiva que la declaratoria de deserción, fue ilegal, causó flagrante indefensión a un sujeto procesal, vulnerándose de tal forma el debido proceso que consagra el artículo 41 de la Constitución Política, en relación con el párrafo segundo del numeral 146 del Código de Procedimientos Penales, supuesto que, por integrar una nulidad de carácter absoluto, declarable inclusive de oficio en cualquier estado y grado del proceso, procede así decretarla. Se adquiere la competencia necesaria para adoptar la resolución anterior, tanto por lo ya expuesto (nulidad absoluta declarable de oficio) como porque también se había obtenido a través del recurso de casación interpuesto, independientemente de la vía por la cual se denunció la nulidad. La sentencia impugnada mediante este último recurso debe por consiguiente anularse en su totalidad, así como el debate en que ella se basó, la resolución que señaló para debate y la citación a juicio inclusive. Artículo 483 del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 150 ibídem.

V.- Como consecuencia de la anulación resulta jurídicamente irrelevante hacer pronunciamiento alguno acerca del recurso de casación interpuesto por la defensa.

Jesús Alberto Ramírez Quirós

30).- La omisión de mencionar concretamente el artículo de ley aplicada no causa nulidad.

"Esta Sala ha manifestado reiteradamente, con apoyo en la doctrina procesal penal más autorizada, que no emotivo de nulidad la no mención concreta del artículo de ley que se aplica a los hechos ilícitos tenidos por acreditados, cuando se utiliza el "nomen juris" contenido en la misma ley, "... de modo que se individualice indudablemente el instituto o concepto jurídico que el juzgador aplica, diferenciándolo de otros semejantes ..." (ver obra de De la Rúa, F.; El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P. de Zavallía, editor, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 163, nota señalada con el N 259."

Sala Tercera V-408-F de las 8,35 Hrs. del 9 de agosto de 1991.

31).- Declaración del imputado.

- Incorporación Ilegal provoca nulidad del fallo.

"Sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de las garantías que señala la ley (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación), puede ser valorada por el Tribunal de Mérito para fundar sus juicios o decisiones, como lo señala el representante del Ministerio Público. Por ello, se debe concluir en que la declaración del imputado, que se obtenga con menosprecio de esas reglas, no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique. En este caso, a pesar de que la imputada ***, se abstuvo de declarar -tanto en el debate como en la instrucción- el Tribunal irrespetando la ley (artículos 278 y 384 *ibídem*), utilizó las manifestaciones que dio al interponer la denuncia, para sustentar la existencia del hecho y su participación, con lo cual se violó el principio de defensa, específicamente la libertad de declarar, que la Constitución Política y la ley procesal penal acuerdan a su favor (artículos 36 y 276 respectivamente). Es claro, que la nulidad del acto no depende de la voluntad del imputado, por tratarse de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento, por lo que es declarable aún de oficio. De modo tal, que ese defecto ya es suficiente para declarar con lugar el reclamo. No obstante, debe agregarse, que la utilización e incorporación de una prueba ilegal, como sustento de los hechos que el Tribunal de mérito tuvo por demostrados, acarrea necesariamente la nulidad de la resolución por falta de fundamentación. Tal ha sido también el criterio de la doctrina, al estimar que "... La sentencia que se funda principalmente en una prueba ilegal es una sentencia legalmente inmotivada ..." (ver -entre otros- De la Rúa, Fernando, El Recurso de Casación, Víctor P. De Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1968, p. 165).

Sala Tercera. V-403-F de las 15:40 hrs. del 31 de julio de 1991.

32).- Facultades de la Sala de Casación para modificar calificación jurídica.

