

# CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

DICIEMBRE 1992

AÑO 4, Nº 6

## DOCTRINA EXTRANJERA

Los órganos colaboradores de la justicia constitucional  
en Costa Rica y en España  
*Vicente Gimeno Sendra*

Los derechos de los acusados en la Constitución  
de los Estados Unidos de América  
*David P. Flint*

## DOCTRINA NACIONAL

Política criminal y humanismo en la reforma  
de la justicia penal  
*Elías Carranza*

El tratamiento del error en la legislación penal y  
en la jurisprudencia costarricense  
*Alfredo Chirino S.*  
*Mario Houed V.*

La prueba ilícita en el proceso penal  
*Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo*

Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática  
*Dr. José María Tijerino*

Falta de fundamentación de la sentencia y violación  
de reglas de la sana crítica  
*Francisco Dall' Anese*

## LEGISLACION COMENTADA

Penas alternativas y ejecución penal  
*Henry Issa El Khoury Jacob*

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente  
*Cecilia Sánchez Romero*



F. Herrera: Light. Wood cut 1987.

# Señor conductor...



**Permítame regresar a casa**

**Por favor  
maneje despacio  
y con cuidado**



MINISTERIO DE SALUD

**FE DE ERRATAS**  
**Revista de la Asociación de Ciencias Penales**  
**Nº6**

pág.	columna	párrafo	línea	donde dice	leáse
01	der.	Directiva	33	Chávez	Chaves
01	izq.	Cons.Edit.	48	Chávez	Chaves
06	izq.	cuarto	40	aparación	aparición
09	der.	Nota 6	29	Cosntitución	Constitución
11	der.	Nota 21	46	Gudeon	Gideon's
12	der.	segundo	10	Buger	Burger
13	der.	tercer	14	coas	cosas
15	izq.	octavo	40	en las petic...	a los peticionantes
17	der.	final	33	RTICULO XIV	ARTICULO XIV
19	der.	nota 1	28	manual	Manual
19	der.	nota 2	34	la ejecución	la ejecución...?
20	izq.	tercero	31	en existentes	inexistentes
20	der.	tercero	22	tomanos	tomamos
20	der.	quinto	25	importantes	importante
20	der.	nota 3	30	heuni	Heuni
20	der.	nota 4	31	república	República
20	der.	nota 4	39	facultadas	facultades
20	der.	nota 4	40	rehabilitación	Rehabilitación
20	der.	nota 4	45	medidad	medida
21	der.	nota 7	51	medidad	medida
21	der.	nota 7	53	nodeseados	no deseados
22	izq.	segundo	06	ciento	cierto
22	izq.	tercer	15	CEPALC	CEPAL
22	der.	Nota 9	42	dehmétodo	del método
23	izq.	cuarto	18	porducen	producen
23	der.	Nota 13	40	mediads	medidas
23	der.	Nota 15	47	Papel	Paper
23	der.	Nota 15	48	canada	Canadá
24	der.	Nota 20	44	venezuela	Venezuela
25	izq.	quinto	26	el sistema de	el Sistema
25	izq.	sexto	36	(Somos...	(somos...
25	der.	final	38	justicia	justicia
26	der.	nota 2	26	op cit,p. 32	(Juan), El Conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito. Barcelona, BOSCH, 1962, p.32.
34	izq.	Nota 18	36	Puntares	Puntarenas
37	der.	penúltimo	26	casas	casos
38	izq.	final	44	escaza	escasa
39	izq.	final	51	no dice	nos dice
41	izq.	tercero	23	cognocitivo	cognoscitivo
41	izq.	antepenúlt.	42	con en sí	son en sí
43	der.	nota 25	33	imputaado	imputado
43	der.	nota 25	34	pude	puede
43	der.	nota 25	40	obtenido	obtenida

pág.	columna	párrafo	línea	donde dice	leáse
47	izq.	final	27	dirimía	dirimía
47	der.	primero	10	desidente	disidente
47	der.	final	31	a ser una	a ser un
48	izq.	tercero	25	obsstante	obstante
49	der.	segundo	14	provedimiento	procedimiento
50	izq.	primer	09	definición la	definición de la
52	izq.	tercer	37	lesionando de	lesionando los
52	der.	tercer	22	a vigencia	a la vigencia
54	der.	segundo	23	del para	del medio para
58	izq.	segundo	13	interése	interés
58	der.	primero	05	tine	tiene
58	der.	segundo	07	Muchos los...	Muchos de los...
58	der.	tercero	25	aprendizaja	aprendizaje
59	izq.	primero	02	aprendizasje	aprendizaje
59	izq.	quinto	40	prpácticamente	prácticamente
59	der.	primero	02	generalmen	generalmente
59	der.	tercero	27	imaginables	imaginables
59	der.	cuarto	38	devuelve	devuelve
59	der	cuarto	42	"Si nos...	"Si no...
59	der.	quinto	47	aoplicar	aplicar
60	izq.	sexto	48	prblema	problema
60	der.	Sub-Título	02	Desintituc...	Desinstitucionalizadores
60	der.	uno	16	cuasas	causas
60	der.	uno	18	funciones	funcione
60	der.	dos	27	vqué	qué
60	der.	tres	39	insitutción	institución
60	der.	tres	42	acuerd	acuerdo
60	der.	tres	46	reglam,entos	reglamentos
61	izq.	primero	02	importantes	importante
61	izq.	cuarto	19	individuali...	individualizaciones
61	izq.	sexto	34	cofiados	confiados
61	der.	cuarto	17	unj	un
61	der.	cuarto	18	tácnicas	técnicas
61	der.	cuarto	23	abopgado	abogado
61	der.	SubTítulo	26	Penascarac- terísticasprin- cipales in...	Penas. Características Principales. Inhabilitación
61	der.	quinto	29	para obetener	para obtener
62	izq.	Sub-Título	18	PENASCARACTE- RISTICASPRIN..	PENAS. CARACTERISTICAS PRINCIPALES. ARRESTO
63	izq.	sétimo	32	hiótesis	hipótesis
64	izq.	apartado 5	16	La prescipción	La prescripción
64	izq.	1ª Nota	30	Alfrado	Alfredo
64	der.	primero	02	prescrpción	prescripción

NOTA: En las páginas 69,73,75,76,77,81,84,88,89,90,91,94,96,102 y 103 sustituir el signo "\$" por el signo "º".

**DOCTRINA EXTRANJERA**

Los órganos colaboradores de la justicia constitucional en Costa Rica y en España ..... 2  
*Vicente Gimeno Sendra*

Los derechos de los acusados en la Constitución de los Estados Unidos de América ..... 8  
*David P. Flint*

**DOCTRINA NACIONAL**

Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal ..... 19  
*Eltás Carranza*

El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense ..... 26  
*Alfredo Chirino S.*  
*Mario Houed V.*

La prueba ilícita en el proceso penal ..... 36  
*Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo*

Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática .... 47  
*Dr. José María Tijerino*

Falta de fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica ..... 50  
*Francisco Dall' Anese*

**LEGISLACION COMENTADA**

Penas alternativas y ejecución penal ..... 58  
*Henry Issa El Houry Jacob*

**JURISPRUDENCIA**

Jurisprudencia penal reciente ..... 65  
*Cecilia Sánchez Romero*

**ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA**

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

**DIRECTIVA**

**Presidente:** Alfonso Chávez Ramírez  
**Vicepresidente:** Carlos Tiffer Sotomayor  
**Secretaría:** Linda Casas Zamora  
**Tesorero:** Juan Diego Rojas Araya  
**Fiscal:** Víctor Alfonso Dobles Ovaras  
**Vocal:** Rafael Gairaud Salazar  
**Vocal:** Katty Fernández González

Diseño, artes finales e impresión por **ABC Ediciones S.A.**, diciembre de 1992. Diseño de portada por **Gerardo González**, con base en grabado de **Fabio Herrera**.

**PRESENTACION****Los anteproyectos de ley sobre penas alternativas y sobre la ejecución penal**

*Se discuten en este momento dos anteproyectos de ley que son de vital importancia para un sano desenvolvimiento de la actividad punitiva en Costa Rica. Nos referimos a las reformas al sistema de penas del Código Penal, con el objeto de introducir en Costa Rica sanciones alternativas a la de prisión; y al anteproyecto para crear una ley de ejecución penal, que regule de manera clara todo lo referente al cumplimiento de la pena privativa de la libertad y al cumplimiento de las otras sanciones penales que no impliquen cárcel.*

*Creemos que el momento es el adecuado, si se parte del desarrollo doctrinario e intelectual que ha alcanzado el medio jurídico costarricense. Pensamos también en la urgencia de estos proyectos, debido fundamentalmente a dos aspectos: Por un lado, la necesidad de que la cárcel tenga alternativas viables que eviten sus efectos negativos; por otro, la urgencia de que se regule la actividad penitenciaria de manera seria y jurídica, ya que actualmente pende de muy precarios sostenes en el orden de lo legal.*

*Señalamos como complementarios estos proyectos por razones obvias: la reforma al sistema de penas del Código Penal le otorga al juzgador mayores posibilidades para adecuar la pena al caso y al sujeto, y para escoger otras opciones distintas a la sanción clásica. Sin embargo, sin una ley de ejecución de las penas, esas posibilidades pueden verse amiladas por una realidad legal poco coherente, inflexible y desorientadora.*

*En momentos en que está tan de moda el tema del mejoramiento de la administración de justicia, estos anteproyectos de ley se convierten en una gran esperanza para la justicia penal costarricense. Esperamos que su discusión en nuestra colectividad sea tan fructífera como lo fue en el Seminario que para ese efecto organizó el ILANUD en la primera semana de noviembre de este año, en donde expertos costarricenses, representantes del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia y de la docencia jurídica se encontraron con expertos europeos y latinoamericanos para hablar del tema. De esa discusión salieron fortalecidos ambos anteproyectos.*

*Estas iniciativas también están íntimamente relacionadas con el proyecto denominado de las cuantías penales, que modifica varios artículos de la parte especial del Código Penal, así como también regula lo relativo a la prisión preventiva. Toca ahora a los señores legisladores darle la mano a una mejor administración de justicia en este campo.*

**Consejo Editorial**

Daniel González Álvarez  
Henry Issa El Houry Jacob  
Alfonso Chávez Ramírez

Luis Sáenz Zumbado, Periodista Editor

**Dirección Postal**

Corte Suprema de Justicia  
Código Postal 4-1003  
San José, Costa Rica

# LOS ORGANOS COLABORADORES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA Y EN ESPAÑA \*

Vicente Gimeno Sendra  
Magistrado del Tribunal Constitucional de España

## I. EL PROCESO CONSTITUCIONAL Y LAS PARTES

El proceso constitucional también es un proceso de partes. Aun cuando, atendida su especial función, consistente en obtener la anulación de las disposiciones generales y actos jurídicos contrarios a la Constitución, pudiera pensarse que dicha misión puede alcanzarse a través de un mero expediente o procedimientos ante el Tribunal o Sala Constitucional, esta solución pugnaría con la labor de protección de los derechos fundamentales que el artículo 2 de la Ley costarricense de la Jurisdicción Constitucional le asigna a este «guardián e intérprete supremo de la Constitución», uno de los cuales es precisamente el derecho «a un proceso justo, debido o con todas las garantías», de entre las que hay que reputar, incluidas los principios de contradicción y de igualdad de armas.

Y es que el proceso moderno, la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, no puede surgir sino del contradictorio, del choque dialéctico entre la pretensión y su antitético pensamiento, esto es, la defensa. La vigencia, pues, del principio constitucional de contradicción resulta ser consustancial a la idea misma de proceso, y sería, por tanto, atentatorio a la misión del TC, de protección de los derechos fundamentales, que dicho Tribunal garantizara la aplicación de tales principios constitucionales en los procesos ante los Tribunales ordinarios, y que, por el contrario, él mismo no los observara en la tramitación de sus distintos procedimientos constitucionales.

A la anterior afirmación no se opone la circunstancia de que el objeto litigioso del proceso constitucional lo constituyan fundamentalmente disposiciones con rango de ley. Ciertamente, la existencia de este

objeto singular puede llevarnos a la conclusión de que en el proceso constitucional no hay «partes originarias» en el sentido de que quienes deducen la pretensión de inconstitucionalidad o se oponen a ella no son titulares de derechos subjetivos (que, por otra parte, tampoco se suelen discutir en el proceso) ni actúan en nombre y representación de los titulares de tales derechos; y es que los esquemas de la legitimación procesal civil de poco sirven en el ámbito procesal constitucional; pero esta circunstancia no debe hacernos olvidar la vigencia del principio de contradicción y de que, por tanto, cuando alguien ejercita la acción de inconstitucionalidad tiene que existir algún órgano del Estado que asuma la función de defender la constitucionalidad de la norma impugnada.

En realidad, lo que sucede es que la naturaleza del proceso constitucional es muy similar a la de la casación ordinaria. Del mismo modo que la función del Tribunal Supremo es asegurar la aplicación uniforme de la legalidad ordinaria (defensa del *ius constitutionis*), la del Tribunal o Sala Constitucional estriba en obtener la misma finalidad, pero con respecto a la Constitución. Tampoco en la casación ordinaria sería imprescindible la comparecencia de los particulares: bastaría la interposición por el Ministerio Público de un recurso de casación «en interés de la Ley». Pero esta solución, que estuvo vigente en los orígenes de la casación francesa, pronto se reveló como ineficaz, ya que el Ministerio Público no solía recurrir las sentencias contrarias a la Ley, por lo que hubo de crearse el

\* Conferencia pronunciada el día 12 de abril de 1991 en San José (Costa Rica), con ocasión de las Jornadas sobre "Las funciones de la Procuraduría General en la Jurisdicción Constitucional". Publicada en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Nº 34, Enero-abril 1992, p. 9 a 18.

Conseil des parties y otorgar legitimación expresa a los particulares gravados por la sentencia (Calamandrei), de tal suerte que la defensa del ius constitutionis se asegura hoy, en todos los ordenamientos, con la del ius litigatoris.

La casación constitucional tampoco es ajena a esta experiencia histórica, y así, junto a los procedimientos objetivos de declaración de inconstitucionalidad, se han superpuestos otros subjetivos de protección de los derechos fundamentales, como es el caso del recurso de amparo, vigente en países como la RFA, Austria, España y Costa Rica, en los que la legitimación activa suele oscilar entre la necesidad de ser titular del derecho fundamental vulnerado (RFA), la existencia de un «interés legítimo» (España) o confundirse con la capacidad, hasta permitir, al menos en teoría, el ejercicio de la acción popular (art. 33 de la LJC costarricense).

Personalmente me atrevería a afirmar que, no obstante la sobrecarga de trabajo que para el Tribunal Constitucional representa el reconocimiento de esta vía de acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional (y así, en el caso del español, hemos pasado de 218 recursos de amparo en el año 1980 a 2.893 en 1990, cifra a la que no tiene nada que envidiar el volumen de trabajo de la Sala Constitucional costarricense, que en el primer trimestre de este año ya ha registrado más de 600 recursos de amparo), su valoración es altamente positiva no sólo por la protección de los derechos fundamentales que a través del recurso de amparo se acomete, sino, sobre todo, por la creación de toda una doctrina legal en materia de libre ejercicio de los derechos fundamentales, que irradia su campo de acción en todo el ordenamiento, hasta el punto de convertirse en impulsora de no pocas reformas legales orientadas hacia la consolidación de los valores de justicia, igualdad y libertad que nuestra Constitución proclama.

## II. LA INTERVENCION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Pero, en materia de protección de derechos fundamentales, el ejercicio del derecho de acción no debe, en un Estado social de Derecho, encomendarse exclusivamente a los particulares. También las normas tuteladoras de tales derechos inviolables constituyen, tal y como proclama el art. 10 CE, el «fundamento del orden político y de la paz social» y adquieren una dimensión objetiva que permite otorgar legitimación activa a determinados órganos del Estado especializados en promover la actividad jurisdiccional.

En mi país, como creo que es el caso también de Costa Rica, tales instituciones las conforman el Defensor del Pueblo (o el anunciado «Defensor de los Habitantes» en Costa Rica) y el Ministerio Fiscal o Ministerio Público.

### 1. El Defensor del Pueblo

Previsto en la Constitución española (art. 54), el Defensor del Pueblo fue creado mediante LO 3/1981, de 6 de abril, en su calidad de Alto Comisionado del poder legislativo «para la defensa de los derechos constitucionales».

Pero la protección no sólo de los derechos fundamentales, sino también de los denominados derechos «sociales» no la efectúa el Defensor del Pueblo mediante el ejercicio del derecho de acción o de acceso a los Tribunales ordinarios. Sin perjuicio de que pueda ejercitar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ningún precepto de su estatuto le confiere legitimación para suscitar dicha tutela a través de los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales (recordemos al lector que en España, como en Alemania y Austria, rige el principio de «subsidiariedad» en el amparo, que obliga al ciudadano a acudir, en primer lugar, a los Tribunales ordinarios, y tan sólo en el caso de que no obtenga el restablecimiento del derecho vulnerado podrá acudir, a través del amparo, ante el TC); antes al contrario, dicha actividad de tutela de los derechos constitucionales la despliega el Defensor del Pueblo a través de una actuación administrativa tendente a obtener la rápida anulación de la resolución lesiva del derecho constitucional o a suscitar la aplicación del derecho administrativo sancionador o incluso penal contra el funcionario causante de la lesión.

Su actividad, pues, es la propia del «mediador» entre el poder público y el ciudadano, estando dirigida a obtener una solución autocompositiva que evite el proceso constitucional; para ello cuenta con su auctoritas o autoridad moral, proveniente de su cualidad de representante del Parlamento (elegido por una amplia mayoría de dos tercios, por lo que requiere el «consenso» de la oposición), que le permite, caso de no ser atendida su denuncia ante la Administración, y con independencia de poder suscitar el oportuno proceso penal por la comisión del delito de desobediencia, publicar los resultados de su gestión en su memoria anual, de la que se hacen amplio eco los medios de comunicación social, siempre dispuestos, en España, a influir en la opinión pública en orden a provocar la correspondiente sanción electoral.

De lo que acabamos de exponer claramente se deduce que la actividad del Defensor del Pueblo en la justicia constitucional es mínima. Si en España, de un lado, hay que suscitar el oportuno proceso previo ante los Tribunales ordinarios, agotar los recursos dentro del Poder Judicial para poder acceder ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, y al Defensor del Pueblo no se le autoriza, de otro, a suscitar dicha vía ordinaria previa, es natural que la intervención de esta institución quede reducida, a lo sumo, al papel de coadyuvante del demandante en amparo. De aquí que en los diez años de funcionamiento del Tribunal, y en los más de diez mil recursos de amparo ingresados durante este largo período, el Defensor del Pueblo sólo ha tenido intervención en siete de ellos.

Por consiguiente, cuando el Defensor del Pueblo sea de la opinión de que se ha conculcado un derecho fundamental y de que, no habiendo sido puntualmente restablecido, debe ejercitarse el recurso de amparo, habrá de informar al particular de su derecho de acción ante los Tribunales ordinarios.

## 2. El Ministerio Fiscal

A diferencia del Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal (o Ministerio Público en Costa Rica y en otros países como Francia o Italia, denominación que reputamos más correcta, pues la nuestra proviene del concepto histórico *Advocatus Fisci*, surgido en la Baja Edad Media, cuando las funciones de dicho organismo se identificaban con las del Abogado del Estado) está expresamente legitimado por la Constitución (art. 124) y su Estatuto orgánico (artículo 3.3. de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre) para impetrar la actividad jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas. De este modo, el art. 124 de nuestra Ley Fundamental le asigna, entre otras, la función de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos», y el artículo 3.3., 10 y 12 le otorga la misión de «velar por el respeto de los derechos fundamentales», autorizándole, a tal efecto, a «interponer el recurso de amparo» e «intervenir en los procesos judiciales de amparo».

Desgraciadamente, la Fiscalía General del Estado, con base en una interpretación literal de este último precepto, pudo declarar, en su Circular 2/1979 y en su Memoria de 1980, que «el fiscal, que es parte principal en todo lo demás, no puede interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración que impliquen infracción o desconocimiento de dichos derechos fundamentales». De secundar este criterio, el Ministerio Fiscal estaría facultado para com-

parecer en todos los procesos de protección de los derechos fundamentales, pero no podría interponer una demanda de amparo ante los Tribunales ordinarios.

Esta interpretación, sin embargo, no se cohonestaría con su función constitucional, pues «promover la acción de la justicia en defensa de los derechos» fundamentales es, ante todo, ejercitar el derecho de acción con independencia y no solamente intervenir como coadyuvante de alguna de las partes personadas; de aquí que el artículo 12 de la LPJDF 662/1978 confiera legitimación al Ministerio Fiscal para comparecer como demandante en el proceso civil para la protección de los derechos fundamentales.

El problema, pues, del régimen jurídico de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo ha de ser determinado, dilucidando la naturaleza jurídica de la legitimación activa del Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en las correspondientes normas constitucionales. En este sentido se constata que, a diferencia de países como la RFA o del recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos [artículo 25.1.a) CEDH], que confieren legitimación activa exclusivamente a la «víctima» o titular del derecho fundamental vulnerado (lo que posibilita distinguir una legitimación originaria del particular-titular del derecho, de otra desplazada del Ministerio Fiscal) en España y en Costa Rica, tal como ya se ha avanzado, dicha legitimación se otorga, respectivamente, a quienes ostenten un «interés legítimo» [art.162.1.b) CE] y a «cualquier persona» (art. 33 LJC).

La concesión por las respectivas Constituciones (arts. 48 CCR y 162.1.b) de un generoso régimen de legitimación activa para la interposición del recurso de amparo no responde a capricho alguno del legislador constituyente, sino, antes al contrario, constituye una lógica consecuencia de la declaración de «inviolabilidad» de los derechos fundamentales y de haberlos erigido en «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1. CE). Y es que, en el Estado social de Derecho, a diferencia del Estado liberal, la protección de los derechos y libertades públicas es un asunto que interesa no sólo a sus propios titulares, sino también al propio Estado, porque, de su libre ejercicio y absoluto respeto depende la estabilidad del sistema democrático y el progreso de la sociedad en general.

Desde esta perspectiva constitucional fácilmente se comprende la legitimación activa del Ministerio Fiscal, el cual no puede seguir siendo concebido como una parte subordinada a la principal, titular del derecho fundamental vulnerado o como un mero sustituto procesal de los incapaces o personas desvalidas. Cier-



tamente, en este último supuesto, el Ministerio Fiscal actúa en interés ajeno de dichas personas desvalidas, que no pueden, por sí mismas, ejercitar el derecho de acción para obtener la defensa de su derecho vulnerado, pero tampoco es menos cierto que, junto a esta legitimación derivada, concurre otra originaria proveniente de su especial misión de defender la legalidad constitucional tuteladora de tales derechos fundamentales.

En el proceso constitucional (al igual que acontece en el proceso penal con la relación ofendido-titular del bien jurídico protegido y Ministerio Fiscal defensor de la norma penal vulnerada) cabe sostener, pues, la existencia de dos sujetos que ostentan todo el status de parte principal: de un lado, el titular del derecho fundamental vulnerado, que solicita su restablecimiento, y el Ministerio Fiscal, de otro, que insta el restablecimiento de la legalidad constitucional conculcada por el acto lesivo.

Asume así el Ministerio Fiscal una función objetiva de defensa de la legalidad constitucional, cuya actuación viene a provocar, que lo asemeja a un *amicus curiae* de la Sala o Tribunal Constitucional, pero cuyo papel no cabe confundir con el del mero perito o «consultante» jurídico ni, como se ha dicho, como un coadyuvante del demandante, aun cuando normalmente asuma el rol de parte actora en el proceso.

Es más, cabe la remota posibilidad de que, en punto a obtener la tutela de un derecho fundamental vulnerado, puedan existir actitudes diametralmente opuestas entre el titular de dicho derecho y el Ministerio Público. El caso se nos ha planteado en España en un supuesto verdaderamente dramático. Con ocasión de la huelga de hambre planteada por el grupo terrorista GRAPO, la Administración penitenciaria se vio obligada a solicitar del Tribunal Constitucional autorización para suministrar una alimentación asistida coactiva, vía parenteral. Naturalmente, los titulares del derecho a la vida, esto es, los reclusos de dicha organización terrorista, habían decidido morir, por lo que resolvieron no recurrir en amparo una resolución de la Audiencia Provincial, que podía dificultar dicha alimentación asistida. Fue el Ministerio Fiscal quien, contraviniendo la voluntad de dichos reclusos, interpuso el recurso de amparo, y aun cuando el Tribunal Constitucional no abordara expresamente el tema de la legitimación activa del Ministerio Público en este auténtico supuesto de contradicción de voluntades, lo cierto es que el recurso autónomo del Ministerio Fiscal permitió al Tribunal Constitucional revocar aquella sentencia y autorizar (mediante la STC 11/1991, de 17 de enero, análoga STC de 22 de marzo de 1991) la alimentación asistida en caso de fundado peligro inmi-

nente de muerte para el recluso (afortunadamente hoy, tras más de un año de huelga de hambre, dichos penados han depuesto su actitud y, salvo uno de un colectivo de más de treinta, han salvado su vida).

De lo que se acaba de exponer se deduce que la legitimación activa del Ministerio Fiscal, proveniente de su especial misión de defensa de la legalidad constitucional tuteladora de los derechos y libertades públicas, lo es originaria, por lo que está autorizado para ejercitar con autonomía el derecho de acción, tanto ante los Tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional, y a comparecer en el proceso en calidad de parte principal, estando asimismo facultado para deducir la pretensión u oponerse a ella (naturalmente este último supuesto sucederá cuando estime la ausencia de infracción de dicha legalidad constitucional y haya de defender la ordinaria o el interés público), podrá realizar con independencia la totalidad de los actos procesales e, incluso, estará autorizado a oponerse a los actos dispositivos de finalización anormal del proceso que pudiera suscitar el titular del derecho fundamental supuestamente infringido.

### III. LA ABOGACIA DEL ESTADO Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL

#### 1. La defensa del Estado en la justicia constitucional

Si la actividad de promoción de la defensa de los derechos fundamentales se encomienda, vía autoconstitutiva, al Defensor del Pueblo y, a través del proceso, al Ministerio Público, al titular del derecho vulnerado y, en general, a toda persona con interés legítimo (o incluso sin él, en el ordenamiento costarricense), sujetos todos ellos que pueden interponer, con autonomía y con toda la capacidad de postulación necesaria, la pretensión de amparo, es natural que la defensa del Estado, frente a quien se ejercita dicha pretensión, haya de ser asumida por un órgano tradicionalmente encargado de asumir dicha defensa: la Abogacía del Estado.

Son, en definitiva, las exigencias del principio de contradicción, a las que nos referíamos al principio de esta exposición, las que obligan a confiar a un órgano dependiente del Estado la función de representarlo y defenderlo ante los Tribunales ordinarios y ante el Tribunal Constitucional.

No se nos oculta, sin embargo, que dicha función podría ser asumida por el Ministerio Público, y así ha de serlo necesariamente en aquellos países en los que dicho organismo ejerce simultáneamente las funciones de defensa de la legalidad y del erario público. Pero en aquellos otros, como es el caso de Costa Rica y de

España, en los que, bajo la denominación de «Procuradores de la República» o de «Abogados del Estado» se crearon tales cuerpos y se consagró la especialización, parece más adecuado que la Procuraduría General se haga cargo de la defensa del Estado antes que el Ministerio Público, ya que este último órgano, al actuar en el proceso en su calidad de celoso guardián de la legalidad, asume en él una posición de parte imparcial, la cual no siempre necesariamente ha de manifestarse coincidente con la voluntad del Estado, que, en tanto que persona jurídica pública, normalmente ha de estar interesado en la defensa de la legitimidad constitucional de sus disposiciones generales, actos y resoluciones jurídicas.

Por esta razón parece más aconsejable que la defensa de la Hacienda Pública, del patrimonio nacional y de los intereses del Estado, dentro de esta distribución de roles que han de sucederse en el proceso constitucional, sea encomendada al cuerpo del Procuradores del Estado y no al Ministerio Público, cuya legitimación, como se ha dicho, proviene esencialmente de defender la legalidad constitucional en punto a hacer valer el libre ejercicio de los derechos fundamentales.

De aquí que había de reputarse desafortunada la función encomendada a este organismo por los artículos 3.i) y k) 7.f) y h) (defensa de los consumidores y de los derechos humanos) de la Ley Orgánica 6.815/1982, de 26 de septiembre, de la Procuraduría General de la República, al parecer abrogada por la Ley 7.142/1990, de 2 de mayo.

## 2. Funciones de la Abogacía del Estado

El Procurador de la República o Abogado del Estado, como su nombre indica, es un representante y defensor de todos y cada uno de los poderes del Estado y no solamente del Poder Ejecutivo. Ciertamente, esa última tesis era la tradicional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que dicho procurador ha de defender la legalidad del acto administrativo; pero con la aparición de la jurisdicción constitucional, habida cuenta de que los actos, resoluciones o disposiciones impugnadas pueden provenir de cualquiera de los tres poderes del Estado y ser trasladados a la jurisdicción constitucional, se hace necesario otorgar a la Abogacía del Estado una legitimación mucho más amplia, hasta el punto de identificarla con su propia denominación legal: el Abogado del Estado ha de defender los intereses del Estado en su totalidad (S. Martín Retortillo).

De este modo, en mi país, en el ámbito del recur-

so de amparo, y tratándose de una resolución judicial lesiva de un derecho fundamental, el Abogado del Estado ha de asumir la defensa de la constitucionalidad de dicha resolución, siempre y cuando «estuviere interesada la Administración Pública» (artículo 52.1. LOTC), lo que normalmente ha de suceder, pues el Estado es el responsable de los daños ocasionados por error judicial o funcionamiento anormal de la justicia (art. 121 CE). El Abogado del Estado comparece, pues, en el proceso de amparo siempre en calidad de parte demandada, sin que pueda, a diferencia del Ministerio Fiscal, interponer el recurso de amparo, salvedad hecha de la hipotética posibilidad de que, habiendo sido el Estado parte en un proceso ante los Tribunales ordinarios, se le hubiera vulnerado algún derecho constitucional de naturaleza procesal, en cuyo caso sí que podría ejercitar el recurso de amparo (Pabón).

Igualmente si el causante de dicha lesión fuera el Poder Legislativo o, en el ámbito de la acción o recurso de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado, en principio ha de defender la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Parlamento, porque han sido aprobadas por los representantes del pueblo y gozan, por tanto, de la presunción de legitimidad constitucional. Esta regla general también goza de una importante excepción, y es la de que sea el propio Presidente del Gobierno quien ejercite la acción de inconstitucionalidad; en tal hipotético supuesto, dicho conflicto entre tales altos poderes del Estado ha de ser resuelto, asumiendo, de un lado, la Abogacía del Estado la defensa de la Presidencia del Gobierno, toda vez que dicho organismo encarna la representación del Estado (García Torres) y permitiendo, de otro, que el poder legislativo designe a un representante ad hoc que defienda la legitimidad constitucional de la disposición impugnada.

De conformidad, pues, con la clásica distinción entre capacidad jurídica-capacidad de obrar, que encuentra su reflejo en la clasificación procesal de la capacidad «para ser parte» y «de actuación procesal», puede afirmarse que el Abogado del Estado lo es de todo el Estado en tanto que parte procesal, pero su capacidad de actuación procesal la ostenta el Presidente del Gobierno, en su calidad de órgano, a quien le corresponde la representación del Estado (arts. 130 y 139.20 CCR y 97 y 98 CE) y responsable, en última instancia, ante el Parlamento.

Por consiguiente, cabe inferir la conclusión de que el Abogado del Estado actúa en el proceso constitucional en nombre del Estado y en representación del Presidente del Gobierno para hacer valer la conformidad de la legalidad ordinaria y de los actos y resoluciones de los poderes públicos con la Constitución, por

lo que, como regla general, ha de comparecer en el proceso, en calidad de parte demandada, para oponerse a la pretensión de amparo o de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que excepcionalmente pueda interponer, como demandante, cualquier tipo de pretensión constitucional en defensa del Estado o del Presidente del Gobierno.

#### IV. CONCLUSION

Dentro de ese carácter tridimensional que ofrece la naturaleza del proceso, en cuya cúspide se sitúa el Tribunal Constitucional, ha de corresponder, de un lado, a los ciudadanos y al Ministerio Público el ejercicio del derecho de acción y la interposición de la correspondiente pretensión constitucional, y de otro, a la

Procuraduría de la República o Abogacía del Estado la función de oponerse a ella, haciendo valer la legitimidad constitucional de los actos y disposiciones del Estado. Tan sólo con esta distribución de roles entre partes demandantes y demanda pueden cumplirse, en el proceso constitucional, las exigencias del principio de contradicción, de tal suerte que dicho órgano jurisdiccional pueda situarse supra partes a fin de poder aplicar, con imparcialidad, la Constitución a los casos concretos, y es que también en el proceso constitucional han de defenderse con eficacia todos los intereses en pugna, tanto los de los ciudadanos como los del propio Estado, pues no hay más verdad que la que surge en el proceso, pero para que ésta sea completa es necesario que surja del contradictorio, del choque, como se ha dicho, entre la pretensión y su antitético pensamiento, esto es, la defensa del Estado.

# LOS DERECHOS DE LOS ACUSADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA\*

David P. Flint

Universidad Estatal de Moorhead, Minnesota, U.S.A.

Comenzaremos enfocando la cuestión desde el punto de vista de las bases constitucionales de los derechos. Después consideraremos tres clases de garantías del acusado: (i) tener los servicios de un abogado, (ii) no autoincriminarse y (iii) no sufrir registros o decomisos arbitrarios. Concluiremos con unas observaciones sobre ciertos límites procesales que la Corte ha impuesto a los apelantes estatales.

Desde 1803, sólo en casos concretos, el Tribunal Supremo estadounidense, ha tenido el poder de decidir si los actos legislativos o ejecutivos son constitucionales y, por consiguiente, si son o no válidos y eficaces. Esto fue dispuesto en el famoso caso *Marbury c/ Madison*<sup>1</sup>.

Durante la época en que se dictó esa resolución, hubo poca oposición y es un hecho casi increíble, me parece, que desde entonces la Corte haya usado este gran poder con respecto a las leyes del gobierno nacional y de los gobiernos estatales casi sin contradicción o por lo menos sin resistencia efectiva<sup>2</sup>.

Las leyes del primer Congreso estadounidense y el resultado del caso *Marbury*, le dieron al Tribunal Supremo el poder de supervisar a los tribunales federales inferiores y a las Cortes estatales cuando resuelven "cuestiones federales".

En 1833, en el caso *Barron c/ Baltimore*<sup>3</sup>, el Sr. Barron entabló un juicio en el Tribunal Supremo porque, según él, la ciudad de Baltimore al desviar el cauce de un río dejó seca la parte donde tenía su muelle particular, y con eso perdió su valor.

El Tribunal Supremo del Estado de Maryland decidió que, bajo las leyes y la constitución estatales, el demandante no merecía ser indemnizado.

El Sr. Barron apeló al Tribunal Supremo nacional con el argumento que la enmienda quinta de la constitución nacional debía protegerlo contra la acción del gobierno estatal, porque en ella se afirma que no "... se

podrá tomar propiedad particular para uso público, sin justa compensación". El Presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, determinó que tal enmienda protege a los ciudadanos solamente en casos de acciones inconstitucionales del gobierno nacional. Marshall se dirigió al Sr. Barron para que expusiera el argumento en la Corte estatal<sup>4</sup> aunque todos ya sabían que era totalmente inútil<sup>5</sup>.

A causa de lo resuelto en Barron, la ley constitucional continuó sin cambios hasta 1925: es decir, actos que violaban La Carta Nacional de Derechos (enmiendas uno a diez), no servían como base para entablar un juicio contra los Estados en las Cortes federales, aunque si estos mismos actos fueran reali-

\* Resumen de la conferencia dictada en el auditorio de la Plaza de la Justicia en San José, Costa Rica, el 19 de junio de 1992. El autor agradece a Elías Carranza, Norma Elena López, Jane Hamilton y Oscar Flores.

1. 5 U.S. 137, 1 Cranch. 137 (1803).
2. Henry J. Abraham, *Freedom and the Court* (New York: Oxford University Press, 3a. edición, 1977), pp. 5-8; Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), pp. 40-44, 45 y 47 especialmente; C. Herman Pritchett, *The American Constitution* (New York: McGraw-Hill Book Company, 3a. edición, 1977), pp. 126-130; Stephen L. Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System* (Chicago: Nelson-Hall Publishers, 3a edición, 1988), pp. 76-83.
3. 8 U.S. 243, 7 Pet. 243 (1803).
4. U.S. 243, 7 Pet. 245 (1803).
5. Abraham, *Freedom and the Court*, ha dado una explicación gran detalle, véase el cap. III, "The Bill of Rights and Its Applicability to the States", pp. 33-105; McCloskey, *The American Supreme Court*, pp. 115-121, Pritchett, *The American Supreme Constitution*, pp. 288-289, 294-296, 300.

zados por el gobierno nacional violarían la misma Carta Nacional de Derechos<sup>6</sup>.

Después de nuestra guerra civil entre los Estados del norte y los del sur, el Congreso estadounidense propuso, y los Estados aceptaron, tres enmiendas como proyectos de igualdad para los negros recién emancipados<sup>7</sup>. La parte más importante para nuestros asuntos es la enmienda decimocuarta que dice, en lo conducente:

*Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso legal, ...*

Como pasa muy frecuentemente con cambios aparentemente grandes, alguien quiso probar si había tenido lugar una variación beneficiosa derivada de la enmienda decimocuarta. Poco después de las ratificaciones de los Estados, unos matarifes, que también eran carniceros, entablaron juicio contra un monopolio que le fue dado a una compañía por la Asamblea Legislativa. Desde la perspectiva de los demandantes el monopolio era una negación de sus propiedades particulares sin el "debido proceso legal" de la enmienda decimocuarta<sup>8</sup>. Como ganando en anticipación a la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (Artículo 23), los matarifes razonaban que tenían el "derecho a la libre elección del trabajo"<sup>9</sup>. En otras palabras, el trabajo era un derecho de propiedad, desde su punto de vista.

No obstante, el Tribunal Supremo decidió en Los Casos de los Mataderos (1873), que no había ningún "derecho al trabajo" protegido por la enmienda decimocuarta. Los matarifes fueron vencidos moralmente y confundidos por la resolución del Tribunal Supremo. Ellos se preguntaban si había beneficios específicos que derivaran de la enmienda decimocuarta, y si no los había, cuál era entonces su razón de ser.

Después, otros observadores se acordarían de que el caso de los mataderos representó una oportunidad, en la que el Tribunal Supremo pudo haber hecho cambios importantes basados en una de las tres enmiendas que siguieron a nuestra guerra civil<sup>10</sup>.

A pesar del precedente, se formularon nuevas acciones con temas semejantes; sin embargo, la Corte continuaba negando casi todas las peticiones de cualquier clase, trayendo como resultado que la enmienda no servía a las personas que enfrentaban usurpaciones estatales.

Por ejemplo, aunque el Congreso votó una ley para prohibir la discriminación racial en hoteles, tea-

tros, trenes y otros lugares públicos (Acta de Derechos Civiles de 1875)<sup>11</sup>, la Corte dijo a unos negros que esa normativa no podía ayudarles contra los actos de discriminación racial cometidos por los propietarios de dichos establecimientos, porque la enmienda decimocuarta no le dio al Congreso el poder de forzar a los particulares a tratar con igualdad a los negros en la venta de bienes y servicios. Los dueños, por consiguiente, todavía podían aceptar o rechazar a los negros como clientes<sup>12</sup>.

Además, en 1896 en el caso *Plessey c/ Ferguson*, la Corte dijo que una ley del Estado de Luisiana no contravenía la enmienda decimocuarta, aunque en virtud de ella los negros tuvieran prohibido compartir los coches con los blancos. Algunos de los coches de pasajeros se rotulaban "Blancos Exclusivamente", mientras otros tenían el letrero "Negros Exclusivamente", y era un delito sentarse en el coche designado para la otra raza<sup>13</sup>.

No obstante, muchos demandantes continuaron aferrándose a la esperanza con otros pleitos<sup>14</sup>, y la Corte siguió negándolos hasta 1925 cuando resolvió un caso sobre la libertad de expresión.<sup>15</sup>

*La (s) libertad (es) de expresión y de prensa están protegidas contra la privación por el Congreso, y para los efectos presentes, podemos suponer y suponeremos, que las dos se encuentran entre los derechos*

6. Véase las enmiendas decimotercera, decimocuarta y decimoquinta de la Constitución de los Estados Unidos.
7. Abraham, *Freedom on the Court*, pp. 348-350; Pritchett, *The American Constitution*, pp. 24 y 284.
8. 83 U.S. 36 (1873). El título formal es *The Butcher's Benevolent Association of New Orleans c/ The Crescent City Live-Stock Landing Company*, pero se le conoce simplemente por *The Slaughter-House Cases*.
9. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (New York: Naciones Unidas).
10. Abraham, *Freedom on the Court*, pp. 48-50; McCloskey, *The American Supreme Court*, pp. 115-121; Pritchett, *The American Constitution*, p.417.
11. 18 U.S. Statutes at Large 335 (1ero de marzo de 1875).
12. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).
13. *Plessey c/ Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
14. Abraham, *Freedom on the Court*, pp. 33-66; McCloskey, *The American Supreme Court*, pp. 115-121; Pritchett, *The American Constitution*, p.417.
15. *Gitlow c/ New York*, 268 U.S. 652 (1925).

*fundamentales y las "libertades" protegidas por la cláusula del debido proceso legal de la enmienda decimocuarta la cual protege el individuo del daño de los Estados.*

La historia constitucional estadounidense ha incluido cuatro puntos de vista acerca del proceso de incorporación de las garantías constitucionales de la Carta de Derechos: (i) incorporación selectiva, (ii) no incorporación, (iii) incorporación total y (iv) más que incorporación total. De las cuatro solamente la incorporación selectiva ha sido aceptada por la mayoría de los jueces según los decretos judiciales del Tribunal Supremo.

Los especialistas de derecho constitucional estadounidense, dicen que el caso *Gitlow* es el origen del proceso constitucional de "incorporación"<sup>16</sup>. Según el Tribunal Supremo, por medio de "incorporación", los significados y las limitaciones de la Carta Nacional de Derechos se imponen a los Estados. Las palabras de la enmienda decimocuarta son:

*Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, de sus libertades o de su propiedad sin el debido proceso legal.*

Después del caso *Gitlow*, más demandantes pidieron anular las condenatorias estatales, por errores de derecho semejantes, en que incurrieran algunas Cortes del Estado. Basaron sus argumentos en la falsa creencia que el error de derecho era de tales proporciones constitucionales que implicaba la revocatoria de la decisión. Desde 1932 hasta hoy, el Tribunal Supremo ha incorporado, poco a poco, y caso por caso, casi todos los derechos de la Carta de Derechos.

Los adherentes a la "incorporación selectiva" opinan que algunos derechos -pero no todos- de la Carta de Derechos deben incorporarse en el sentido de la garantía de la cláusula del debido proceso. Los derechos que pueden ser incluidos son los fundamentales y necesarios para mantener la "libertad y orden" (*ordered liberty*) en una sociedad civilizada. A veces, algunos jueces chauvinistas establecen la inclusión de derechos que reflejan las expectativas del mundo de habla inglesa. Se incorporan derechos que no son fundamentales<sup>17</sup>.