"...de acuerdo con el cuadro fáctico de comentario, no puede estarse en presencia del delito de Violación de Domicilio que prevé y sanciona el artículo 204 del Código Penal, por no reunir los requisitos del tipo correspondientes (nótese inclusive que el Bien Jurídico Tutelado es el AMBITO DE INTIMIDAD -ver Título VI del Código Penal-), sino que resulta obvio que se está ante el ilícito de TENTATIVA DE HURTO SIMPLE, (artículo 208 en relación con el 24 del Código Penal), pues aunque el a-quo en su razonamiento de fondo critica la regulación prudencial hecha por el respectivo Juez de Instrucción admitiendo la posibilidad de que los bienes que se pretendían sustrater no escudiesen la suma de €800 porque así supuestamente lo dijo el ofendido en la audiencia oral (ver f. 188 fte. líneas 4 a 7), es lo cierto que se fijó para tales bienes y así lo tuvo por demostrado, un valor superior a los €1.000 que señala el artículo 384 inciso 1 del Código sustantivo, lo que descarta la contravención -Hurto menor- ahí establecida. Por tal circunstancia no le asiste razón a la impugnante cuando solicita sentencia absoluta en favor de sus defendidos, pues la incorrecta calificación jurídica puede ser modificada por esta Sala para corregir el error, siempre que, en respeto de la prohibición de la "Reformatio in peius", no se agrave la situación de los imputados (ver artículo 482 del Código Procesal Penal). Así pues, debe declararse que se está en presencia del delito que acusó el Ministerio Público en el requerimiento de elevación a juicio y que mantuvo en las conclusiones del debate, (reconocido de igual modo por la recurrente), esto es HURTO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, pues no se logró la consumación del ilícito por causas independientes a los agentes activos. Ante dichas circunstancias y por haber recurrido única-

mente la defensora de los imputados, esta Sala se limita a declarar que esa es la calificación jurídica correcta que debe darse a los hechos establecidos en el fallo impugnado, manteniendo la pena de seis meses de prisión impuesta por el a-quo así como las demás consecuencias que de ella se derivan en atención al principio de la no reforma en perjuicio que se mencionó. (Respecto de la facultad que tiene Casación para modificar la calificación jurídica de los hechos aún cuando no recurra el Ministerio Público, ver obra de De la Rúa, F. Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino; Víctor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires, 1968, ps. 252 a 254 y Núñez, Ricardo; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba 2da. edición, ed. Lerner, Argentina, 1986; p. 484). Por todo lo expuesto se declara sin lugar el recurso.- El Magistrado González vota igual que la mayoría de la Sala pero por diferentes razones que expone por aparte, en lo que se refiere al recurso por el fondo."

Sala Tercera V-460-F de las 8,55 Hrs. del 30 de agosto de 1991.

RAZONES DEL MAGISTRADO GONZALEZ:

I.- Conuerdo plenamente con la mayoría en que en el presente asunto debe aplicarse el delito de tentativa de hurto, por las razones que de seguido expondré, y que la pena impuesta por el juzgador con base en el delito de violación de domicilio debe mantenerse, esto último porque el recurso lo formula la propia defensa, y la sanción no puede agravarse en perjuicio del sentenciado, según lo ordena el párrafo final del artículo 459 del Código de Procedimientos Penales (prohibición de la reforma en perjuicio)-

II.- En el presente caso debió aplicarse el delito de tentativa de hurto simple y no el de violación de domicilio, porque en mi opinión en el caso de autos concurren los supuestos del concurso ideal de delitos, en cuyo caso deba aplicarse la pena del delito más grave, que en este asunto resulta ser la del hurto. En primer término debe señalarse que el delito de violación de domicilio previsto en el artículo 204 del Código Penal no requiere de un dolo específico dirigido a perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores de la habitación o casa de negocios invadida, de manera que quien penetra a una vivienda o casa de negocios ajena puede perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, aunque ese no haya sido su objetivo directo y específico. El dolo específico se exige únicamente cuando el tipo penal en forma expresa lo requiere, es decir cuando el legislador señala en el tipo penal que para la realización de esa concreta figura delictiva es necesario que el sujeto activo se motive en específicas razones, como ocurren por ejemplo en los delitos de aborto honoris causa donde la norma exige en forma expresa que la acción hubiere sido realizada "para ocultar la deshonra de la mujer" (artículo 120 del Código Penal), o en el rapto propio, cuando se exige que la sustracción de la mujer se realice "con fines libidinosos" (artículo 163 del Código Penal), o en el hurto de uso cuando se señala que el delito se configura al tomarse la cosa ajena "con el único fin de hacer uso momentáneo de ella", etcétera. La doctrina denomina a éstos como elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, presentes en los llamados tipos asimétricos (ZAFFARONI, E.R. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, 1988, sexta edición, pp. 421 ss.). El delito de violación de domicilio contenido en nuestro Código Penal no es un tipo asimétrico porque no exige para su configuración elementos subjetivos distintos al dolo, y el dolo consiste simplemente en querer el resultado o preverlo al menos como posible. En consecuencia, aquel que penetre a una casa de habitación o casa de negocios ajena, en contra de la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, podría cometer el delito de violación a domicilio aunque su motivación concreta