Ya alcanzamos el tema de los derechos de los acusados estadounidenses. Empecemos con el derecho de ser representado por un abogado, por dos razones: Primero, este derecho es el más importante, dado que es muy difícil proteger los otros derechos sin un

abogado; y, segundo, de los derechos constitucionales estadounidenses, nuestro Tribunal Supremo aceptó éste como limitación a los Estados, antes que el de no autoincriminarse y el de no sufrir registros ni decomisos irrazonables.

Desde 1932 (*Powell c/ Alabama*), el Tribunal Supremo ha explicado las reglas sobre la necesidad de contar con un abogado. En aquel entonces, unos jóvenes negros lograron la revocatoria de sus condenas porque se determinó que en los juicios penales no tuvieron defensores aunque el juez pudo proveerlos. Se les acusó de haber violado a unas mujeres blancas, delito que recibía pena de muerte en el Estado de Alabama.

Según el Tribunal Supremo, la ausencia de abogados defensores era un gran error de carácter constitucional. Además, los acusados eran negros y jóvenes, analfabetos, lejos de su casa y llenos de miedo por encontrarse en una comunidad hostil. Sin duda, en esas condiciones necesitaban la ayuda de abogados antes de que el Estado pudiera imponer la pena de muerte.<sup>18</sup>

Entre 1932 y 1963 se produjeron fallos sobre el derecho a ser asistido por un abogado, aunque algunos contradijeran otros.<sup>19</sup> En 1942, por ejemplo, el Tribunal nos dio *Betts c/ Brady*. *Betts* pidió un abogado, pero el juez dijo que en Maryland el Estado tenía que proveerlo solamente en delitos de homicidio y violación. El Sr. *Betts*, sin tener abogado, fue declarado culpable de robo por el juez. el Tribunal decidió que la condena era aceptable, porque no existían las circunstancias especiales que hacían meritoria la ayuda de un abogado. Unos jueces disidentes argumentaron que el precedente de *Powell* mandaba que *Betts* recibiera los servicios de un abogado. Pero la mayoría resolvió que sin las circunstancias especiales, no existe tal derecho salvo en enjuiciamientos bajo la pena de muerte. Las circunstancias especiales más notables, nos avisó, eran juventud, analfabetismo, baja inteligencia y un juicio complejo.<sup>20</sup>

16. Abraham, *Freedom on the Court*, pp. 60-65; Pritchett, *The American Constitution*, pp. 301 y 309.

17. Por ejemplo Félix Frankfurter en *Adamson c/ California*, 332 U.S. 46 (1947) lo escribió en acuerdo con la mayoría pero aparte; véase 332 U.S. 46, 68-69.

18. *Powell c/ Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

19. Abraham, *Freedom on the Court*, pp. 63-78; Pritchett, *The American Constitution*, pp. 451-454.

20. *Betts c/ Brady*, 316 U.S. 455, 462-465 (1942). Para el punto de vista de los disidentes, véase 316 U.S. 455, 473-477.

lituir una circunstancia agravante o integre el delito continuado. Se trata de un absurdo porque estaríamos admitiendo que ante un vicio más grave, como sería omitir una circunstancia agravante o un hecho que integre el delito continuado, el problema pueda ser corregido durante el curso del mismo debate, mediante la ampliación de la acusación y de la intimación; pero que ese mismo procedimiento correctivo no lo podamos aplicar cuando se trata de errores en la redacción y en la descripción del hecho, es decir en vicios que podrían lesionar menos que los primeros el derecho de defensa. Desde ese punto de vista es necesario integrar la interpretación de estos correctivos, para señalar que el propósito del legislador fue que la actividad defectuosa del Ministerio Público se corrigiera, pero de manera que afecte lo menos posible el mismo derecho de defensa, pues los retardos que ocasionan las constantes nulidades de los requerimientos fiscales, finalmente se traducen en un perjuicio para la propia investigación, y para los ciudadanos en general, ofendidos o no con el delito, que demandan justicia pronta y cumplida, pero sobre todo para el propio acusado, quien desea que se resuelva su situación jurídica lo más pronto posible. En consecuencia no debe recurrirse a la nulidad automática cuando encontremos errores en la redacción del requerimiento fiscal corregidos por el auto de elevación a juicio. Tampoco debemos aplicar la sanción de nulidad frente a requerimientos mal redactados, confusos, equívocos en la descripción del hecho. En tales supuestos, lo que procede es aplicar los correctivos establecidos en nuestro sistema procesal, por medio del cual es posible para el representante del Ministerio Público realizar una **acusación supletoria**, corrigiendo los defectos que estime ser esenciales, para que se le otorgue la oportunidad al imputado y a su defensa de contestarlos adecuadamente. En ese sentido debe proceder a formular oralmente la corrección en el curso del propio debate, de lo cual se dejará constancia en el acta, precisando con cuidado los cambios que se le hacen a la acusación. Si el hecho que motivó la corrección del requerimiento ya se desprendía de la propia instrucción, la defensa no habrá sido tomada de sorpresa, pues fue invitada durante varios actos procesales previos al debate para que examinara todas las actuaciones y resoluciones del expediente; y si el hecho surge en el curso mismo del debate, siempre tendrá, como en el primer caso, la posibilidad de solicitar la suspensión del mismo hasta por diez días, para prepararse adecuadamente o bien para ofrecer nueva prueba, si fuere necesario. Como bien se señala en doctrina, "... es posible de este modo ampliar durante el juicio el tema de la discusión, en nombre de una exigencia de economía procesal. Es decir, se piensa que sería un excesivo dispendio de energía procesal y sería peligroso para la investigación de la verdad de los hechos si se debiese remitir todo al Fiscal para iniciar ex novo un segundo procedimiento. Es ésta la hipótesis de la llamada **notificación oral supletoria**, en la que falta una notificación escrita de la acusación, mientras que en la hipótesis normal la notificación oral en el juicio (que debe siempre tener lugar) sirve para esclarecer e indagar sobre los términos de la notificación escrita" (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 258 y 259). Lo importante es que esas variantes fácticas en la acusación sean adecuadamente imputadas al acusado, y se le permita declarar, así como defenderse de ellas. El correctivo tiende precisamente a garantizarle su derecho de defensa, puesto que de lo contrario se violaría también el principio de correlación entre la acusación y la sentencia.

Esta acusación correctiva es particularmente desarrollada por la jurisprudencia y por la doctrina italiana, con sustento en los dispositivos del Código Procesal Penal de 1930, del cual el nuestro tomó sus bases, por medio de la versión cordobesa

(Particularmente véanse las siguientes monografías específicas sobre el tema: SANSÓ, Luigi. **La correlazione tra imputazione contestata e sentenza**. Giuffrè, Milano, 1953, en especial pp. 367 ss.; BRICHETTI, Giovanni. **La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale**. Jovene, Napoli, 1956, en especial pp. 191 ss.; y LEMMO, Elio. **L'accusa suppletiva nel dibattimento penale**. Giuffrè, Milano, 1972, en especial pp. 31 a 195. Entre los argentinos, el tema de la ampliación de la acusación lo desarrolla particularmente TORRES BAS, Raúl Eduardo. **El procedimiento penal argentino**. Lerner, Córdoba, 1987, tomo II, pp. 396 ss.). Ante la posibilidad de que también incurramos en un uso excesivo de este mecanismo por medio del cual es posible corregir los defectos en la redacción de los requerimientos fiscales, conviene agregar que los vicios deben ser esenciales para que justifiquen ser corregidos, es decir debe ser de tal magnitud que incidan en la labor de defensa del imputado, pues la verdad es que la acusación no tiene que describir en forma idéntica el hecho básico tenido por demostrado en la sentencia. Cuando se habla del principio de correlación entre acusación y sentencia, se ha querido establecer un marco fáctico, como límite de la actividad jurisdiccional, en resguardo de los derechos del acusado, en especial del derecho de defensa. La acusación constituye el límite de su juzgamiento. Al respecto se señala que "...la voz correlación no es utilizada aquí como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión. No se extiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos hasta el punto que la defensa haya podido ser afectada si la sentencia condenatoria se aparta de ese material..." (CLARIA OLMEDO, Jorge A. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Ediar, Buenos Aires, 1960, tomo I, p. 508). No se puede exigir una identidad absoluta porque ello resulta prácticamente imposible. Como bien se agrega, "...no es preciso que exijamos una identidad absoluta o matemática entre los dos términos de la correlación, hasta el extremo de que deba referirse a las menores modalidades de la conducta humana... vale decir, que la identidad de que se trata es naturalmente relativa: atañe a los elementos fácticos relevantes... es admisible la diversidad entre ambos actos, siempre que ello no implique privar a aquél de su defensa." (VELEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. Lerner, Córdoba, 1982, tercera edición, primera reimpresión, tomo II, pp. 238, 239, 240). Se trata de buscar un justo equilibrio para establecer cuándo debemos recurrir a los correctivos de la acusación y cuando no. Ese parámetro será siempre el derecho de defensa. En tal sentido se afirma con propiedad que "la base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que, en la sentencia, signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado" (MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Volumen b, p. 336). Por el contrario, aquellos datos fácticos intrascendentes desde el punto de vista defensivo, no justificarán utilizar la ampliación de la acusación como correctivo, porque no existe vicio procesal que lo justifique. Recordemos en tal sentido el requisito del interés procesal para corregir un vicio en el procedimiento. Desde luego, tampoco se justifica utilizar el correctivo de la ampliación de la acusación en aquellos supuestos en que el cambio favorezca la posición de la defensa. "Lo que no es necesario, por el contrario, es la indicación de las circunstancias atenuantes o de todo lo que atenúa de cualquier modo el peso de la acusación, pudiendo el juez tener presente todo lo que alivie la posición del

imputado independientemente de que se le haga una comunicación al mismo", es decir con independencia de que ello estuviere descrito en la acusación (BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 256). Desde luego, en aquellos casos en que se dude sobre la posible afectación al derecho de defensa del imputado, lo recomendable es que se proceda a ampliar la acusación, y sobre los cambios se le reciba nueva declaración al imputado, con la posibilidad de suspender el proceso si fuere indispensable para preparar la defensa u ofrecer nuevas pruebas."

1992. SALA TERCERA, Nº 137-F de las 9,10 hrs. del 24 de abril.

**68- RESPONSABILIDAD CIVIL - Propietario de vehículo con carta de venta protocolizada sin inscribir**

"Se reclama la errónea aplicación de los numerales 12 y 38 de la Ley de Tránsito y 1045 del Código Civil, al condenar el a quo al recurrente, a pagar en forma solidaria los daños y perjuicios causados, pese a que tuvo por acreditado que al momento de la colisión, el vehículo ya no le pertenecía, lo que constaba en carta-venta debidamente protocolizada y en tal sentido de proceder la condenatoria, la misma correspondería únicamente al valor del vehículo que seguía inscrito a su nombre. Los argumentos expuestos resultan de recibo. El juzgador de mérito tuvo por acreditado en lo pertinente "14. Que el vehículo placas [...] se encuentra inscrito (sic) en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos a nombre [del demandado civil]. 17). Que bajo razón de fecha cierta, el veintiuno de mayo de mil novecientos noventa, el Licenciado [...], hizo constar haberle puesto razón notarial de fecha cierta a la compra-venta en la que [el demandado civil] venió (sic) a [...], el vehículo [...]", y en tal sentido dispuso, que como el vehículo aparecía a nombre de [...], como propietario debía responder en forma solidaria al pago de los daños, en aplicación del artículo 38 de la Ley de Tránsito, que dispone que el propietario del vehículo es quien responde solidariamente junto con el conductor, aunque el artículo 12 de la misma ley, refiere en lo conducente que "En caso de traspaso no presentado al Registro Público de la Propiedad de Vehículos Motorizados si acaeciere un accidente será responsable civil de sus consecuencias el propietario del vehículo cuyo documento de traspaso tuviere fecha cierta anterior al suceso". Lo expuesto, nos permite apreciar que en este caso quien era propietario del vehículo y en consecuencia el posible responsable civil era el señor [...], a favor de quien se había suscrito la carta venta y a quien incluso, [...], en tal condición se le hizo entrega del automotor, mientras que el [demandado civil] sólo aparecía como propietario desde el punto de vista registral, por lo que de conformidad con la normativa indicada, no resultaba responsable de los daños y perjuicios causados."

1992. SALA TERCERA, Nº 128-F de las 14,10 hrs. del 22 de abril.

**69- RESTITUCION DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO - No es necesario ejercer la acción civil para disponer la restitución.**

"El representante legal del Estado, apersonado en autos como actor civil, alega en el primer motivo del recurso por la forma, la violación de los artículos 106 y 399 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 400 inciso 5º ibídem y el 103 del Código Penal, porque la sentencia no dispuso la

restitución de las cosas en favor del Estado o en su defecto de su valor, no obstante que declaró al acusado autor del delito de peculado. El mismo vicio se reclama en el recurso por el fondo (cuarto motivo), donde se señalan como violados los artículos 103 del Código Penal, 122, 123 del Código Penal de 1941, y el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, porque en criterio del recurrente esas normas establecen en forma imperativa que toda sentencia condenatoria debe ordenar la restitución del objeto material del delito, aunque la acción civil no hubiere sido intentada. El reclamo por el fondo es procedente, puesto que el artículo 103 del Código Penal vigente señala que una de las consecuencias civiles de todo delito es la restitución de las cosas objeto del hecho punible o en su defecto el pago del respectivo valor; aspecto que reitera el artículo 123 del Código Penal de 1941 también en forma imperativa, al disponer que el condenado deberá restituir al ofendido la cosa objeto del hecho punible y si no pudiere hacerlo, estará obligado a satisfacer su valor. Estas disposiciones deben necesariamente relacionarse con la normativa procesal, en especial con el párrafo final del artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, al señalar que **la restitución del objeto material del delito podrá disponerse aunque la acción civil no se hubiere formulado**, aunque no lo ordena en forma imperativa. En otros términos, el reclamo de los daños y perjuicios provenientes del delito debe hacerse por medio de la acción civil resarcitoria, porque así lo condiciona la normativa procesal; sin embargo esa misma condición no existe cuando se trata de la restitución del objeto material del delito. Ello es así, conforme lo ha interpretado anteriormente esta misma Sala, porque la restitución no constituye una forma de indemnización en sentido estricto (Sentencia Nº 52-F 10:35 hrs. 31 enero 1990, Sala Tercera)."

1991. SALA TERCERA, Nº 604-F de las 9,25 hrs. del 7 de noviembre.

**70- SENTENCIA - Fundamentación contradictoria.**

"[...] el vicio de fundamentación contradictoria existe cuando la sentencia contiene partes, elementos, afirmaciones o conclusiones que se excluyen entre sí, pero no cuando existan elementos de prueba que se contradigan, o contradigan conclusiones del fallo. En la mayoría de los procesos penales existe contradicción, es más el contradictorio es uno de los elementos básicos de un sistema de administración de justicia de mayor garantía, en el sentido de que lo afirmado por los sujetos procesales (por ejemplo defensa y acusación) normalmente no siempre es coincidente. También es frecuente que existan elementos de prueba contradictorios, no coincidentes, y que el Tribunal deba apreciarlos con base en las reglas de la sana crítica para sustentar sus conclusiones, pero no constituye el vicio de fundamentación contradictoria el hecho de que una de las pruebas (por ejemplo el dicho de un testigo) no coincida con las conclusiones del fallo, que se ha sustentado en otros elementos de prueba (por ejemplo el dicho de otros testigos)."

1992. SALA TERCERA, Nº 75-F de las 8,55 hrs. del 13 de marzo.

**71- SENTENCIA - Omisión de lectura por inasistencia de las partes no provoca nulidad.**

"Como otro extremo del recurso por la forma se alega la violación del artículo 396 del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 421 ibídem, por cuanto la sentencia



recurrida no se redactó ni firmó de acuerdo a lo dispuesto por esas normas. Agrega el recurrente que "...el señor juez manifestó concluido el debate, que la sentencia sería leída horas más tarde, pero nunca lo hizo; incluso el Juzgado estaba cerrado para la hora señalada de la lectura, agregando que al día siguiente un escribiente, el señor [...], ante mi pregunta sobre el fallo manifestó que lo estaba terminando de pasar o de mecanografiar..." [...]. No le asiste razón en su reparo. Consta en el acta de debate que éste se realizó el 21 de noviembre de 1991 y que se señaló para la lectura de la sentencia las 19 hrs. del mismo día [...], y esa es la hora y fecha que lleva el fallo respectivo. Igualmente, con vista de las aclaraciones solicitadas por esta Sala a la constancia que en su oportunidad realizó el Secretario del respectivo Juzgado y cuya falsedad no ha sido acreditada, queda establecido que a la hora de la lectura del fallo no había imposibilidad material para el ingreso a la sala de audiencias y que si tal acto no se ejecutó fue "...porque no se encontraba nadie..." [...], lo que en modo alguno afecta la publicidad o notificación a los interesados -pese a la irregularidad-, puesto que la lectura de la sentencia se hace "...ante los que comparezcan..." (ver art. 396 en relación con el 421, ambos del Código de la materia), y no por el mero requisito de la formalidad ante la ausencia de concurrentes. En todo caso también resulta claro que en ningún momento se afectó -por tal razón- el conocimiento efectivo que las partes tuvieron del documento que aquí se discute. Con sustento en lo dicho debe desestimarse el reclamo."

1992. SALA TERCERA, Nº 324-F de las 8,30 hrs. del 24 de julio.

**72- SUSPENSION DEL DEBATE - Forma de computar plazos cuando median asuetos concedidos por Corte Plena.**

"La defensa del imputado [...] acusa, como primer motivo de su recurso por la forma, la nulidad del debate celebrado por violación de los artículos 361, párrafo final, 194 y 145 del Código de Procedimientos Penales, al haberse excedido la suspensión de aquel más allá de los diez días que permite la ley. Para la mayoría de esta Sala el reclamo no es de recibo, por las razones que de seguido se dirán. A) Examinando el expediente se observa que la primera audiencia del debate se inició a las quince horas del día 14 de diciembre de 1990, suspendiéndose a las diecisiete horas con veinte minutos de ese mismo día y señalándose las trece horas con treinta minutos del 26 de diciembre próximo para la continuación del mismo, fecha en que efectivamente se reanudó el debate, para suspenderse nuevamente a las quince y treinta horas de ese mismo día, señalando entonces el a-quo las trece y treinta horas del día 2 de enero de 1991 para la continuación del mismo, hora y fecha en que ciertamente se reanudó el debate, el cual se dio por concluido a las quince horas y cuarenta y cinco minutos de ese día [...]. B) El problema lo presentan los días 24 y 31 de diciembre en que, por disposición de la Corte Plena, sólo se trabajó durante la primera audiencia. La defensa alega que el a-quo debió contar como hábiles estos dos días, por lo que entonces el término de diez días debía tenerse por vencido el día 31 de diciembre. Por su parte, el a-quo hizo el respectivo cálculo para fijar la tercera audiencia del debate a partir de la "fecha de inicio del debate" (14 de diciembre) y restando las dos audiencias o jornadas de trabajo que fueron declaradas de asueto por la Corte Plena (computando, aparentemente, las dos primeras audiencias de

los días 24 y 31 de diciembre, como si sumaran entre las dos un día hábil). C) Ambos criterios (el de la defensa y el del a-quo) son parcialmente errados. Ciertamente la Corte Plena puede determinar los días y horas de servicio en las oficinas judiciales, conforme al inciso 14) del artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (adicionado por Ley Nº 4087 de 8 de abril de 1968). Las normas del Código de Procedimientos Penales a considerar sobre esta cuestión son las contenidas en los artículos 140 y 141. El primero en cuanto dice que los términos -sean individuales o comunes- "... 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"; y el segundo (artículo 141) que indica que "En los términos por días no se contarán los feriados; y si vencieren en día feriado se considerarán prorrogados de derecho hasta el día hábil siguiente" (la negrilla es suplida). Como se ve, nuestro Código de Procedimientos Penales no prevé el caso de los días de media jornada de trabajo -como lo fueron los referidos días 24 y 31 de diciembre de 1990-, como tampoco los días de asueto que concede el Poder Judicial a sus servidores (los cuales no puede equiparse a los días "feriados"), es decir, no existe norma expresa en dicho texto legal para resolver la situación. Entonces, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (reformado por Ley Nº 7020 de 6 de enero de 1986) procede aplicar supletoriamente el párrafo primero del artículo 147 del Código Procesal Civil, que a la letra dice "Si el día final de un plazo fuere inhábil, se tendrá por prorrogado hasta el día hábil siguiente.

La misma regla se aplicará cuando se declare de asueto parte de ese día final". Así, efectuando el cálculo correspondiente, tenemos que contar el término máximo de diez días hábiles a que se refiere el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales desde el día hábil siguiente al 14 de diciembre -tomando el día 24 de diciembre, como día hábil completo (toda vez que fue feriado parcialmente y no es día final)- y así tenemos que el día final de dicho término lo fue el día 31 de diciembre y en vista de que para este día la Corte Plena concedió asueto para la segunda audiencia del día, se entiende que dicho plazo se tiene por prorrogado hasta el día hábil siguiente, a saber, 2 de enero de 1991, fecha en que se reanudó y concluyó el debate celebrado en esta causa, por todo lo cual debe declararse sin lugar el reclamo." (Hay voto salvado).

1991. SALA TERCERA, Nº 694-F de las 10,35 hrs. del 20 de diciembre.

**VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO CASTRO MONGE:**

"El suscrito Magistrado Castro Monge, salva su voto únicamente con respecto a la decisión de mayoría en relación al primer motivo del recurso por la forma, con base en las siguientes razones: [...]. En el primer motivo de la impugnación se reclama la vulneración del artículo 361 párrafo final, 194 y 145 del Código de Procedimientos Penales, al haber excedido la suspensión del debate los diez días otorgados por ley, ya que el debate se inició en la segunda audiencia del 14 de diciembre, se continuó el 26 de diciembre y se concluyó el 2 de enero del año en curso, no siendo atendible la excusa del a-quo de que los días 24 y 31 de diciembre de 1990 no contaban, por ser de asueto. Efectivamente, lleva razón el reclamo. Según acuerdo de Corte Plena tomado en la sesión número 89-90 del 26 de noviembre de 1990, artículo XXX, se concedió asueto a las oficinas judiciales de todo el país, durante la segunda audiencia de los días 24

y 31 de diciembre del mismo año. En este caso, el debate fue iniciado el 14 de diciembre, siendo suspendido y reiniciado el 26 de diciembre, en ambas ocasiones en la segunda audiencia de la tarde, por lo que ya habían transcurrido siete días del término legítimo de suspensión; posteriormente se volvió a suspender y se reabrió el día dos de enero de 1991 a las trece horas con treinta minutos, cuando ya se habían cumplido los tres días que restaban para vencer el término citado, pues habían sido hábiles los días 27 y 28, así como la primera audiencia del 31 de diciembre. El tribunal de instancia consideró que las audiencias de los días 24 y 31 de diciembre, por trabajarse únicamente en la mañana, no se computaban dentro del término de diez días antes citado, apreciación que resulta incorrecta si tomamos en consideración que antes del 15 de setiembre de 1971 (ver sesión de Corte Plena, artículo VIII de 19-08-1971) se trabajaba en algunos despachos el día sábado durante la primera audiencia y este día se consideraba hábil para todos los efectos; además en relación con el mismo tema, esta Sala al conocer la interposición de un recurso, consideró que "el hecho de que el despacho en donde deba presentarse la articulación trabajare uno o varios días solamente durante una audiencia, no es motivo legal para ampliar el término, pues el artículo 140 *ibídem* establece que los términos comienzan a correr "desde que comience el día subsiguiente a aquel en que se efectuó la notificación y vencerán en el instante que, según ley, debe cerrarse el despacho..." sin hacer salvedad alguna respecto a que ese cierre se produzca o no en la segunda audiencia. (el

subrayado no está en el texto). Si legalmente el término puede fenecer en un día que se trabaje sólo durante la audiencia de la mañana y no existe motivo alguno para variar el criterio respecto al cómputo del día trabajado en defecto, cuando ese día laborable se ubica en día distinto a aquel que finaliza el término, debe concluirse que el recurso fue bien rechazado," ..., "razón por la cual contaban para el término de interposición del recurso establecido por la quejosa, los días veinticuatro y veintisiete" (Sala Tercera, V-87-A de las 15:30 horas del 26 de marzo de 1985).

El artículo 3 del Código de Procedimientos penales ordena además, que toda disposición legal que establezca sanciones procesales, deberá interpretarse restrictivamente; en este caso, el debate, de conformidad con el numeral 361 *ibídem*, sólo podrá suspenderse por un término, máximo de diez días bajo pena de nulidad, por lo que según lo expuesto, obviamente el tribunal de mérito excedió dicho término, según se puede apreciar en la transcripción del acta del debate, que corre a folios [...]. En punto al vicio alegado, se observa [...], que el recurrente interpuso incidente de nulidad que fue declarado sin lugar, razón por la que hizo la correspondiente reserva, para recurrir en casación. De conformidad con lo expuesto, al haber incurrido el juzgador de instancia en la vulneración que se alega, procede declarar con lugar el recurso."

1991. SALA TERCERA, N° 694-F de las 10,35 hrs. del 20 de diciembre.

En 1963, la Corte decidió que todos los acusados merecen un abogado en todos los juicios por felonías (*Gideon c/ Wainwright*). Para los pobres, el Estado tenía que pagar el costo del abogado.

El Sr. Gideon era un pobre al que se le acusó de escalamiento de una taberna y robo del menudo de las máquinas de vender dulces, cigarrillos y refrescos. Como en el caso *Betts* veintiún años antes, Gideon solicitó al juez penal que lo proveyera de un abogado. Según él, la enmienda sexta de la constitución nacional requería nada menos que eso. El juez respondió que Gideon no tenía razón porque el Tribunal Supremo había dicho que el Estado debía nombrarle un defensor solamente cuando el reo enfrentara la pena de muerte, o cuando existían circunstancias especiales detalladas en el caso de *Betts*. Dado que Gideon no satisfacía ninguna de las circunstancias especiales, el juez decidió que no merecía un abogado.

En un juicio penal sin abogado pero con jurado, Gideon fue declarado culpable. Entonces, después de apelar sin éxito en las Cortes de apelaciones de Florida, Gideon pidió la revocatoria de la sentencia al Tribunal Supremo, en razón de ser pobre y no tener los recursos para elegir su propio abogado. Como el Tribunal Supremo sí tenía el poder y los recursos para pagar los abogados de los demandantes pobres (*in forma pauperis*), designó al Sr. Abe Fortas, un abogado famoso, talentoso y bien ayudado por el bufete de Arnold, Fortas y Palmer, uno de los más grandes y poderosos en Washington, D.C. Más tarde, Fortas fue nombrado por el Presidente Johnson al Tribunal Supremo.

La decisión en *Gideon c/ Wainwright* no sorprendió a los especialistas constitucionales, porque la resolución que nombró a Fortas también les mandó a los abogados: considerar si era todavía aceptable la decisión de *Betts c/ Brady* o, si era mejor revocarla y decir que los Estados tienen que proveer de abogados a todos los acusados que enfrenten juicios penales por delitos graves.

Con la habilidad de Abe Fortas, y con la disposición de los jueces, el Tribunal decidió que todo acusado de un delito grave tiene el derecho de ser asistido por un abogado en el juicio penal, y cuando el imputado no pueda elegirlo, el juez tiene que asignar un defensor público.<sup>21</sup>

Entre 1963 y 1972, se produjeron más decretos judiciales sobre el derecho del consejo; pero la Corte tomó una decisión importante en 1972, cuando dijo que todos los acusados en todos los juicios penales, deben tener un abogado antes que se les encarcele (*Argensinger c/ Hamlin*).<sup>22</sup>

Hoy en día, un acusado tiene el derecho de escoger su propio abogado o de tener uno que el juez escoja.

Si el acusado no tiene un abogado, el juzgado de instrucción tiene que proveerlo y el Estado debe pagarlo. Al empezar cualquier proceso penal, el juez ya sabe que el Estado no puede encarcelar a un culpable ni por un sólo día si no tiene asistencia letrada. Esto resultó de lo que el Tribunal Supremo estableció.

Hasta 1964, el Tribunal observó los precedentes sobre el derecho de no autoincriminarse, es decir, en conformidad con el sentido de *Barron c/ Baltimore*. Como ya bien saben, la enmienda quinta protege a los ciudadanos contra los actos de los federales. Sin embargo, no protege de acciones del Estado porque la enmienda quinta no coarta los Estados.

En 1964, como resultado de sus propias decisiones sobre el derecho de tener un abogado (específicamente el caso *Gideon* y sus progenies, antes citados), la Corte dijo que esta clase de decisiones había cambiado la base constitucional. Así, un demandante le pidió a la Corte que reconsiderara los precedentes anteriores, y mandara que los Estados tuvieran que respetar el derecho del reo de no autoincriminarse. Y la Corte lo hizo en el caso *Malloy c/ Hogan* (1964).<sup>23</sup>

Por consiguiente, el derecho a la defensa de un abogado ha tenido un desarrollo doctrinal muy interesante, en conexión con el derecho de no incriminarse. La Corte ha dicho que la presencia de un abogado es necesaria para garantizar que el interrogatorio no infrinja el derecho de no autoincriminarse.

Después del caso *Hogan*, vino *Escobedo c/ Illinois* (también en 1964): La jefatura de policía estaba interrogando a Escobedo, a pesar de que éste en repetidas ocasiones pidió permiso a los policías para hablar con su defensor; al tiempo que su abogado, en múltiples ocasiones, solicitó a otros policías autorización para entrevistarse con Escobedo. No les permitieron comunicarse.

Escobedo confesó el homicidio, pero solamente después de triquiñuelas por parte de los oficiales con ayuda de un cómplice de él. En el decreto que revocó la condenatoria por el homicidio, el Tribunal Supremo insistió en que Escobedo, y por supuesto otros imputados también, merecía un abogado desde el momento en que el proceso dejara de ser una investigación y se concretara la acusación. La acción de los policías en

21. *Gideon c/ Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Para un relato muy interesante del Caso *Gideon*, véase Anthony Lewis, *Gideon's Trumpet* (New York: Random House, Inc., 1964).

22. 407 U.S. 25 (1972). Después de *Argensinger*, hubo más cambios en asuntos de la competencia del abogado en juicio penal, pero pocos cambios sobre si o cuando los acusados merecen un abogado.

23. 378 U.S. 1 (1964).

impedir una reunión entre Escobedo y su abogado, era un error de proporciones constitucionales y la confesión no era admisible en el juicio, debido a la "regla de exclusión".<sup>24</sup>

Dos años más tarde, el Tribunal extendió la decisión de Escobedo en *Miranda c/ Arizona* (1966), cuando señaló que Miranda debió tener representación legal antes de que confesara. Otra vez, por el hecho de no tener abogado resultó una confesión inadmisibles. En este caso, la Corte resolvió que a partir del momento en que se restringe la libertad de movimiento del imputado en cualquier forma, se hace necesaria la defensa técnica. El proceso judicial empieza cuando el imputado no tiene la alternativa de salir y, desde entonces tiene derecho a la ayuda de un abogado. Además, la policía debe informarle que la ley le garantiza ciertos derechos: (i) de no decir nada a la policía, (ii) que las palabras que diga pueden ser usadas contra él en juicio, (iii) el derecho de nombrar un abogado defensor, (iv) el derecho de contar con la presencia del abogado defensor antes del interrogatorio, y, finalmente, (v) si el imputado no tiene recursos para contratar su propio abogado, el Estado lo proveerá.

Según Earl Warren, Presidente del Tribunal, a menos que el Estado provea una alternativa aceptable para proteger los derechos, deben hacerse las advertencias (i)-(v) ya citadas, antes del comienzo de cada interrogatorio y ninguna confesión es admisible sin tales advertencias. El Presidente Warren explicó que las enmiendas sexta y decimocuarta necesitaban nada menos que eso mismo.<sup>25</sup>

Yo creo que el cenit de las doctrinas conocidas como "las advertencias de Miranda" (*Miranda Warnings*) se encuentra en *Orozco c/ Texas* que se decidió en 1969 como la última progenie importante de *Miranda* en la época del Jefe Earl Warren.

Después del abuso físico y verbal por el difunto al Sr. Orozco, el reo lo mató afuera del Café El Farleto, casi a la medianoche. A las cuatro de la mañana siguiente, cuatro policías llegaron a la habitación donde Orozco fingía dormir. El "interrogatorio" fue muy breve, y ocurrió todo en el mismo aposento. Le preguntaron: "¿Estuviste en el Café El Farleto?" Cuando Orozco les respondió que sí le preguntaron "¿Tienes pistola?" Otra vez, el respondió que sí. Después de preguntarle dos veces "¿Dónde está la pistola?" Orozco les reveló a los oficiales el lugar donde tenía la pistola que utilizó.

Después de terminar el proceso tejano, Orozco le pidió al Tribunal Supremo que revocara la sentencia porque la indagatoria entera se hizo en su habitación sin que nadie le avisara de las advertencias de *Miranda*

(de no decir nada, de tener un abogado, etcétera). El juez Black, escribiendo por la mayoría del Tribunal, estuvo de acuerdo y nos dijo que la confesión no era admisible porque se consiguió en contra de las enmiendas quinta, sexta y decimocuarta; además de ser conseguida en contra del decreto *Miranda*. Desde el punto de vista de los jueces disidentes, a esta declaración le faltaban los rasgos distintivos de *Miranda*.<sup>26</sup>

En 1969, el Sr. Warren se jubiló y el Sr. Warren Burger llegó a ser el Presidente del Tribunal Supremo al ser nombrado por el Presidente Nixon. Muy pronto el Presidente Nixon nombró a tres jueces más, y poco a poco empezó a cambiar el criterio del caso *Miranda* y el proceso ha continuado hasta hoy mismo.

Por ejemplo, se acusó a Harris de ser narcotraficante. Sin acatar las reglas de *Miranda* durante el interrogatorio, los detectives obtuvieron una confesión de Harris de que había vendido heroína dos veces.

El acusador público sabía que la confesión no era admisible en punto a la cuestión de inocencia o culpabilidad, como resultado de haber omitido la policía, advertir a Harris de sus derechos. Cuando este, declaró en oposición a su confesión anterior, el procurador público le pidió al juez penal que se admitiera la confesión solamente para refutar el juramento falso de aquel. El juez penal le dio permiso al procurador, e informó al jurado que era aceptable considerar el hecho que Harris les relató un cuento a los policías durante el interrogatorio y otro en la sala de justicia. Era una carga para el jurado decidir en cuál de las dos versiones estaba la verdad.

El Tribunal Supremo confirmó la condena y según la mayoría de jueces, el Sr. Harris no podía convertir la regla *Miranda* en una licencia para cometer perjurio. Por lo tanto, era aceptable usar la confesión solamente para demostrar lo mentiroso que era Harris. Según el Presidente Burger, el jurado podía distinguir entre el uso de decidir el asunto de la culpabilidad y el de la veracidad del acusado como testigo.<sup>27</sup>

Hubo otros acusados que tampoco recibieron las advertencias de *Miranda* y, sin embargo, perdieron sus apelaciones. La coartada que preparó el Sr. Tucker para la policía era que estaba jugando naipes con un amigo llamado Henderson mientras alguien golpeaba y violaba una mujer. Henderson le dijo a la policía que

24. *Escobedo c/ Illinois*, 378 U.S. 478. (1964). Vea infra nota 33.

25. *Miranda c/ Arizona*, 348 U.S. 436, 478-479 (1966).

26. *Orozco c/ Texas*, 394 U.S. 324, 326-327 (1969); para la opinión de disidentes, véase 394 U.S. 324, 328-331.

27. *Harris c/ New York*, 401 U.S. 422 (1971).

él no estuvo con Tucker cuando sucedió la violación. La condenatoria fue confirmada por el Tribunal Supremo a pesar del argumento de Tucker que la policía no pudo haber sabido de Henderson sin la información que Tucker les dio sin las advertencias de Miranda.<sup>28</sup>

Veremos pronto que en el campo de la enmienda cuarta, la Corte ha hecho unas excepciones a la regla general sobre la necesidad de registrar solo con una orden. Era como si las excepciones de la enmienda cuarta dieran luz a nuevas excepciones de la enmienda quinta.

La historia de Williams y Quarles son una muestra y una transición a la enmienda cuarta. Ambos perdieron sus apelaciones.

Después de realizar una violación con uso de arma de fuego, Quarles seguido por la policía, se introdujo en un supermercado. Cuando la policía lo aprehendió, Quarles no tenía la pistola. Entonces, le preguntaron "¿Dónde está la pistola?" Quarles inmediatamente contestó "Está en el próximo pasillo." En su apelación al Tribunal Supremo, Quarles arguyó que la policía había encontrado el arma sin hacerle las advertencias de Miranda, pero la mayoría de los jueces dijeron que ésta era una excepción de "seguridad pública" y, por lo tanto, la pistola era admisible en el juicio penal.<sup>29</sup>

Williams entabló la causa dos veces por el homicidio a una muchacha de diez años. En el primer enjuiciamiento penal, la prueba verbal sobre el cuerpo del delito no era admisible porque, según la Corte nacional, la confesión de Williams fue dada fuera de la regla procedente de Miranda bajo la enmienda quinta y sexta. En el segundo juicio penal, un testigo dijo al jurado sobre la condición del cadáver, y en la segunda apelación la Corte decidió que otra excepción es el "descubrimiento inevitable", es decir que el cadáver había sido descubierto por una fuerza civil bajo el mando de la policía. Aún más importante, el cadáver estaba en casi la misma condición porque era invierno y hacía el frío suficiente para que el cuerpo del delito se congelara.<sup>30</sup>

En unos caso más recientes, en lugar de un reglamento claro como el de Miranda, el Tribunal ha empezado a considerar si la confesión es voluntaria, en vista de la totalidad de las circunstancias. Aun más importante, cuando el Tribunal ha hecho la revisión sobre la totalidad de las circunstancias, en una gran mayoría de los casos los jueces han dicho que las confesiones fueron voluntarias.<sup>31</sup>

El reglamento de Miranda todavía es válido pero la tendencia del Tribunal Supremo de considerar la totalidad de las circunstancias lo ha debilitado mucho. Cuando este hecho es combinado con las limitaciones

procesales, el resultado es un cambio importante en contra del interés de los acusados enfrentados a un interrogatorio agresivo.

Algo muy parecido pero aun más grave sucede con el derecho de no sufrir registros o decomisos arbitrarios. Dije más grave, porque el Tribunal ha hecho unos cambios en la forma de algunas "excepciones" a la regla general. La enmienda cuarta dice:

*No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias con registros y decomisos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino en virtud de causa probable, apoyada por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar a ser allanado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.*

Además de las palabras literales de la enmienda, el Tribunal Supremo ha dicho en muchas ocasiones que los requisitos, por lo menos, son:<sup>32</sup>

*... (R)egistros que se conducen fuera del proceso judicial, sin previa aprobación de juez o magistrado, son por sí mismos irrazonables bajo de la enmienda cuarta, sujeto solo a unas excepciones establecidas específicamente y bien definidas*

Muchos años antes de Kats (en Weeks c/ United States, 1914),<sup>33</sup> el Tribunal nos dio la "regla de exclusión". Es decir, si los oficiales federales violan los derechos garantizados por la enmienda cuarta al conseguir evidencia, la prueba es inadmisibile en las Cortes federales debido a la regla de exclusión. Pero, por favor recuerden que el caso de Barron c/ Baltimore<sup>34</sup> todavía era el reglamento precedente sobre los registros y los acusados estatales.

28. Michigan c/ Tucker.

29. New York c/ Quarles, 467 U.S. 649 (1983).

30. Nix c/ Williams, 467 U.S. 431, (1984). Antes, el Tribunal había decidido que a convicción de Williams era incorrecta debido al hecho que la confesión fue obtenida por la policía en las advertencias de Miranda v. Arizona, nota 25, supra: Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1987).

31. Véase por ejemplo, Oregon c/ Elstad, 470 U.S. 298 (1985) y Colorado c/ Connelly, 479 U.S. 157 (1986).

32. Katz c/ United States, 398 U.S. 347, (1967).

33. Weeks c/ United States, 232 U.S. 383 (1914).

34. *U.S. v. Barron*, 3.

A pesar de que las Cortes federales estaban restringidas por la enmienda cuarta y por la fuerza del caso Weeks con su "regla de exclusión" contra evidencia defectuosa, las Cortes estatales todavía podían aprovechar la evidencia conseguida fuera de las limitaciones impuestas por la constitución nacional.

En 1949, en el caso *Wolf c/ Colorado*,<sup>35</sup> el Tribunal Supremo decidió que se aplicara la enmienda cuarta a los Estados. Pero a la vez le decía a los Estados que obedecieran la enmienda cuarta, y que no tenían que obedecer la "regla de exclusión". En efecto, esta no representaría ningún obstáculo sobre los poderes de los Estados.

Las víctimas de registro e incautaciones arbitrarios estatales no tenían la protección de la "regla de exclusión". Sin tener la oportunidad de la fuerza de esta regla, solamente quedaba a los acusados dañados por acciones de la policía estatal dos recursos: o podían perseguir remedios civiles, o podían esperar que el procurador eligiera enjuiciar a los oficiales responsables. Basta decir que ninguna de las dos produciría resultados muy satisfactorios. Desafortunadamente, si las Cortes no aplicaban la "regla de exclusión", otros remedios no serían más que ilusiones; en efecto, existían en la ley pero no en los hechos.

Para muchos estadounidenses, esta dicotomía era irrazonable pero también es una muestra, como nos dijo el juez Robert Jackson, que el Tribunal no es supremo debido a la infalibilidad pero nos daba la apariencia de infalibilidad debido a que es supremo.<sup>36</sup>

Por fin, y después de muchas muestras de abuso por las policías estatales, el Tribunal Supremo hizo un reglamento nuevo en 1961 (*Mapp c/ Ohio*).<sup>37</sup> Las autoridades llegaron a la casa de la Sra. Mapp para hallar a un hombre presuntamente peligroso, y pidieron permiso a la Sra. para registrar su casa en busca de tal. La policía sospechaba que él había detonado una bomba. La señora negó el permiso y los oficiales se fueron para regresar unas tres horas después y le dijeron a la señora que esta vez tenían un mandamiento de registro, pero ella se dio cuenta que el documento que le mostraron no era legítimo y lo agarró y lo escondió entre su pecho. Después de una breve "lucha libre" un policía volvió a asir el "mandamiento" y registraron toda la casa sin encontrar al hombre peligroso. Pero la búsqueda no fue en balde: Con gran suerte, la policía encontró material pornográfico.