para penetrar no hubiere sido el perturbar o lesionar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, porque el tipo penal no exige en forma particular esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo. Para tales efectos deben distinguirse en forma clara el dolo y las concretas motivaciones del sujeto para realizar el hecho punible. En muchos casos esas motivaciones coinciden con el dolo, pero en otros no. En consecuencia, un sujeto puede cometer el delito de violación de domicilio motivado en muy diferentes situaciones. Puede penetrar a la vivienda para cometer un delito sexual contra alguno de los moradores, para agredir físicamente a uno de ellos, para intimidarlos, o para causar daños, sustraer bienes, etcétera, pero esas otras motivaciones no hacen desaparecer el dolo constitutivo de la infracción, pues en cualesquiera de esos supuestos se habría perturbado el ámbito de intimidad y se habría lesionado el bien jurídico tutelado en el tipo penal.-

III.- En el caso de autos el Juzgado tuvo por cierto que los encargados se introdujeron al negocio "Distribuidora Moreno S.A." y tomaron varias cajas de bombillos para vehículos, las que colocaron en la acera, hasta que fueron sorprendidos. No se acreditó que para penetrar al negocio hubieren ejercido fuerza en las cosas. Consecuentemente la acción de los acusados es única, pero se encuentra descrita en dos tipos penales que no se excluyen entre sí porque una no subsume a la otra, ni tampoco se presenta un problema de subsidiariedad entre ellas, conforme al artículo 21 del Código Penal. En efecto, la única acción de los acusados se adecua en el delito de tentativa de hurto simple, porque se apoderaron ilegítimamente de las cajas con bombillos para automóviles y las colocaron en la acera (artículo 208 *ibidem*), pero también encuentra descripción en el delito de violación de domicilio, porque penetraron clandestinamente a casa de negocios ajena, contra la voluntad de quien tenía derechos a excluirlos (artículo 204 *ibidem*), y esos tipos penales no se excluyen entre sí mismos. Distinta sería la situación del robo agravado con perforación o fractura de puerta, pared o techo, en donde el tipo del robo establece como presupuesto que éste se verifique penetrando a una vivienda. Pero en el caso del hurto, éste no comprende ni abarca el ilícito de violación de domicilio, en cuyo caso concurren en concurso ideal, por tratarse de la misma acción. Lo anterior significa que, con fundamento en el artículo 75 del Código Penal, el hecho debe sancionarse de acuerdo con la pena del delito de tentativa de hurto por ser ésta más grave que la de la violación de domicilio, y aún podrá aumentarse. Por lo expuesto, al igual que la mayoría estimo que la sanción aplicable es la de tentativa de hurto, pero que la pena no puede modificarse en perjuicio del sentenciado por tratarse de un recurso de la defensa. En lo demás comparto plenamente los razonamientos de la mayoría.-

Daniel González Alvarez

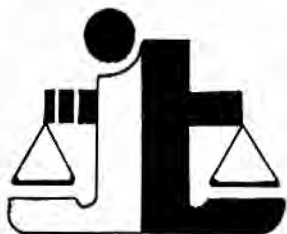
33).- Acción Penal.

Actos procesales que interrumpen la prescripción.