En el juicio penal, el Estado no presentó ninguna orden de registro ni tampoco pudo decir que la Sra. dio permiso. En lugar de unas de las excepciones bien definidas y específicamente establecidas, el procurador público argumentó que los Estados no tenían que obedecer la regla de exclusión según el decreto del

mismo Tribunal en *Wolf c/ Colorado*, antes citado. Pero el Tribunal Supremo estuvo en desacuerdo y le dijo al Estado que en el futuro tendrían que respetar la enmienda cuarta complementada con la "regla de exclusión".<sup>38</sup> Con *Mapp*, el Tribunal Supremo empezó una época intensa de incorporación de los derechos de los acusados de las primeras ocho enmiendas en el sentido de la enmienda decimocuarta.<sup>39</sup>

Después de *Mapp* hubo muchas decisiones su-puestamente para aclarar la regla de *Mapp* y las interrogantes que éste caso no contestó.<sup>40</sup> En *Wong Sun c/ United States* (1963) el Tribunal nos dijo que cuando un registro es inconstitucional al inicio, por la ausencia de la causa probable, "el fruto" de este registro es "putrefacto" constitucionalmente y, por lo tanto, inadmisibles.<sup>41</sup>

En *Stoner c/ California* (1964), el registro fue conducido por la policía -sin la orden respectiva- pero con el permiso del gerente del hotel donde se alojaba Stoner. Sin embargo éste se encontraba a 320 kilómetros de su habitación. Al rechazar la pistola y unas balas de fusil como evidencia, el Tribunal Supremo nos explicó que el registro fue hecho sin el consentimiento de Stoner, y él no estaba bajo la autoridad de un arresto legal, ni tampoco dentro de otra excepción reconocida.<sup>42</sup>

En *Katz c/ United States* (1967), unos agentes federales se impusieron electrónicamente las palabras que Katz dijo en una cabina de teléfono público, sin mandamiento de registro. Esta conducta era irrazonable, según el Tribunal Supremo, y las conversaciones no eran admisibles como evidencia.<sup>43</sup>

35. *Wolf c/ Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

36. *Brown C/ Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953). El Juez Jackson escribió "final" en lugar de "supremo", pero en este contexto, "supremo" nos sirve mejor.

37. 367 U.S. 643 (1961).

38. 367 U.S. 643 (1961).

39. Abraham, *Freedom on the Court*, pp. 72-73 y 156-166; Pritchett, *The American Constitution*, pp. 446.

40. Abraham, *Freedom and the Court*, pp. 72-96 y 156-169; Henry, J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process* (Dubuque, Iowa: Wn. C. Brown Publishers (8va edición, 1991), pp. 106-11; Pritchett, *The American Constitution*, pp. 446 y 482.

41. *Wong Sun c/ United States*, 371 U.S. 471 (1963).

42. *Stoner c/ California*, 376 U.S. 483 (1964).

43. *Katz c/ United States*, 389 U.S. 347 (1967).

La Corte nos dio muchos decretos después de Katz y en la mayoría dijo que las cosas que la policía consiguió, eran admisibles aunque en algunos casos los acusados ganaron juicios nuevos. Los daños más graves han venido bajo la forma de excepciones nuevas y fuera del sentido más favorable a los acusados.<sup>44</sup>

El Tribunal Supremo nos ha dicho que los registros siguientes eran aceptables, aunque cada uno tuvo un defecto grave. Los siguientes ejemplos nos servirán para entender la gravedad de las excepciones: (i) "circunstancias exigentes", (ii) registro calificado como "inventarios rutinarios", (iii) "campo abierto", y (iv) "buena fe" de la policía.

El tomar una muestra de sangre a Schmerber era legal aún sin mandamiento y sin permiso, porque la evidencia del alcohol en la sangre habría desaparecido pronto por eliminación natural. Estas, se dijo, eran "circunstancias exigentes".<sup>45</sup>

El decomiso de poca marihuana por medio de un registro e inventario de rutina, era correcto como regla de la policía si lo hacía cada vez que un automóvil era confiscado por razón de estacionarse en un lugar prohibido. La condena de Opperman fue hecha en conformidad con la enmienda cuarta debido a la excepción de registros como "inventarios rutinarios".<sup>46</sup>

Una cantidad grande de marihuana perteneciente a Oliver era admisible aunque se decomisó sin ningún mandamiento por la excepción de "campos abiertos". La marihuana crecía en un campo abierto.<sup>47</sup>

Cocaína y otras drogas del Sr. Leon eran admisibles a pesar del defecto de la orden, porque el registro fue hecho por la policía creyendo de "buena fe" que el mandamiento era completo y aceptable.<sup>48</sup>

Hay más ejemplos, pero quizás me crean la observación anterior que hay muchas excepciones graves que han cambiado el paisaje constitucional sobre los derechos de los acusados.

Pero, hay una clase de cambios que es la más grave de todas. Se trata de limitaciones procesales que la Corte ha impuesto en las peticiones estatales, en el uso del auto de *habeas corpus*. Me parece que la gravedad estriba en el hecho de que las limitaciones procesales, enfrentan a los solicitantes con la negación de un foro para perseguir remedios. Como veremos, a veces es una cosa de vida o muerte.

En dos casos recientes, a peticionarios estatales les fueron denegadas revisiones por el auto de *habeas corpus* en las Cortes federales, debido a que los abogados cometieron errores procesales. Los errores junto con las limitaciones impuestas por la Corte, resultaron en las penas de muerte de McCleskey en el Estado de Georgia<sup>49</sup> y de Coleman en el Estado de Virginia.<sup>50</sup> McCleskey fue ejecutado en Georgia el 25 de setiembre

de 1991, en tanto Coleman fue ejecutado en Virginia el 20 de mayo de 1992.

El fracaso del abogado de McCleskey era basado en el caso *Massiah c/ United States* (1964).<sup>51</sup> *Massiah*, después de la acusación por el Gran Jurado, habló con un socio en la venta de heroína llamado Colson, que llegó a ser un informante para la policía. Conversaron sobre los delitos, pero, sin saberlo *Massiah*, Colson le transmitió la conversación por un radio a los federales. En el juicio penal, el testigo era la misma policía que se impuso de la conversación entre *Massiah* y Colson. Al rechazar la condenatoria, la Corte dijo que, después de las acusaciones por el Gran Jurado, los imputados tienen el derecho de un abogado antes que el interrogatorio pueda continuar. Entonces, el testimonio de la policía era inadmisibile.

Después de confesar, McCleskey estuvo en la cárcel, habló con Evans -el vecino de la próxima celda- y se jactó de su participación en los delitos. En el juicio (diciembre de 1978), McCleskey declaró que la confesión anterior era falsa y que no cometió los delitos. El procurador público usó a Evans como testigo, y este dijo que McCleskey habló de su papel en los delitos y que estaba muy orgulloso de ello.

La Corte Suprema del Estado de Georgia confirmó la condena y la pena de muerte por los delitos (i) de robo y (ii) homicidio durante un robo (1980). Después de eso McCleskey hizo una petición de *habeas corpus* en una Corte estatal pero fue denegada. Entonces la Corte de apelaciones también la denegó, y las Cortes Supremas de Georgia y de los Estados Unidos rechazaron oír un juicio (1981).

McCleskey puso una petición ante el tribunal federal de primera instancia (1981), que acogió dicha solicitud de *habeas corpus* (1984). La Corte de apelaciones del circuito undécimo revocó la concesión (1985). El Tribunal Supremo confirmó (1987) esta última decisión.

McCleskey hizo una nueva petición de *habeas*

44. Las excepciones cambiaron la regla de exclusión oficialmente, pero la regla llegó a ser muy débil.

45. *Schmerber c/ California*, 384 U.S. 757 (1966).

46. *Opperman c/ South Dakota*, 428 U.S. 364 (1976).

47. *Oliver c/ United States*, 466 U.S. 170 (1984).

48. *United States c/ Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

49. *McCleskey c/ Zant*, U.S., 111 S.Ct. 1464 (1991).

50. *Coleman c/ Thompson* U.S. 111 S.Ct. 2456 (1991).

51. 377 U.S. 201 (1964).

*corpus* en las Cortes estatales pero no le dieron el mandamiento solicitado. Mientras perdía los pleitos estatales, McCleskey planteó la segunda demanda ante el tribunal federal de primera instancia que lo concedió otra vez (1987). La Corte de apelaciones para el circuito undécimo revocó por segunda vez (1989).

El Tribunal Supremo confirmó la revocatoria, basado en el hecho que el abogado no presentó el argumento fundamentado en Massiah, sino en la segunda petición de *habeas corpus*, cuando debió haberlo expuesto en la demanda anterior (1981). Al confirmar la denegatoria de la solicitud de McCleskey, el Tribunal Supremo dijo que la omisión de presentar el reclamo bajo la doctrina de Massiah en la primera petición, era un indicador del trabajo ineficiente del abogado; además, el *habeas corpus* es un proceso civil y el derecho de un abogado eficaz es solamente para el proceso penal. Por consiguiente, McCleskey no había sufrido violación de un derecho constitucional. Si se hubieran dado dos condiciones defectivas en el proceso estatal, McCleskey pudo recibir el mandamiento de *habeas corpus* federal: (i) La existencia de una causa que explicara la pretermisión de presentar el argumento bajo Massiah en el primer reclamo de *habeas corpus*, y (ii) la demostración de un perjuicio. En la opinión de la mayoría, a McCleskey le faltan ambos puntos.

Además, la cantidad de peticiones y apelaciones equivalen a un abuso procesal inaceptable, que constituye otra base para negar su petición. McCleskey fue ejecutado en el Estado de Georgia.<sup>52</sup>

El caso de Coleman también es complejo pero con el mismo resultado. Coleman fue declarado culpable de homicidio y violación de una cuñada, por un jurado de una Corte estatal de Virginia. En una apelación directa, dos Cortes de apelaciones confirmaron la decisión. Entonces Coleman hizo una petición de *habeas corpus* en la Corte estatal, pero le fue denegada.

Como en todos los Estados, en Virginia existe un plazo para interponer la apelación. Tal es de treinta días después de denegada la petición. El abogado de Coleman lo hizo en el trigésimo tercer día que era después de los treinta días del término. Debido a esta falta procesal, la corte de apelaciones estatal y la Corte Suprema de Virginia rechazaron las demandas de Coleman.

Entonces Coleman formuló una petición en el tribunal federal de primera instancia, pero este resolvió que el incumplimiento procesal en las Cortes estatales dispuso la cuestión federal. La Corte de apelaciones para el circuito cuarto y el Tribunal Supremo confirmaron lo resuelto, debido al hecho que la decisión de las Cortes estatales fueron basadas en reglas estatales, no les presentaron ninguna cuestión federal y, por consiguiente, no eran sujeto a jurisdic-

ción federal.

Además, y como en el caso de McCleskey, la omisión de su abogado, dijo el Tribunal Supremo, era un indicador de una labor ineficiente; e igualmente, el *habeas corpus* es un procedimiento civil y el derecho a un abogado eficaz es solo para el proceso penal. Por lo tanto, confirmó y, como McCleskey, Coleman tampoco había sufrido el quebranto de un derecho constitucional. Al igual que McCleskey, Coleman fue ejecutado por su Estado.<sup>53</sup>

La tendencia de nuestro Tribunal más elevado de continuar en el mismo sendero de escoger, por medio de *habeas corpus*, el acceso a las Cortes federales es muy grave porque se traduce en denegaciones injustas. Para el Tribunal Supremo hay dos asuntos importantes que están debajo de las reglas, como en los casos de McCleskey y Coleman. Los asuntos son (i) La cortesía por las Cortes federales para la finalidad de las decisiones estatales y (ii) la institución del federalismo.

Un autor escribió recientemente:<sup>54</sup>

*El forzar a estos individuos (como McCleskey y Coleman) a confiar en los remedios provistos al capricho de los Estados, disminuye el valor de los derechos constitucionales sustantivos, socava la meta de la jurisdicción de habeas corpus federal -es decir, "a interponer las Cortes federales entre los Estados y el pueblo, como los guardianes de los derechos federales del pueblo- a proteger al pueblo de la acción inconstitucional".*

La ley del Congreso estadounidense, que les permite a algunos condenados estatales formular peticiones de *habeas corpus* cuando existe la posibilidad de que un derecho federal haya sido negado, ha existido por casi dos siglos y ha sido usada por muchos acusados. La historia del uso del *habeas corpus* es muy compleja y larga, pero las limitaciones importantes que la Corte ha impuesto recientemente son muy graves como nos muestra la cita de *Harvard Law Review*, (*supra*).

Amén de ello, es muy probable que se producirán más decretos hostiles a los derechos de los acusados. Digo esto porque la Corte actual es sobre todo la

52. "The Supreme Court, Principal Cases", 105 *Harvard Law Review*, 77-426 (noviembre de 1991), 329.

53. Peter Applebome, "Media Focus on Death Row under fire", 1 de junio de 1992, pp. 4A-5A, *Star Tribune* (un diario de Minneapolis, Minnesota, U.S.A.).

54. *Harvard Law Review*, Op. cit. 339, citado como de Mitchum c/ Foster, 407 U.S. 225, 242, (1972).



Corte de los Presidentes Reagan y Bush. De los nueve jueces corrientes, únicamente el Sr. Stevens, y a veces el Sr. Blackmun tienen predisposición favorable a los derechos de los acusados.

Por consiguiente, creo que la dirección del Tribunal Supremo disminuirá aun más los derechos constitucionales y sustantivos, por medio de más limitaciones procesales. Y porque creo que los derechos de los mejores miembros de la comunidad no deben ser superiores a los derechos de los peores ciudadanos, temo por el futuro de los derechos humanos estadounidenses.

## APÉNDICE

### ARTICULO IV

No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas hogares, documentos y pertenencias con registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino en virtud de causa probable, y apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.

### AMENDMENT IV

The right of the pople to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched and the persons or things to be seized.

### ARTICULO V

Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privada de su vida, de su libertad o de su propiedad privada para uso

público, sin justa causa.

### AMENDEMENT V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.

### ARTICULO VI

En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito haya sido cometido, distrito que será previamente fijado por ley; a ser informado de la clase y causa de la acusación; a carearse con los testigos en su contra; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los que cite a su favor y la asistencia de un abogado por su defensa.

### AMENDMENT VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed; which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have assitance of counsel for his defence.

### RTICULO XIV

Sección 1.- Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.

### ADMENDMENT XIV

**Section 1.** - All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of

citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.

### Bibliografía

Abraham, Henry J. *Freedom on the Court*. 3ra. ed.; New York: Oxford University Press, 1977.

Abraham, Henry J. *The Judiciary*. 8va. ed.; Dubuque, Iowa: Wm. C. Brown Publishers, 1991.

McCloskey, Robert G. *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

Pritchett, C. Herman. *The American Constitution*, 3ra. ed.; New York: McGraw-Hill Book Company, 1977.

Wasby, Stephen L. *The Supreme Court in the Federal Judicial System*. 3ra. ed.; Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1988.

## POLITICA CRIMINAL Y HUMANISMO EN LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL \*

Elías Carranza  
Subdirector de ILANUD

### 1. INTRODUCCION. POLITICA CRIMINAL EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO.

Nos toca en esta conferencia sobre política criminal ampliar el marco sobre el que hasta ahora el seminario ha venido primordialmente trabajando (poder judicial y legislación procesal penal).

En efecto, poder judicial y legislación procesal penal son dos capítulos de la mayor importancia a considerar por la política criminal<sup>1</sup>, pero también los de legislación penal material, policía, sistema penitenciario, sistema post-penitenciario, justicia de menores y, más recientemente, formas no penales de resolución de conflictos. Todo esto, si nos referimos a la política criminal en sentido estricto, o sea a la política criminal referida al ámbito de acción del sistema de justicia penal que es el concepto de política criminal implícito en el #19 de los "Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional".<sup>2</sup>

*Hay que tener también en cuenta, sin embargo, otra acepción más amplia de política criminal, referida a la totalidad del sistema de control social (no sólo al sistema penal) y que interseca con otras áreas de la política estatal, particularmente del "sector social" (salud, vivienda, educación, trabajo), con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas. Es el concepto implícito en el #21 de los "Principios rectores" arriba citados, cuando se refieren a la prevención del delito como parte de la política social, diciendo que "el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los*

*derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. A fin de relacionar la prevención del delito y la justicia penal con las metas del desarrollo nacional, hay que esforzarse por obtener los recursos humanos y materiales necesarios, incluida la asignación de fondos adecuados y por utilizar en la mayor medida posible todas las instituciones y recursos pertinentes de la sociedad, para garantizar así la adecuada participación de la comunidad".*

Este es el concepto también implícito en el #18 de los mismos "Principios" cuando, refiriéndose a la planificación intersectorial del desarrollo, expresan que

*"Las actividades de planificación intersectorial deben tender a lograr la interacción y la cooperación entre los planificadores económicos, los organismos y los sectores de la justicia penal, a fin de establecer o reforzar mecanismos de coordinación adecuados y aumentar la capacidad de respuesta de la política de prevención del delito a las necesidades del desarrollo y a las condiciones cambiantes".*

Finalmente, encontramos que ambos conceptos de política criminal se desprenden del objetivo princi-

\* Síntesis de la conferencia pronunciada en el Congreso regional sobre la Reforma de la Justicia Penal. Guatemala, 5 al 8 de marzo de 1991.

1. "por política criminal, puede entenderse la política respecto del fenómeno criminal, lo que no sería más que un capítulo de la política general", E.R. Zaffaroni, manual de Derecho Penal, Editorial Cárdenas, México, p. 88.
2. #19: "Planificación sectorial: La planificación del delito y de la justicia penal debe llevarse a cabo con una orientación dinámica y sistemática, teniendo en cuenta la interrelación de las actividades y funciones en las esferas de la legislación, la ejecución

pal de ILANUD, establecido en su convenio de creación, cuando dice en su artículo primero que "el objetivo principal del instituto es colaborar con los gobiernos en el desarrollo económico y social equilibrado de los países latinoamericanos mediante la formulación e incorporación en los programas nacionales de desarrollo de políticas e instrumentos de acción adecuados en el campo de la prevención del delito y la justicia penal."

## 2. EVALUACION DE LAS POLITICAS CRIMINOLOGICAS EXISTENTES

Trataremos de hacer a) una primera evaluación de las políticas criminológicas actualmente existentes en la región (si bien la realidad no es homogénea); y b) proponer algunos criterios de política criminal a partir de la información sobre dicha realidad regional y de algunos documentos liminares de política criminal de Naciones Unidas.

### 2.1. Ausencia de políticas criminológicas integrales

Ante todo, ha sido harto señalada la no existencia de políticas criminológicas integrales para los componentes del sistema de justicia penal (la que hemos denominado política criminal en sentido estricto). Salvo intentos esporádicos que no decantan en la estructuración de una política integradora y sostenida en el tiempo, la realidad general de los países indica que los subsistemas policial, judicial, penitenciario, post-penitenciario, de menores y de legislación penal, accionan cada uno de ellos en forma muy autónoma e impulsados con frecuencia por criterios encontrados entre sí. Igualmente inexistentes han sido, como era de suponer, las que hemos denominado políticas criminológicas en sentido amplio, que deberían armonizar la actividad del sistema de justicia penal para con respecto a los restantes sectores del estado y de la sociedad.

En buena medida, es lógico que se dé tal ausencia de políticas, pues trazarlas y llevarlas adelante implica armonizar subsistemas que responden a distintos poderes del estado, que han sido inclusive históricamente estructurados en un sistema antagónico de equilibrio entre sí, para promover su control mutuo.

No se trata, como vemos, solamente de una incapacidad de nuestros países en vías de desarrollo. De hecho no conocemos programas verdaderamente integrales de política criminal que se lleven a la práctica en los países desarrollados, al menos en los países llamados por el Banco Mundial "Industriales con economía

de mercado". aunque existen importantes esfuerzos en varios países.<sup>3</sup>

En América Latina han existido algunos intentos frustrados de proyección de políticas criminológicas nacionales integrales, y existen en la actualidad organismos más o menos incipientes que apuntan en esa dirección, tratando de armonizar al menos determinadas acciones importantes entre algunos estamentos del sistema<sup>4</sup>. Aunque estos esfuerzos no implican el logro de verdaderos programas de política criminológica, los señalamos porque son esfuerzos importantes que deberían ser fortalecidos.

La ausencia de políticas criminológicas integrales (sean éstas en sentido estricto referidas sólo al sistema de justicia penal, o en sentido amplio), no significa que la acción estatal en la materia haya sido totalmente errática o sin orientación. Sí pueden señalarse líneas u orientaciones de acción legislativa, policial, judicial y penitenciaria, no siempre las más adecuadas por cierto, al menos a la luz de los criterios e instrumentos internacionales de política criminológica que en este trabajo tomamos como referencia.

### 2.2. Evaluación de las actuales políticas en función de la distribución de recursos del sistema penal

Consideramos importantes evaluar las políticas, líneas u orientaciones actualmente existentes, en función de dos criterios: 1) De distribución de los recursos

3. Ver una excelente reseña de tales programas en Europa, estados Unidos y Canadá, en "Crime Prevention Strategies in Europe and North America", heuni, #8, Helsinki, 1990.

4. En Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y república Dominicana se crearon "Comisiones nacionales para el mejoramiento de la administración de la justicia", a instancias de ILANUD y dentro del "Proyecto para el mejoramiento de la administración de justicia". estas comisiones, con variaciones entre países, están integradas por un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Ministro de Justicia, un representante del Congreso o Asamblea Legislativa, el Presidente del Colegio de abogados y el Decano de la facultadas de derecho. En Ecuador, desde 1982, existe el Consejo Nacional de rehabilitación Social, integrado por el Ministro de Gobierno, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado, el Ministro Fiscal general, el Ministro de Trabajo o su representante y el Director del Instituto nacional de Criminología; aunque se ocupa en mayor medida de política penitenciaria, tiene también funciones de política criminológica general en materia de prevención, educación y promoción. En Costa Rica, nuevamente, dio excelente resultado la creación de una comisión interinstitucional encargada de armonizar acciones entre el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia (a cargo del Sistema Penitenciario) para la resolución de problemas que afectaban y demoraban la tramitación de las causas penales y la libertad de los detenidos.

asignados dentro del sistema penal (policía, poder judicial, sistema penitenciario). Esto será sin duda un indicador de la importancia asignada a cada subsector y del peso de cada uno de ellos dentro del sistema; 2) De resultados obtenidos con dicha política.

En cuanto al primer criterio de evaluación, la información de que disponemos pone de manifiesto un notable desequilibrio entre los recursos asignados a los subsistemas policial, judicial y penitenciario, que prioriza fundamentalmente al sector policial.

De la información del "Segundo estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" se desprende que los países llamados "en vías de desarrollo" destinan, en promedio, solamente el 1% del personal del sistema de justicia penal al poder judicial, mientras asignan el 94% al sector policial y el 5% al penitenciario.

El contraste se evidencia al comparar con la información sobre los llamados países "desarrollados", que exhibe que destinan respectivamente el 4% (poder judicial), el 77% (policía) y el 19% (sistema penitenciario).

En ambos grupos de países el subsector policial es el más voluminoso, sin embargo los países desarrollados destinan 17 puntos porcentuales menos que los en vía de desarrollo a policía y, en cambio, destinan el cuádruple que éstos al poder judicial. Por otra parte, los puntos porcentuales que los países desarrollados tienen de menos en policía, los vemos aparecer en el subsistema penitenciario, con lo que este sector queda también con el cuádruple de lo que tiene en los países en vía de desarrollo.

Como vemos, con solamente el 1% de los recursos humanos destinados al poder judicial, el sistema de justicia penal (la justicia penal!) en los países en vía de desarrollo es esencialmente policial, no judicial. En los países desarrollados o centrales, en cambio, los poderes judiciales tienen un peso proporcionalmente mucho mayor.

Pero aportemos más información: ya en el "Primer estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" se había hecho notar que "en los países menos desarrollados se asignan más recursos a las fuerzas policiales que a los otros organismos de la justicia penal"<sup>5</sup>. En el Segundo Estudio se corroboró la anterior información, adicionándose los datos de proporciones de personal que antes vimos y señalándose también que entre 1974 y 1980 el personal de policía de los países en desarrollo aumentó de 394 a 913 por cada cien mil habitantes, mientras que en los países desarrollados su tasa se

mantuvo estable.<sup>6</sup>

O sea que la información de los censos de Naciones Unidas respecto de nuestros países exhibe una tendencia que se agrava en el tiempo, ya que mientras las tasas de policías por cien mil habitantes de los países desarrollados se mantuvieron estables entre uno y otro censo, en el caso de los países en vías de desarrollo se multiplicaron por 2.3.<sup>7</sup>

Sin embargo, no para aquí el desproporcionado crecimiento policial. Habría que sumar a estas cifras el número de los cuerpos de policía privados, que han cobrado enorme importancia en los últimos años, y cuyo número se multiplica rápidamente. En algunos países constituyen verdaderas fuerzas armadas ajenas al control estatal, pues suelen pertenecer a compañías transnacionales.

En cuanto a lo que a política criminológica y prevención del delito se refiere, de lo anterior se desprende una definida orientación dirigida a satisfacer la función penal básicamente por medio del aumento de los efectivos policiales; no ya siquiera por medio del aumento presupuestario equilibrado de todo el sistema penal, sino esencialmente en base a más policía.

Este sobredimensionamiento de los recursos asignados a uno de los subsistemas se manifiesta, por lo demás, en las funciones que éste desarrolla, y en el peso de su actuación desde la etapa de prevención

5. "Prevención del delito y lucha contra la delincuencia". Informe del Secretario General. Documento A/32/199, septiembre 1977. #42, p. 19.
6. VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Tema 3 del programa provisional: Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo, desafíos para el futuro. *Segundo estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito. Informe preparado por la Secretaría, A/CONF. 121/18 #41, 42 y ss.* El estudio explica que el aumento en la tasa de policías en los países en vías de desarrollo podría deberse, al menos hasta cierto punto, a los diferentes cuestionarios utilizados en los estudios, pero se hace notar que, por contraste, "en los países desarrollados el personal de policía por cada 1200.00 habitantes se mantiene aproximadamente al mismo nivel en los dos estudios.
7. Es un error, ante el incremento delictivo (o a veces ante la sola alarma social), responder mecánicamente aumentando el número de policías. La investigación más actualizada en la materia demuestra que el aumento en el número de efectivos policiales no tiene impacto en las tasas de criminalidad, salvo si el número de policías alcanza un costosísimo nivel de "patrullaje de saturación" que, por otra parte, es una medida que puede adoptarse por tiempo muy limitado, y tiene otros efectos negativos no deseados. (Sobre esto Heal K., "Situational Crime Prevention. From Theory to Practice", Home Office Research and Planning Unit, London HMSO, 1986.

anterior al delito y a todo lo largo del sistema, con importante incidencia inclusive en la etapa judicial. Veámoslo muy esquemáticamente:

#### Etapa de prevención anterior al hecho delictivo:

- \* La prevención anterior al delito ha venido descansando- sin mayor eficacia por ciento- casi con exclusividad en la policía, y el incremento del delito ha servido de fundamento, ante la ausencia de políticas criminológicas que den otra respuesta, para multiplicar los efectivos policiales.
- \* La prevención "primaria" de la criminalidad, por medio del sector de bienestar social (deportes, salud, educación, recreación, etc), es en general muy reducida -con oscilaciones entre países- y la información de CEPALC, PNUD y otras agencias indica que por razones fiscales y recortes.<sup>8</sup>
- \* La prevención por medio de la organización de la comunidad (seguramente la de mayor importancia), es incipiente. Sería deseable que adquiriera un desarrollo importante en los años futuros, en la medida en que se consoliden verdaderos procesos democráticos en la región. Hasta el momento ha tenido un muy escaso desarrollo, en gran parte justamente por la existencia de gobiernos no democráticos o de democracias "de fachada", que más bien perseguían o en el mejor de los casos obstaculizaban toda forma de organización comunitaria por el peligro que éstas implican para tales regímenes.

Etapa posterior al hecho delictivo. Intervención del poder judicial:

La policía "previene", interviniendo por sí o a raíz de denuncia, transmitiendo la "notitia criminis" a la autoridad judicial. Esto en el aproximadamente 95% de los casos. En un reducido porcentaje, toma conocimiento directamente la autoridad judicial.

Investigación de los hechos: Es realizada, prácticamente por entero, por la policía, en forma por lo general muy "empírica"<sup>9</sup> y cuando esto no es así, con especialistas y laboratorios de criminalística que pertenecen a ella.

Justicia de Instrucción: La regla general -salvo excepciones- es que las resoluciones judiciales se fundan por entero en la investigación policial antedicha, limitándose a ratificar lo actuado por la policía. Más aún, en alguna legislación, las declaraciones ante la policía tienen pleno valor judicial.

Tribunales de sentencia y apelación: No tienen

acceso directo a los hechos. Trabajan sobre el expediente actuado por los jueces inferiores, que como antes vimos ratifica la actuación policial.

#### Etapa de cumplimiento de la pena y de privación de la libertad durante el proceso

En el momento de la prevención policial, y con frecuencia durante la etapa de instrucción judicial, la privación de libertad se lleva a cabo en las comisarías policiales, cuyo personal tiene a su cargo la custodia de los detenidos. Cuando éstos son alojados en el sistema penitenciario, lo que como regla sucede al dictarse auto de procesamiento y prisión preventiva o la condena, nuevamente es personal dependiente del poder ejecutivo, policial, de policía o de seguridad penitenciaria o militar según los países, el que tiene a su cargo a los presos. Hay que recordar que en América Latina el personal penitenciario es primordialmente seguridad y administrativo, siendo la proporción del personal técnico muy reducida o en algunos casos nula.

Toda la anterior información sobre recursos humanos y distribución de funciones al interior del sistema de justicia penal es perfectamente coherente con la información histórica que explica, sobre la base de nuestro pasado colonial, el sobrepeso que los poderes ejecutivos han tenido siempre entre los poderes del estado.<sup>10</sup>

El sobrepeso evidente que el subsistema policial tiene en nuestra región dentro del sistema de justicia penal y en especial el que tiene dentro del subsistema judicial, nos plantea interrogantes sobre temas tales como:

- \* La verdadera independencia de los poderes judiciales;
- \* La posibilidad de objetividad del conocimiento de los hechos que se juzgan, lo que a su vez cuestiona la Justicia de las resoluciones dictadas.

8. CEPAL, "La dinámica del deterioro social en América Latina y el Caribe en los años ochenta, LC/G. 1557, 1989. CEPAL, "Efectos sociales de la crisis económica", LC/R. 522, 1986.

9. El término está usado en el sentido de ausencia de capacitación científica, (no en el sentido de la exigencia de verificación material o empírica propia del método científico).

10. Sobre esto, Maier J., "Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos y de la organización de los tribunales". Congreso regional sobre reforma de la justicia penal, 5-8 marzo 1991, Guatemala.

Sobre este último punto, recordemos que la justicia penal trabaja con conductas humanas y, en este sentido, el juez debe alcanzar el conocimiento de los hechos como en cualquier otra ciencia fáctica, acorde con las exigencias del método científico. En esto, la exigencia de intermediación del juez respecto de la prueba no hace más que responder a una exigencia propia del método científico en las ciencias fácticas: la verificación empírica.

Pues bien, pocas personas más mediatizadas respecto de los hechos, y limitadas para alcanzar la verdad, que el juez forzado a un proceso escriturista y sin acceder a los hechos más que a través de la información policial.

### 2.3. Evaluación de las actuales políticas en función de los resultados obtenidos

2.3.1. Si tenemos en cuenta que un objetivo principal de la política criminal es reducir la criminalidad, los resultados de las políticas existentes no son exitosos, más aún, puede afirmarse que producen efectos decididamente negativos.

En efecto, la información recogida por el "III Estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" indica un aumento en los números relativos de la criminalidad oficialmente registrada y, -obviamente- en nuestra región con gran crecimiento poblacional, en los números absolutos. En algunos países donde las estadísticas regulares no acusan el aumento, la investigación criminológica verifica que lo que ocurre es que se ha elevado la cifra negra en razón del descenso en la tasa de denuncias.<sup>11</sup>

De igual modo, la información disponible indica que se da un incremento en la criminalidad no-conventional (tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, criminalidad económica, si bien en el caso de esta última, la cifra negra y nivel de impunidad son muy altos).

2.3.2. Otro resultado desastrozo de las políticas existentes ha sido multiplicar las poblaciones penitenciarias a ritmo vertiginoso, generando hacinamiento, gravísimas violaciones a los derechos humanos de los privados de su libertad y altísimos costos al sistema (la relación de costos entre una medida de prisión y una no privativa de libertad es 5:1).

La política criminológica regional se basa, sin excepción, en todos los países, en la pena de prisión. Al respecto ILANUD llevó a cabo un estudio de los códigos penales y una dosimetría penal, de la que surge que en todos los países estudiados (Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, Chile, México, Perú, Venezuela) el 75% o más de todos los delitos se sancionan

con pena privativa de libertad.<sup>12</sup>

Son numerosos los instrumentos internacionales que recomiendan utilizar la pena de prisión sólo como última ratio<sup>13</sup>, y es numerosa también la investigación criminológica que pone en evidencia que el encierro produce patologías y no es socializante ni resocializante<sup>14</sup>, lo que llevó a la doctrina y legislación más modernas a abandonar la denominada "teoría del tratamiento"<sup>15</sup>. No obstante estos avances en la investigación, doctrina y legislación, las políticas en la región siguen orientándose en la dirección de modificar las leyes penales elevando las penas de prisión y limitando al juez las alternativas a la pena privativa de libertad, y también, pasando por encima del principio de inocencia, limitando o a veces prohibiendo por completo la libertad durante el proceso. Esta última situación, como es sabido, alcanza en nuestra región límites impresionantes, pues las proporciones de "presos sin condena" sobre el total de las poblaciones penitenciarias, así como las tasas globales de "presos sin condena", son altísimas.<sup>16</sup>

11. Así, v.gr., en Colombia, vid reinaldo Bernal Izquierdo, Comportamiento de la tendencia de la criminalidad y delincuencia 1985-1989, en "Análisis sociojurídicos #1, República de Colombia, Ministerio de Justicia, 1990.
12. González D. y Garita A.I., "La multa en los códigos penales latinoamericanos", Depalma Editorial, Buenos Aires, 1990, p. 128 y ss.
13. Así, para citar solamente algunos de los documentos más recientes, las "Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores", sancionadas por el VII Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Milán, 26 agosto - 6 septiembre 1985), la resolución #16 del mismo congreso titulada "Reducción de la población penitenciaria, medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social de los delincuentes", la resolución # 17 del VIII Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, titulada "Prisión preventiva". (La Habana, 27 de agosto - 7 septiembre 1990), y las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad", sancionadas también por el VIII congreso.
14. Caballero Romero J.J. El mundo de los presos y Clemente Díaz, M. Los efectos psicológicos del encarcelamiento, en "Psicología social y sistema penal", compilación de Jiménez Burillo F. y Clemente M., Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986.
15. Así, v.gr. en Canadá. Ver "Correctional Philosophy: Correctional Law Review, Working Paper #1". Solicitor General Canada, Ministry Secretariat, 1986.
16. Sobre esto, Carranza E., Houed M., Mora L.P., Liverpool N.J.O., y Rodríguez Manzanera L., "Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe", ILANUD, 1991. También, de los tres primeros autores, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", ILANUD, 1988.

Todo esto ha llevado a una verdadera explosión penitenciaria, que ILANUD ha podido constatar en al menos 18 países (Antillas Holandesas, Barbados, Bolivia, Cayman, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Montserrat, R. Dominicana, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela)<sup>17</sup>, con sobrepoblaciones en casos de hasta el 950%, con elevadísimas tasas de homicidios y suicidios intracarcelarios, falta de condiciones mínimas de higiene y comida en los centros, y todo género de violaciones a los derechos humanos.

2.3.3. Las violaciones a los derechos humanos que se producen en el sistema penitenciario son seguramente de las más graves que ocasionan los sistemas de justicia penal, pero éstos se caracterizan por general un sinnúmero de gravísimas violaciones a todo lo largo de su accionar, lo que ha llevado a crear capítulos especiales de la criminología, la sociología criminal y los derechos humanos<sup>18</sup>, y es un tema de especial importancia en nuestra región, donde se multiplica el accionar de estos sistemas con el errado criterio de responder con soluciones penales a todo género de conflictos interindividuales o sociales, al par que, en razón de la destrucción de las economías y de la reducción de los presupuestos de los sistemas, éstos se deterioran rápidamente, multiplicando el irrespeto a los derechos fundamentalmente de judiciables y víctimas.

### 3. DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL

El título de nuestra conferencia es "política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal". El vocablo se incluye para hacer referencia al punto que veníamos desarrollando, para poner de relieve la necesidad de cerrar la brecha entre el estatuto de derechos humanos que se encuentra establecido en la legislación internacional y nacional y que es de la esencia de la justicia penal, y la realidad de su funcionamiento, en la que estos derechos son sistemáticamente violados. La tarea es muy difícil, y para acometerla sin caer en el desaliento ni en la hipocresía, es importante estar claros sobre la verdadera esencia del sistema de justicia penal y sobre las limitaciones estructurales que hacen que funcione de la manera en que lo hace.<sup>19</sup>

Esta distancia entre norma y realidad es una grave paradoja, que se manifiesta en forma evidente para cualquiera que como funcionario, victimario, o víctima, tenga contacto con el sistema de justicia penal, pero que por otra parte ha sido estudiada por criminólogos en muchos países de América Latina y el Caribe<sup>20</sup>

y por ILANUD, comparativamente, a nivel regional<sup>21</sup>. La paradoja se expresa muy bien, irónicamente, en la expresión "política criminal", que Luis Rodríguez Manzanera y Enrique Castillo -antes también A. Quiróz Cuarón- sugieren sustituir por "política criminológica".

### 4. ALGUNOS CRITERIOS DE POLITICA CRIMINOLOGICA PARA UNA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Los siguientes son solamente algunos criterios que consideramos importantes y nos atrevemos a enunciar. Seguramente hemos omitido muchos otros, también importantes, que deberían ser tratados en un trabajo de mayor extensión.

Un programa de política criminal debería desarrollarlos y establecer una estrategia y un orden de acciones para llevarlos a la práctica teniendo en cuenta la realidad en cada caso. Son criterios generales. Pensamos que tanto en la prevención anterior al delito como en el accionar del sistema de justicia penal deberían ocupar un lugar importante, teniendo en cuenta también las distintas categorías -que presuponen formas específicas de prevención- y la realidad social, cultural, económica y jurídica de cada país.

Hemos agrupado sistemáticamente: a) criterios

17. Ver "Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe", citado en nota 12, p. 12 y ss.
18. Zaffaroni, Eugenio R., "Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, DEPALMA, Buenos Aires, 1986.
19. Sobre esto, Zaffaroni, E.R., "En busca de las penas perdidas", EDIAR, Bs. As., 1989.
20. Cuando en forma veloz, con el riesgo consciente de importantes omisiones, han trabajado sobre este tema en América Latina y el Caribe, E.R. Zaffaroni, J.Maier, Lucila Larrandt en Argentina; N.J.O. Liverpool en Barbados; J.L. Mora, M. Houed, D. González, A.I. Garita, S. Navarro, H. Isa, F. León y E. Chirino en Costa Rica; A. Colanzi Zeballos en Bolivia; A. Reyes Alvarado, E. Sandoval Huertas, E. Saavedra, A. Pérez Pinzón en Colombia; A. Donoso y A. Zambrano Pasquel en Ecuador; O. Grezzi, R. Schurmann Pacheco, J. Balbela en Uruguay; Lola Aniyar, Rosa de Olmo, E. Gómez Grillo, G. Gabaldón, T. Santos, R. Martínez Rincones y tantos otros en Venezuela. Mucho de lo producido por el "Grupo latinoamericano de criminología crítica", hace importantes aportes en esta materia.
21. Carranza E., y otros, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno", ILANUD 1988.



a tener en cuenta en la política criminológica (de prevención) anterior a los hechos delictivos y a la intervención del sistema de justicia penal; b) criterios a tener en cuenta a partir de la intervención del sistema de justicia penal.

a.1. Fortalecer la prevención primaria o social de la criminalidad, con acciones a nivel de la familia, la escuela, el trabajo, (en particular el trabajo de menores), la salud, la recreación, la planificación urbana.

a.2. Fortalecer la prevención del delito por medio de la comunidad. La policía no debe "apropiarse" del problema delictivo. Este es un problema social, en el que deben trabajar en su solución especialmente las comunidades directamente afectadas, participando conjuntamente con la policía en el elaboración de estrategias de prevención y en el establecimiento de prioridades de acción y de movilización de recursos.

a.3. Procurar reducir al máximo posible ciertas formas de prevención directa y personal del delito, tales como armas para defensa personal y policías privadas (con prohibición total de las armas y calibres de guerra), que sustituyen la acción estatal en el uso de la fuerza, multiplican la violencia social y elevan el riesgo de vida para la propia víctima.

b.1. Promover una distribución presupuestaria y de recursos humanos en el sistema de justicia penal que eleve las actuales proporciones de los subsistemas judicial y penitenciario, para garantizar la independencia del poder judicial y la judicialidad de sus resoluciones, así como para garantizar un nivel de funcionamiento del sistema penitenciario que evite las violaciones a los derechos humanos que suceden en razón de la limitación de recursos humanos y materiales elementales.

b.2. Promover, en la mayor medida posible, las formas no-penales de resolución de conflictos (Somos conscientes de que, en esta materia, un obstáculo importante es el principio de legalidad, según está establecido en nuestros sistemas juridicopenales. Este es uno de los temas importantes para trabajar en función de una política criminal innovadora, que tenga como objetivo principal la paz social a partir de la satisfacción de los miembros de la sociedad y no indispensablemente a partir de la sanción penal).

b.3. Orientar la acción del ministerio público hacia la persecución de los delitos más graves y que

causan mayor daño social, tales como criminalidad violenta, drogas y criminalidad económica. De esta manera se obtendrá un mejor resultado en términos de Justicia y una distribución más racional y eficiente de los recursos humanos existentes, al reducirse los esfuerzos proporcionalmente destinados a la persecución de los "delitos de bagatela". Aquí, nuevamente habría que actuar en forma innovadora frente al principio de legalidad vigente (o frente a la interpretación que se ha hecho hasta el momento de este principio, ya que en la realidad sí se produce una selección de los casos que son perseguidos por la justicia y de los que -con frecuencia por limitaciones de capacidad de trabajo- no lo son. Hay ejemplos en los que se ha logrado con éxito compatibilizar la vigencia del principio de legalidad con Instrucciones de política criminológica al ministerio público para priorizar la persecución de determinados delitos de mayor gravedad.<sup>22</sup>

b.4. Revisar la situación de la víctima en el proceso, estableciendo su participación en él.

b.5. Establecer una política penológica que priorice las sanciones y medidas no privatizadas de libertad y proactivas, tales como trabajo en la comunidad, reparación a la víctima, reconocimiento del hecho y perdón del ofendido, y otras, y destine la pena de prisión sólo para los delitos de mayor gravedad, con el objeto de reducir en lo posible la violencia de respuesta del sistema penal y que ésta no sea un obstáculo para la inevitable y necesaria reinserción social de quien ha delinquido.

b.6. Reformar el procedimiento penal, introduciendo la oralidad y publicidad en los países en que éstas no existen, para garantizar el principio de inmediación, así como el mayor grado de participación posible de la comunidad en las decisiones judiciales y víctimas, por medio de un proceso penal transparente, expedito, oral y público. En esto felicitamos efusivamente la labor de la reforma penal guatemalteca, que promueve una justicia penal que nos atreveríamos a llamar revolucionaria en la región. El tránsito hacia una justicia penal verdaderamente justa no será sencillo, ni en Guatemala ni en los restantes países de la región, pues el dictado de la ley es sólo un paso, bien importante por cierto, cuando va acompañado por la decisión política y por la activa participación de la sociedad en el proceso de transformación.

22. Así, v.gr., en la reciente reforma judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina.

# EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

Alfredo Chirino S.  
Mario Houed V.

Letrado y Magistrado de la Sala de Casación Penal,  
Profesores de Derecho Penal, U.C.R.