"Reclama el recurrente la inobservancia y/o errónea aplicación de los artículos 80 inciso 3), 82 inciso 2), 83, 88 y 128 del Código

Penal; artículo 3 de la Ley Número 5712 del 11 de julio de 1975, reformada por Ley Número 6726 del 10 de marzo de 1982, en su artículo 7, y el artículo 318 en relación con el 320 inciso 4) y 357 del Código Procesal Penal, pues el Juzgador, atribuyó al encartado la comisión del delito de lesiones leves, previsto y sancionado por el artículo 128 del Código Penal, sancionándolo con siete meses de prisión, sin tomar en consideración que la acción penal para dicho ilícito según el artículo 82 inciso 2) prescribe en el extremo mayor de la pena impuesta, sin que pueda bajar de dos años, prescripción que se interrumpió con el auto de procesamiento dictado el 4 de setiembre de 1987 (folio 185), término a partir del cual volvió a correr la prescripción, volviéndose a interrumpir con el auto de citación a juicio, que se dictó el 8 de noviembre de 1989, por lo que la acción penal prescribió al transcurrir con suficiencia el término de dos años que señala la ley, por lo que lo procedente era el dictado de la sentencia de sobreseimiento total a favor del imputado; éstos los argumentos del recurrente. Pero tampoco este reclamo puede admitirse. Efectivamente la Ley Número 5712 de 11 de julio de 1975 en su numeral 3) establece "la prescripción de la acción penal se interrumpe con el auto de enjuiciamiento o de procesamiento, aunque no estuvieran firmes," especificando de esta manera dos situaciones en concreto, pero continúa indicando que también se interrumpe la prescripción de la acción "por todos los actos procesales que se realicen posteriormente". Por acto procesal se entienden los actos jurídicos "emanados de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales" (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 201). Del estudio de la causa de marras se observa que entre el auto de procesamiento (folio 185) y la citación a juicio (folio 347), se dio una serie de actos procesales que vinieron a interrumpir la prescripción de la acción, entre éstos se observa el poner en conocimiento de las partes los dictámenes médicos (de las 16 hrs. del 9 de setiembre de 1987, folio 193; de 10 hrs. 10 minutos del 13 de octubre de 1987, folio 205; de 16 hrs. del 20-10-87, folio 208 vuelto; de 13 horas del 21-11-88; de 9:05 hrs. del 27 de diciembre de 1988); se ordenaron comisiones para recibir declaraciones de testigos (13 hrs. 40 minutos del 23 de febrero de 1988; 14 hrs. 50 minutos del 28-10-88 de folio 246, entre otros); se le otorgó audiencia al Ministerio Público de conformidad con el ordenamiento procesal (artículo 243, 28 julio 88 a las 9:45 hrs., folio 238; a las 16 hrs. 50 minutos del 5 de octubre de 1988, art. 338; a las 7 hrs. 30 minutos del 12 de junio de 1989, artículo 338; a las 16 hrs. 50 minutos del 3 de octubre de 1989, folio 286, art. 338). De lo expuesto se desprende indubitablemente que no ha operado la prescripción al no haber transcurrido el término fijado por el artículo 82 del Código Penal, además de que la distinción que aduce el impugnante entre actos y actuaciones procesales y que sirve de sustento a su reclamo, es improcedente de conformidad con la doctrina ritual al estar configurados los actos procesales con las actuaciones de los sujetos del proceso. Con sustento en lo expuesto debe denegarse el reproche.

Sala Tercera V-123-F de las 9 hrs. del 5 de abril de 1991.



LIBRERIA Y EDITORIAL JURITEXTO

SU LIBRERIA JURIDICA

Anuncia sus próximas publicaciones:

- Ensayos de Derecho Procesal Penal

Autor: Enrique Castillo

- La Participación Criminal

Autor: Francisco Castillo

- Historia del Derecho

Autor: Fernando Fournier

TENEMOS TODO EN TEXTOS JURIDICOS

125 metros Oeste de los Tribunales de Justicia

Ave. 6, Calles 11 y 13, San José

Teléfono 22-4567

La Asociación de Ciencias de Penales de Costa Rica agradece a la Junta Directiva del Colegio de Abogados su apoyo para editar esta revista.