## I. Introducción.

El problema del error y sus derivaciones ha constituido desde hace mucho tiempo uno de los aspectos que mayor controversia suele generar en el área del derecho penal- parte general-, no solo por los efectos que evidentemente repercuten en la determinación de los elementos estructurales del delito para obviar una eventual sanción, sino por la propia complejidad que el tema entraña. Con relación a lo primero cabe advertir que lo menos idóneo sería (dentro de una adecuada relación de política criminal y teoría del error) someter a privación de libertad a un sujeto que incurrió en un hecho punible a causa de ese fenómeno - sea éste por error de tipo o de prohibición, particularmente inevitables, según veremos -, pues se reconoce que aquélla no es necesaria en tales casos como retribución (prevención general) ni como resocialización o reeducación (prevención especial) si es que seguimos las líneas de los falsos dilemas planteados entre "seguridad jurídica" o "defensa social" que hemos examinado en otras oportunidades<sup>1</sup>. Ello es así porque quienes actúan motivados en el error, normalmente están integrados a la cultura de la sociedad en que conviven o por lo menos el conflicto que presentan no es del todo insuperable, además de que la intimidación a los individuos que en un futuro pudieran realizar sus actos en las mismas circunstancias, no obliga a que la amenaza consista- necesariamente - en que se les restrinja su libertad. En lo que se refiere a la naturaleza del error y su discutida complejidad, lógicamente constituye el producto de nuestra reflexión, pues no parece que las correspondientes leyes penales y en consecuencia la

jurisprudencia nacional, hayan seguido la orientación que la moderna teoría del delito ha desarrollado en los últimos años para superar la anticuada distinción entre error de hecho y error de derecho. Ese es el motivo que nos ha impulsado a materializar este breve estudio, teniendo como soporte un reciente fallo de la Sala de Casación Penal, donde precisamente se analizó dicho cuestionamiento.

## II. Error e Ignorancia.

Ciertamente cabe admitir que el error y la ignorancia son dos fenómenos que desde un punto de vista psicológico y aún filosófico pueden ser diferenciados; pero jurídico-penalmente, por tener los mismos efectos, esa distinción no tiene trascendencia.

De tal modo, pues, reconociendo que el error es el conocimiento falso acerca de algo, y que la ignorancia es la falta de conocimiento de algo<sup>2</sup> partiremos del supuesto que no hay razón válida para darles un tratamiento diferente. Antes bien, siendo que el error es el concepto que comúnmente se emplea en la legislación y en la doctrina, con un contenido amplio que abarca la ignorancia, así debe ser comprendido.

1. Sobre este tema puede verse la obra de Zaffaroni, E., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Sexta Edición, Ediar, Buenos Aires, Arg., 1988, ps. 49 y ss.

2. CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

### III. Error de hecho y error de derecho:

En la Exposición de Motivos del Código Penal vigente (Ley Nº 4573 de 4 de mayo de 1970 que empezó a regir un año después, en el mes de noviembre), se dice con relación al tema de nuestro interés, entre otras cosas, lo siguiente: "Adoptamos el texto recomendado por el Código Penal Tipo para Latinoamérica, en cuanto al error de derecho, que suscitó un largo debate de la comisión redactora del anteproyecto. Es claro que la causa de inculpabilidad prevista tiene su precisa limitación porque el error de derecho, para que tenga valor legal, debe ser invencible porque si no lo es, trae como consecuencia una simple atenuación de la pena. La expresión invencible debe interpretarse en el sentido de que si bien nadie puede alegar ignorancia de la ley, de acuerdo con el artículo 129 de la Constitución, ella misma expresa: "salvo en los casos en que la misma autorice" y el texto que sugerimos aplica la excepción apuntada. También es lógico que el error de derecho no puede versar sobre conceptos esenciales y básicos que la misma Constitución ampara, como lo son la vida, la libertad o la propiedad." Con anterioridad -en la misma exposición de motivos- la Comisión redactora afirma, al referirse al error de hecho, que se trata de una auténtica causa de inculpabilidad, en la que no existe dolo alguno, aunque contempla la posibilidad de que pueda provenir de culpa. Con sustento en las razones apuntadas, fueron incluídos el error de hecho y el error de derecho (artículos 34 y 35 del Código Penal, respectivamente) como causas de inculpabilidad, receptando la discutible distinción entre "error facti" y "error iuris" que ya inclusive en la época de la aprobación del Código mencionado, estaba siendo objeto de revisión. Debe reconocerse, sin embargo, que aún no se había perfilado en todos sus contornos la delimitación conceptual del problema del error (analizado desde la óptica de las características del tipo y del contenido de la prohibición) lo que inclusive hoy día no deja de ser motivo de polémica, en especial para quienes continúan ubicando el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.

#### A. El principio "Ignorantia iuris non excusa". Su carácter relativo.

Para diferenciar el error de hecho y el error de derecho, normalmente se tomaba como punto de partida la aplicación del principio, muchas veces contenido en las diversas legislaciones, que establece que nadie puede alegar ignorancia de la ley (contemplado en nuestra Carta Magna en el artículo 129, aunque deja

a salvo los casos que la misma ley autorice). Lo anterior obligó a hacer una distinción de las circunstancias que integran la ley penal, cuyo error o ignorancia podían o no conducir a una situación de inculpabilidad. Sin embargo, pese a que aún hoy día se cuestiona la naturaleza de dicho principio (si debe conceptualizarse como una presunción; si expresa el carácter obligatorio de la ley penal; o si - por el contrario - constituye una exigencia de carácter político, social o procesal)<sup>3</sup>, de él no puede más que admitirse su carácter relativo, para no incurrir en un excesivo formalismo que imponga condición de inexcusabilidad aún en casos extremos en que se olvida la más elemental realidad psicológica. En efecto, si la doctrina tradicionalmente ha señalado dos excepciones al principio de inexcusabilidad (una por razón de las personas y otra en atención al precepto violado), es porque en situaciones limite la obligación de conocer la ley no puede ir más allá de lo que es racionalmente aceptable, siendo atendible que se reconozca, además del desconocimiento sobre el hecho, el que puede producirse con relación a la norma (por ejemplo el extranjero que ignora que en nuestro país es ilícito fabricar licor aún para su propio consumo).

#### B. Deficiencias en el contenido de la separación tradicional del error.

La moderna doctrina afirma que son básicamente dos inconvenientes en los que incurre el criterio que para resolver la cuestión relativa a la eficacia excusante del error parte del distingo entre el desconocimiento de derecho y el del hecho, señalando su poca viabilidad y su inexacta diferencia esencial.

En primer término porque refiriéndose el orden jurídico a elementos fácticos (transformando las cuestiones del acto en problemas jurídicos) no es posible desarrollar una apropiada distinción entre la falta de conocimiento del hecho y el error de derecho. Así por ejemplo los llamados elementos fácticos del tipo no están desprovistos de una valoración jurídica<sup>4</sup>, lo que ha llevado a Maggiore<sup>5</sup> a afirmar que no se concibe un error de derecho que no se resuelva, en última instancia, en uno de hecho. En segundo lugar queda claro que la indicada separación es puramente artificial desde que hemos reconocido que entre una y otra clase de error no podemos señalar diferencia esencial alguna

3. Citado por: CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

4. CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

5. Citado por CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

que permita delimitar conceptualmente ambas especies: "por ejemplo se puede tener cocaína sin autorización, ya sea por ignorar que la detención de esa droga está prohibida o por desconocer que esta sustancia es cocaína... en ambos casos se ignora que la materia poseída está sometida a una determinada reglamentación jurídica."<sup>6</sup> Tales cuestionamientos han originado que el criterio distintivo entre las clases de error se trasladase de la causa del desconocimiento hacia al objeto afectado por éste, siendo que cuando se trate o refiera a un defecto en la consideración de un elemento particular del tipo penal (esto es que se incurre, al realizar el hecho, en un error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción) estaremos en presencia de un error de tipo que afecta el dolo (cuando es invencible o inevitable), dando lugar a tipicidad culposa si es vencible o evitable. Pero si el error se produce porque el sujeto cree que lo que hace no es contrario al orden jurídico, dará fundamento al denominado error de prohibición que cuando es inevitable eliminará la culpabilidad, y si es evitable podrá atenuar la pena prevista para el hecho.

#### IV. Significado del error sobre el tipo y sobre la prohibición.

El Voto 446-F del 25 de setiembre de 1992 comienza el camino de una nueva etapa de la jurisprudencia de casación reconduciendo los esfuerzos interpretativos hacia el problema de la acción, pero, esta vez analizándola desde una perspectiva de su relevancia típica.<sup>7</sup>

Es por ello, que la Sala de Casación ha tratado de dibujar los contornos del problema de la acción en el Código Penal tratando de deslindar las cuestiones que pertenecen al tipo, las dificultades que forman parte del análisis de la antijuridicidad y, en última instancia, dejando las bases fundamentales para la construcción de los elementos de la reprochabilidad a partir de los requisitos de la capacidad de culpabilidad definidos en el artículo 42 del Código Penal.

La Jurisprudencia de la Sala había venido intentando lograr esta integración de los diversos temas de la Parte General (al menos los más arduos) dejando algunas líneas aproximativas las que, sin embargo, han beneficiado más a la sistemática del dolo, que al planteamiento de la tipicidad culposa.<sup>8</sup>

Dentro de este amplio contexto de problemas jurídicos, todos ellos relacionados con la teoría estratificada del delito, resaltan en orden de importancia los problemas del error, los cuales, por sus características

tan singulares han sido mantenidos en cierto olvido por la jurisprudencia, hoy vuelven a un plano de primerísima importancia.

A primera vista podría pensarse que las dificultades del tema del error no tienen que ver con la aplicación cotidiana de la Ley Penal, sino que son solo supuestos dogmáticos en los que se contienen reglas interpretativas totalmente desligadas de la letra de la Ley y, por ende, inaplicables o, al menos, intransferibles al medio costarricense. No obstante, el Voto 446-F subraya la extraordinaria cercanía de la problemática del error para el trabajo habitual de la Administración de Justicia. Para comprobar este acerto, basta echar un vistazo a la evolución jurisprudencial generada a partir de finales de los años ochenta, donde fácilmente puede encontrarse el error y sus diversos matices legislativos como fenómenos de utilidad práctica extraordinaria.

La tesis seguida por la Sala se orienta hacia la construcción del andamiaje estructural del dolo como voluntad realizadora del tipo penal, voluntad, resulta claro, que presupone un conocimiento de lo que se quiere y una representación de los efectos concomitantes de la conducta. Tal apreciación se sustenta en la redacción actual de los artículos 18, 30 y 31 del Código Penal, los cuales unidos en su función definitoria del tipo subjetivo, tal y como lo dice la sentencia en comentario, "... establecen una relación inescindible entre el hecho tipificado (denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención)."

Lo que se expone a continuación no es más que un plan inicial para la discusión de la teoría del error

6. *Ibid.*, p. 33.

7. Este enfoque, por supuesto, no descarta la relevancia de la acción a nivel pre-típico, esto es, como un examen anterior a la tipicidad donde se verifica la existencia de los elementos de voluntad y conocimiento en la acción que luego será confrontada con los datos de la tipicidad legal. Estaría involucrada en esta averiguación la problemática de la fuerza física irresistible (que afecta la voluntad) y la ignorancia invencible (que afecta la previsibilidad y por ende el conocimiento), así como los problemas derivados de psicopatologías que descarten la acción en algunos de sus elementos conativos o cognitivos. El planteamiento de estos problemas, sin embargo, deberá quedar solamente planteado para su discusión en un trabajo futuro.

8. Esta ausencia de un criterio definitorio de la tipicidad culposa quizá deba esperar una oportunidad de análisis en un caso donde se deslinda la problemática del conocimiento efectivo del peligro de la acción prevista por el autor. En todo caso, y esto es lo más probable, la definición jurisprudencial que se haga de este problema jurídico terminará de estructurar el tema de la "intención" en el Código Penal con los consecuentes beneficios para el trabajo judicial.

en el derecho penal costarricense. Y no puede ser de otro modo, ya que los problemas que acarrea dicha teoría obligarían a ocupar mucho más espacio que el que tenemos disponible en esta Revista. Sin embargo, pretendemos caracterizar la complejidad de los aspectos básicos que se ponen de manifiesto en nuestra Ley Penal con el fin de despertar el interés de los juristas costarricenses sobre este tema.

### A. El error de tipo vencible e invencible.

La doctrina costarricense ha empezado a tomar partido por una definición del dolo avalorado, es decir, sin ninguna consideración sobre la antijuridicidad. Este punto de vista ha obligado a estructurar la dinámica de la interpretación de la Ley Penal a través de una serie de consideraciones sobre los elementos volitivos y cognoscitivos de la acción.

Aún cuando no se acepte que el punto de partida del análisis penal lo sea la relevancia de la acción (tesis que cada vez tiene menos adeptos en doctrina), casi todos los autores sostienen que una acción incompleta, es decir, que le falte el conocimiento o la voluntad no puede ser configurativa de un tipo penal.

Trayendo esta comprobación al área de acción de la tipicidad penal, no existirá dolo<sup>9</sup>, ni tampoco culpa<sup>10</sup>, si no hay congruencia en los elementos objetivos y subjetivos que forman parte de cada uno de estos tipos penales. Así, el aspecto conativo (de la voluntad) en el tipo doloso o culposo, debe guardar plena concordancia y coherencia con lo conocido por el autor (aspecto del conocimiento). Si falta alguno de estos niveles de análisis, ahora dentro del contexto de la tipicidad, la conclusión lógica es que no existirá dolo o la culpa correspondiente, y por ende no podrá concluirse que aquella acción se adecue al tipo penal.

Es así que un error que radique sobre los elementos que están establecidos para que el tipo penal exista, "según su descripción", acarree, indefectiblemente una ausencia de dolo. El autor debe actuar con un conocimiento efectivo, actual o actualizable, de los elementos del tipo objetivo; si este conocimiento falta o se encuentra afectado no puede haber dolo, que es otro requisito para que el delito exista según su descripción.

La vencibilidad o invencibilidad del error alude a la puesta en ejercicio del deber de cuidado para superar las condiciones que inducen ese error. De esta manera, entonces, si el autor tiene algún problema para comprender alguno de los elementos del tipo objetivo (la ajenidad de la cosa en el hurto, la inmediatez del cumplimiento de la orden en el delito de desobediencia a la autoridad, etc.) y aún empleando todo el deber de

cuidado que le es exigible dicho error aún permanece, estamos en presencia de un error invencible de tipo que acarrea, como resultado, que desaparezca el dolo y la culpa que pueda acarrear el hecho realizado. En sentido contrario, si el autor, empleando todo el deber de cuidado, hubiera podido superar el falso conocimiento o ignorancia de los elementos del tipo objetivo; entonces, si existe tipicidad culposa paralela<sup>11</sup>, se aplica esta última, de no existir, el hecho quedaría atípico totalmente.<sup>12</sup>

#### A.1 El error sobre las causas de justificación:

Nuestro artículo 34, segundo párrafo, tiene el mismo inconveniente de otras legislaciones, orientadas en postulados que ubican el dolo con un conocimiento de la antijuridicidad, ofreciendo la misma solución del error de tipo para el error sobre la concurrencia de una causa de justificación.

La mayor parte de la doctrina latinoamericana, quizá siguiendo la sistemática propuesta por Welzel, Maurach, Kaufman y Hirsh, ha optado por aceptar un error de prohibición indirecto cuando el sujeto actúa en la creencia errónea que se encuentra en una causa de justificación. Este postulado, propio de una teoría estricta de la culpabilidad, establece que el dolo no desaparece si el sujeto cree erróneamente que actuó con una causa de justificación, ya que el injusto está completo, esto es, la conducta es típica y antijurídica, pero, si el error es invencible, lo que desaparece es el reproche que ha de hacerse al sujeto. Evidentemente, y siempre dentro de esta propuesta, si el error es vencible (aplicando el deber de cuidado exigible al sujeto) se ha de imponer un reproche menor. Así la respuesta dada al problema tiene consecuencia directa en la graduación del reproche.

9. Sobre los componentes del tipo doloso puede ser consultado DALL'ANESE RUIZ (Francisco), *El Dolo*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., pp. 17-21.

10. D'ALESSIO (Andrés José), *Función del Error en la Culpa*, en: *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 6, número 24, octubre-diciembre, 1983, pp. 699-706.

11. Tal y como ocurre con el homicidio culposo en relación con el doloso.

12. Sería el caso de los daños, tipo penal que solo puede ser cometido por dolo ya que no están penalmente incriminados los daños culposos. Si existe un error de tipo en el delito de daños, y este es vencible, la conducta sería penalmente atípica ya que no existe la tipicidad culposa paralela que permitiría formar el injusto con ella.

Nuestro Código, a diferencia de esta tendencia dogmática, insiste en plantear la solución a los problemas de justificación putativa desde el punto de vista del error de hecho (artículo 34 del Código Penal. En consecuencia, si el sujeto pudo vencer la falsa suposición de justificantes empleando un deber de cuidado exigible según las circunstancias, habría que aplicar la tipicidad culposa correlativa. Esta última propuesta proviene de la teoría limitada de la culpabilidad que pone el mayor interés en el disvalor de la acción, ya que el sujeto quiere obrar conforme a derecho pero con un falso conocimiento o ignorancia sobre el tipo permisivo.<sup>13</sup>

Esta solución legislativa tiene dos problemas, primero no toma como un hecho revelador que el examen de las causas de justificación siempre se realiza ex-post facto, es decir, posteriormente al ejercicio de la causa de justificación y, en un segundo lugar, que cuando un sujeto actúa bajo una causa de justificación efectivamente está realizando una conducta dolosa. Siendo así la respuesta legislativa de nuestro Código parece orientarse en dirección opuesta a la teoría estricta de la culpabilidad.

El Voto 446-F, tantas veces citado, plantea claramente que la falsa suposición de atenuantes o causas de justificación "...no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que éste desea y conoce que realiza el hecho típico, su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe." Concluyendo que aplicar las reglas del artículo 34 sería desaplicar para el caso concreto, las consecuencias previstas en el artículo 31 del Código Penal, ya que este último artículo plantea y clarifica la función del dolo avalorado sin ninguna relación con la antijuridicidad y sí con el tipo penal. La creencia errónea en la existencia de una causa de justificación afecta el reproche del injusto y no la constitución del injusto.

#### B. El error de prohibición directo e indirecto:

La definición del error de derecho que contiene el numeral 35 del Código Penal establece que el falso conocimiento o ignorancia debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, según el Voto que comentamos esto "...quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su

actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está." La jurisprudencia está aceptando la existencia de los tres supuestos los cuales, dicho sea de paso, ofrecen serios problemas interpretativos en otros sistemas legislativos como el argentino, donde, por ejemplo, un solo artículo contempla, unidos, fenómenos distintos que nada tienen que ver con el error y que obligan a difíciles ejercicios interpretativos.

Es de destacar que la jurisprudencia ha optado por la nomenclatura moderna del error sobre la prohibición indicando que "...el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa..." Esta escogencia conceptual viene a resolver situaciones sumamente arduas que la estructura del Código no necesariamente está complicando sino más bien facilitando al intérprete.

#### C. El error de comprensión.

La Sala de Casación, incluso, abrió la puerta al error de comprensión, al cual define como un "..., tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuridicidad." Indudablemente este tipo de error tiene consecuencias en la reprochabilidad y obliga a una reducción del reproche cuando es vencible, y cuando es invencible a una desaparición de ese reproche.

El error de comprensión, tal y como lo postula este criterio, funciona en aquellos casos donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento.

La clasificación de este error, indudablemente, acarrea la aceptación del criterio de los redactores del Código los cuales tomaron en cuenta la posibilidad de un error de derecho producto de una cultura diferente o de la "rusticidad" del autor.<sup>14</sup>

Así, el planteamiento de la Sala obliga a aceptar que el legislador quiso ubicar el error de derecho como

13. Sobre el tema puede ser consultado BACIGALUPO (Enrique), Sistema del Error sobre la Antijuridicidad en el Código Penal, en: Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, enero abril 1972, pp. 45-72.

14. Exposición de Motivos del Código Penal, Artículo 35.

un problema de culpabilidad, pues, la "...consecuencia sistemática es que la pena debe atenuarse de acuerdo al artículo 79. Tal redacción no deja duda sobre la intención del legislador de que los problemas del mal llamado "error de derecho" tuvieran como efecto reducciones del reproche, reducciones que resultan plenamente compatibles con la fundamentación de la culpabilidad en aspectos de comprensión del carácter ilícito del hecho y de la capacidad de determinación conforme a tal comprensión que contiene el artículo 42 del Código Penal..."

#### D. El error de prohibición sobre las circunstancias objetivas del estado de necesidad exculpante y las otras causas de exclusión del reproche:

El tema del estado de necesidad exculpante ha empezado a figurar como estructura legislativa que ofrece singulares dificultades de interpretación, no solo por su ubicación en el Código Penal (junto con la coacción y las amenazas) sino por el grave yerro de utilizar el Código Argentino para explicar las consecuencias del mismo cuando tiene una regulación distinta en aquél país.

Es así como los problemas del miedo insuperable ya han empezado a ser vistos como "circunstancias reductoras" del umbral mínimo de autodeterminación del sujeto, antes que meros problemas de vis compulsiva. El cambio no ha dejado de tener consecuencias inmediatas, ya que si el miedo insuperable (tal y como ha sido entendido por la jurisprudencia de Tribunales y jueces) tiene una tal entidad y actúa sobre el autor, no será un problema de "capacidad de autodeterminarse" sino propiamente una circunstancia a ser valorada como una fuente de error de prohibición sobre las circunstancias que hacen nacer para el caso concreto un estado de necesidad exculpante.

No deja de tener interés la discusión sobre este tipo de error toda vez que aún no se ha entendido en nuestro medio que la naturaleza jurídica genérica para todas las causas de exclusión del reproche no es otra más que la de ser supuestos distintos de la inexigibilidad de otra conducta. Cuando el autor no puede deslindar, por problemas de comprensión de la norma, que el hecho está sujeto a pena, o que concurre una permisión que en realidad no existe, en esencia, está actuando bajo la hipótesis de una exclusión del reproche por inexigibilidad de otra conducta. Como hemos dicho, el reproche jurídico penal no es puramente subjetivo (en cuanto a la relación entre el autor y su acto) sino que tiene un componente objetivo que se concentra en la comprobación de que el autor debe sufrir una

pena porque pudiéndose motivar en la norma para actuar distinto no lo hace.

El terreno del error de prohibición empieza a ser visualizado como una herramienta definitoria de los límites del reproche jurídico penal y, en consecuencia, como un ámbito enorme que requiere delimitación, cosa que ha comprendido bien la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, esta actitud no descarta la posibilidad de incluir el error sobre las circunstancias objetivas que excluyen el reproche (en cualquiera de sus causales) como un error de prohibición indirecto, así acarrearía un problema de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto.<sup>15</sup>

Esta solución es plenamente consecuente con los requisitos exigidos para el análisis del juicio de reproche que provienen del artículo 42 del Código Penal, esto es, la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión. Y es consecuente desde que el error sobre las causas de exclusión del reproche indudablemente afecta el nivel de comprensión y así puede ser motivado el error tanto por circunstancias que han de medirse en cada caso particular, en el caso concreto y para el individuo que ha actuado.

Por el momento, sirva la reflexión anterior para alertar sobre la existencia de esta posibilidad legal a fin de que sea utilizada para enfocar no solo los problemas provenientes del miedo insuperable como también aquellos provenientes de psicopatologías de la más variada índole, las cuales, en nuestro medio, siguen sin ser bien comprendidas, quizá por brindar demasiada atención a los problemas de imputabilidad tal y como vienen planteados en las pericias médico-psiquiátricas.<sup>16</sup>

#### V. Evolución Jurisprudencial de la Casación:

La Sala de Casación Penal ha venido estableciendo, poco a poco, los contornos definitorios de la teoría del error en el derecho penal costarricense. Esta labor ha sido verificada a partir de la interpretación de los elementos del tipo objetivo de desobediencia a la autoridad (artículo 305 del Código Penal). Este tipo penal,

15. Ver en este sentido: BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Temis-ILANUD, 1984, p. 147.

16. Las cuales, en muy pocos casos, establecen el nivel de comprensión o de umbral mínimo de acuerdo al injusto que se está reprochando. Ha de ponerse especial interés en el estudio de estos informes a fin de proponer una valoración judicial que sea más consecuente con el sistema seguido por el Código sobre la imputabilidad penal.

por sus características, ha obligado a deslindar el área de acción del error de tipo y de prohibición, pero sin postergar la discusión fundamental sobre el problema del tipo penal y de la reprochabilidad, temas anejos y que le dan sustento al marco global de la tesis que ha venido siendo mantenida por la Sala y que recientemente ha producido un planteamiento globalizante que pretende orientar la interpretación de la Ley Penal conforme a los límites del principio de legalidad constitucional.

Dicha Sala ha definido el problema del error de tipo como un análisis de circunstancias que pertenecen al tipo objetivo pero que requieren una cierta claridad al momento del examen judicial. Así se ha entendido que el autor no puede alegar desconocimiento de los elementos del tipo objetivo cuando la ley que prescribe el deber de actuar (la orden legal) es clara y taxativa. El Voto No. 174-F de las nueve horas treinta minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra O.R.F. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, se orienta por este cauce, pero deja planteado el problema del análisis judicial de los casos de "error de hecho" como problemas referidos a los elementos del tipo objetivo, esto es, los requisitos necesarios para que el delito exista según su descripción. En el caso del delito de desobediencia a la autoridad, que fue el tipo aplicado en la especie, la orden provenía de una Ley, misma que integraba la norma antepuesta al tipo y cuya tipicidad penal debía ser conocida a nivel de los elementos cognativos del dolo.

En esta misma línea se orienta el Voto 197-F de las nueve horas del diez de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra Y.L.M. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. Aquí se vuelve a retomar el problema de los elementos que integran el aspecto cognativo del dolo, concretamente de las circunstancias que componen el tipo penal y que se conocen a nivel de tipo subjetivo. En el cuadro fáctico demostrado por el Tribunal de Mérito, el falso conocimiento o ignorancia no se dan ya que la autora conocía con claridad estos componentes del ilícito de desobediencia, y actúa con pleno deseo de realizar el tipo, conciente de las consecuencias de la infracción de la norma. Un detalle que quedó sin analizar en este caso lo fue si el consejo legal del abogado puede entenderse como una apertura de las posibilidades de error sobre la necesaria ejecución y obediencia de una orden, sobre todo cuando el mismo profesional ha dicho a su cliente que no deje entrar a nadie a llevarse los objetos a ser embargados; sin embargo, este detalle quedó de lado al no probarse fehacientemente esta circunstancia del consejo legal, la cual pudo variar el problema de fondo sobre la vencibilidad del error, sobre todo si se toma en cuenta que la mujer

pudo haber creído falsamente que su actuar no estaba sujeto a pena porque incluso su consejero legal le había indicado que evitara la entrada de cualquier persona. Esta última circunstancia apartaría la problemática del error de tipo (sobre las circunstancias que deben conocerse del tipo legal a nivel de tipo subjetivo) y se convertiría en un error de prohibición directo.

El tercer fallo, también de interés dentro de este contexto, lo es el voto No. 609-F de las once horas veinticinco minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra R.M.M por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En este voto se observó un caso en donde "lo que se incumplió no fue una orden, sino una obligación civil". El tribunal de conformidad con el cuadro fáctico contenido en el fallo, estableció que el Juzgado Penal de Osa dictó sentencia absolutoria a favor del encartado por el delito de hurto simple cometido en daño del Banco Nacional de Costa Rica. Sin embargo, ordenó al encartado la restitución del tractor en el estado en que lo recibió, a su legítimo propietario. Ahora bien, el problema radicaba en el alcance que da el juzgador a quo, a la restitución ordenada en la sentencia del Juzgado Penal. En este caso se aprecia que no se está en presencia del delito contemplado en el numeral 305 del Código Penal, pues no obstante que se hace referencia a la entrega, se observa que se trata más bien de un aspecto eminentemente civil y no penal, fijado en sentencia, ya que lo que se incumplió por parte del encartado, fue su obligación de restituir el bien al Banco Nacional de Costa Rica según se dispuso de acuerdo con el artículo 398 del Código de Procedimientos Penales. Dicho pronunciamiento en consecuencia, no constituía una orden, sino más bien una disposición de carácter declarativo sobre la existencia de la obligación de restituir el tractor al legítimo propietario, circunstancia a efectuarse a través de la vía civil. Resulta evidente que aquí ni siquiera se llega al análisis de la tipicidad legal (análisis de la adecuación al tipo descrito en la Ley Penal) toda vez que la conducta resulta no prohibida por la Norma Penal, la cual deja por fuera de la problemática penal aquellos aspectos puramente civiles, es decir, cuestiones que pertenecen a supuestos de hecho de otras normas tuteladas de manera distinta en otras zonas del Ordenamiento Jurídico. Si el análisis de tipicidad legal no se realiza, entonces la problemática del error de tipo no tiene incidencia en el análisis del caso.

El voto número 11-E, de las nueve horas con veinte minutos del diez enero de mil novecientos noventa y dos, causa seguida contra J.H.M.Z. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, la Sala vuelve a interpretar la ausencia de error de tipo



cuando, a sabiendas, el autor desobedece la orden emanada de la autoridad competente para emitirla. La Sala quiso subrayar que la orden debe emanar de Autoridad Pública y que la acción debe realizarse luego de haber sido notificada personalmente a quien debe obedecer, ya que estos son aspectos señalados por el tipo objetivo del 305 del Código Penal. En este caso queda de lado la problemática del error, concretamente del error de tipo, ya que se dan los elementos necesarios, dentro del cuadro fáctico demostrado, para tener claridad que el autor efectivamente conocía las circunstancias necesarias para que el tipo objetivo y subjetivo existiera según su descripción, cumpliéndose todos los requisitos para tener afirmada, correctamente, la tipicidad penal.

En cuando a la conducta omisiva productora de una tipicidad dolosa de desobediencia a la autoridad, destaca lo planteado por el voto 118-F de las ocho horas treinta y cinco minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra de T.V.A. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En la casación por el fondo, se tuvo como aspecto medular la orden impartida en sentencia recaída en juicio ordinario que se tramitó en un Juzgado Civil y que concluyó con sentencia que quedó firme el 24 de noviembre de 1986. La acusada no acató sin justificación alguna la orden clara y terminante de la autoridad competente de quitar las canoas. La Sala dijo, en esa oportunidad, que "...basta con la conducta negativa e injustificada de V.A. a cumplir la orden contenida en dicha sentencia, para que se configure el ilícito de desobediencia". Este fallo señala entonces, en primer lugar, la omisión de cumplir la orden como el componente descriptivo de la acción contemplada en el artículo 305 (conducta negativa), agrega, el aspecto de que no haya justificación en no cumplir la orden, en otras palabras, que la antijuridicidad de la conducta puede desaparecer cuando existe un tipo permisivo (causa de justificación) que deje el injusto incompleto, análisis que debe hacerse en el estrato correspondiente de la antijuridicidad. Este último aspecto podría también estar implicando para el caso concreto la posibilidad de errores que recaigan sobre la comprensión de la antijuridicidad, errores característicos del análisis de la reprochabilidad, es decir, que queda abierta la puerta para la existencia de errores de prohibición indirectos (sobre la falsa suposición de permisos que en realidad la Ley no concede). Por supuesto, por ser este último un análisis que pertenece a la reprochabilidad, concretamente al análisis de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer análisis exigido por el estudio de la reprochabilidad), ya deja por fuera cualquier problemática relacionada con la tipicidad, este análisis sobre la reprochabilidad viene a fundar el

reproche del injusto al autor cuando el mismo es posible cumpliéndose los requisitos de que el autor haya podido comprender el carácter ilícito del hecho y haya podido adecuar su conducta a esa comprensión (segunda fase de análisis de la reprochabilidad).

La Sala de Casación Penal, esta vez en un caso por hurto, deslindó, producto de esta evolución jurisprudencial, y como un primer intento definitorio, los ámbitos del error de tipo y de prohibición, aprovechando, al efecto, una mala interpretación judicial de un problema de extraordinaria importancia. Este voto, el 503-F, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra C.P.P., por el delito de Hurto Simple, cometido en perjuicio de G.Ch.S., la Sala sostuvo que el alcance del artículo 31 del Código Penal es el que su propio texto indica: querer el hecho tipificado y que en el expediente quedó demostrado que la voluntad de la encartada se manifiesta únicamente para hacer abandono del hogar conyugal. Resulta importante subrayar que este fallo vuelve a establecer la necesidad de un análisis por estratos, fases o niveles a fin de indagar la existencia de un injusto reprochable. Plantea claramente que el análisis del dolo debe realizarse una vez que se ha detectado que hay una acción relevante para el Derecho Penal y, luego, puede establecerse si el conocimiento de lo que se realizaba no es reprochable por cuanto no se tenía comprensión de que el hecho no estaba sujeto a pena, análisis que se realiza en el juicio de culpabilidad. Este aporte resulta de gran utilidad ya que destierra de una vez por todas la creencia muy extendida en nuestro medio de que el dolo tiene un valor de antijuridicidad (dolo malo), para proceder a eliminarle cualquier contenido valorativo y obligar al juzgador a indagar, incluso antes del estudio del error, la existencia de la tipicidad penal con todos sus elementos.<sup>17</sup>

Es así como llegamos al Voto Número 446-F del 25 de setiembre de 1992, donde la Sala, partiendo del problema del dolo en el Código Penal, ensaya un mar-

17. Sobre el tema de las herramientas necesarias para el análisis judicial por estratos y las consecuencias prácticas de su uso, puede ser consultados varios textos, cada uno desde su punto de partida particular ubican los problemas en los diversos niveles de la teoría del delito y ofrecen consejos útiles para realizar el trabajo interpretativo de la Ley Penal. Además discuten y analizan las malas prácticas judiciales y proponen caminos alternativos para la solución de conflictos sociales sometidos a la Administración de Justicia Penal. Entre otros pueden ser consultados: BACIGALUPO (Enrique), *La Técnica de Resolución de Casos Penales*, Madrid, COLEX, 1988 e ISSA EL KHOURY JACOB (Henry) y CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo), *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991.

co interpretativo de los requisitos del conocimiento exigidos por el Derecho Penal costarricense. Este esfuerzo no solo resulta esencial para delimitar el ámbito de acción del error de tipo, sino que también explora con amplitud los problemas jurídicos intermedios de la tipicidad para concluir con los requisitos necesarios del juicio de reproche.<sup>18</sup>

El examen que se realiza en esta sentencia de los problemas del dolo, delimitando las áreas de análisis del tipo y del reproche representa un aporte esencial para el desarrollo de un punto de vista basado en la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre los alcances del principio de culpabilidad<sup>19</sup> y sobre los requisitos del análisis típico.<sup>20</sup>

Resulta de obligada referencia la cada vez más fuerte presencia del artículo 39 de la Constitución Política como límite máximo de interpretación del tipo penal y de los alcances de las condiciones objetivas de punibilidad, lo que ha llevado a tomar conciencia de la necesidad de reconducir los esfuerzos del análisis judicial a un rescate del derecho penal de acto, poniendo especial énfasis en la indagación del dolo como una voluntad realizadora del tipo ajena a cualquier criterio valorativo de antijuricidad observando, dentro de

este esquema constitucional, al tipo como una herramienta de indagación del bien jurídico y de la norma antepuesta a éste. Aspecto este último que obliga, en última instancia, a entender la norma como una herramienta para entender los alcances de la protección del Bien Jurídico y no como un dispositivo amplificador de la criminalización de las conductas vía interpretación judicial, conducta esta última contradictoria con los fines del derecho penal delineados por nuestra Carta Magna.

Era necesario que se plantearan los puntos básicos de la interpretación judicial del tipo a fin de entenderlo no como un mero instrumento legal que propicia el conocimiento de la incriminación, sino como una herramienta compleja que obliga al intérprete a encontrar en su estructura los aspectos que contribuyen a desarrollar y a perfilar los fines últimos y legitimantes de la actividad jurisdiccional en esta materia.

El tema de la reprochabilidad y sus elementos constitutivos también tiene su lugar en esta resolución, planteando una discusión de lege data que había sido definida parcialmente y que en este fallo trasciende la mera problemática del error de la prohibición para convertirse en el panorama genérico del tratamiento

18. En este Voto, la Sala procede a definir con claridad los aspectos a tomar en cuenta para dilucidar un conflicto donde se establezca la posibilidad fáctica de examinar un error de tipo, el ejercicio interpretativo que se enuncia en la sentencia resulta sumamente ejemplificativo y para esos efectos se procede a transcribir el Considerando IV del mismo, donde resultan destacables el manejo de la problemática puramente procesal civil que se encuentra como base de todo el fenómeno planteado, así como el análisis de la vencibilidad del error: "...IV. El error de tipo que se produjo en la especie: Sin embargo, resulta evidente que en el Voto No. 300-C-91 (folios 70 a 74 frente) del Tribunal Superior de Puntarenas se giró una orden de derribo que debía obedecerse por las razones indicadas en el mismo fallo, no siendo atendible ninguna suspensión de esa orden, ya que el Ordenamiento Jurídico (el vigente en esa época y el posterior Código Procesal Civil) no contempla, expresamente, esa posibilidad. Los acusados actuaron creyendo en un plazo de cumplimiento que su propio abogado (conocedor de la Legislación Civil y Procesal Civil) creyó que existía. De ahí que lo que se produce en la especie sea claramente que los acusados supusieron, falsamente por supuesto, que contaban con un plazo para cumplir la orden, plazo dentro del cual se tramitaría el juicio ordinario donde se discutiría el fondo del asunto, y dentro del cual no se les podría obligar a ejecutar la orden del Tribunal. Por esta misma razón, el error recae sobre las circunstancias que hacen que el delito exista según su descripción, en efecto, obsérvese que el tipo penal del 305 exige un dolo de "desobediencia de una orden impartida por un funcionario". Este dolo requiere una voluntad de desobedecer conociendo que la orden es de inmediato cumplimiento (como ya lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala y quedó consignado en el análisis correspondiente de este fallo) y, además, conociendo que la orden emana de "funcio-

nario público" competente ("en el ejercicio de sus funciones"). Como se puede ver, el error de tipo en el que incurrieron los acusados lo fue sobre el "inmediato" cumplimiento de la orden, creyendo falsamente que tenían un plazo para cumplir, cuando éste en realidad no existía. Por existir este error sobre una de las circunstancias que debían conocerse a nivel del dolo (tipo subjetivo) resulta que se cumplen los requisitos que se han analizado para que se dé un error de tipo. Ahora bien, cabe destacar que esta Sala considera que el error es de carácter invencible, ya que los acusados cumplieron con todo el deber de cuidado que les era exigible, esto es que tomaran consejo de un profesional en derecho que les indicara sobre los pasos a seguir en relación con las consecuencias jurídicas de la orden emanada del Tribunal Superior de Puntarenas. Siendo así no se les puede exigir que superaran un falso conocimiento o ignorancia que el mismo profesional en derecho estaba propiciando al creer, de modo erróneo, que el ordenamiento jurídico establece una posibilidad de suspensión de la orden que en realidad no existe. En consecuencia, se dan los presupuestos necesarios para la existencia de un error de tipo invencible (artículo 34 del Código Penal), y el juzgador a quo dejó de aplicar, en este caso lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal, por lo que procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por el fondo. Se casa la sentencia impugnada y en aplicación del derecho sustantivo, se declara atípica la conducta de V.L.M. y de J.B.S..."

19. Sala Constitucional, Voto 88-92, Acción de Inconstitucionalidad.

20. Sala Constitucional, Voto 461-91, Recurso de Habeas Corpus interpuesto por F.C.G. a favor de L.B.O. contra el Juez Sexto de Instrucción.

del reproche en Costa Rica.

Este fallo, indudablemente, causará un cambio trascendental en la forma de comprender el problema del conocimiento en el Código, fenómeno que manifiesta sus relaciones con el conjunto de problemas de la estructura de la acción y del injusto. La forma en que vaya a ser interpretado el elemento subjetivo del tipo penal, a partir de ahora, indicará la madurez que manifiesta la dogmática penal en nuestro medio, y, por supuesto, obligará a realizar estudios profundos sobre el acomodo de este nuevo planteamiento en las instituciones de la Parte General del Código.

Quedan otros temas sin plantear en este trabajo como lo son el análisis de los problemas del error de subsunción, el error sobre la punibilidad y los problemas de la medición de la pena que establece esta jurisprudencia, sin embargo, esperamos que las investigaciones que se motiven en la lectura de este fallo reciente hagan un aporte en este sentido y en las consecuencias prácticas de los postulados sobre los que se asienta, aportes que indefectiblemente contribuirán al desarrollo de una dogmática penal consecuente con los fines constitucionales que informan el trabajo de interpretación de la Ley Penal.

Como reflexión final habría que agregar que otros fines no dichos de esta resolución podrían estar

vinculados con una redefinición de las relaciones entre el Juez Penal y la Constitución, observando a esta última como un instrumento poderoso para "racionalizar" el ejercicio del ius puniendi del Estado y para brindar "efectividad" a la sentencia como respuesta al conflicto social planteado. Sin embargo, estos fines no dichos parecen estar presentes en todo lo que se hace actualmente en materia penal, donde ya comienza a vislumbrarse una preocupación por resolver las incongruencias de una acción exagerada del Sistema de Justicia Penal en todos los ámbitos de la vida de convivencia, volviendo los ojos a la propuesta del Derecho Penal como última ratio del Estado.

Esta última consecuencia del fallo debe ser vista en el panorama de los "vientos del cambio" que empiezan a soplar en nuestro país y que parecen reconducir la reflexión penal no tanto a un minimalismo penal sino más bien hacia una "racionalización" del ejercicio del derecho a castigar en aquellos ámbitos que sean realmente prioritarios para el proyecto social costarricense. Sea esta una discusión de la criminología o de la dogmática no interesa, debe ser una pregunta de todos los costarricenses de cara a la construcción de un derecho penal realizador de los fines que informan nuestro Estado de Derecho.

# LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL

*Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo*  
Profesora Asociada Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

## Introducción

La constante preocupación por la forma en que algunas causas penales se resuelven aún a contrapelo, de las normas establecidas por el proceso penal y en especial, en lo relativo a la formación y aplicación de las normas y principios en materia de prueba, nos ha motivado aunque en un muy corto espacio, ya que hay material abundante sobre el tema, a hacer un estudio tanto desde el punto de vista sistemático como de *praxis*, a fin de exponer en forma sucinta los casos en que estamos frente a la prueba ilícita, las opiniones que en doctrina y la jurisprudencia nacional hemos encontrado, así como nuestro propio punto de vista.

El tema resulta no sólo de gran utilidad sino apasionante, especialmente porque mediante el contacto diario con el proceso penal, podemos detectar una y mil situaciones que no siempre son analizadas en la doctrina o captadas por la jurisprudencia, pero repetimos, lo escaso del espacio, nos lleva a sintetizar el plano de esta exposición.

## I. GENERALIDADES.

El examen del proceso penal, desde el punto de vista de un instrumento idóneo para la realización de la justicia en un sentido plena sea: tanto para el imputado como para la Sociedad que reclame a través de la figura del Ministerio Público, requiere indispensablemente ser enfocado no sólo desde su idoneidad técnica para lograr ese fin, sino del buen manejo que las partes y el órgano jurisdiccional hagan del mismo mediante la adecuada intervención conforme a una *fenomenología del acontecer procesal*, en relación indisoluble con las reglas del debido proceso, en lo relativo a la

problemática de la prueba, toda vez que ella será quien, dada su *calidad*, determine contra quién, el juez inclinará la balanza y "empuñe la espada"<sup>1</sup>

De ahí que la prueba debe ser no sólo válida y efectiva sino que debe generarse conforme a la ley y las debidas garantías del imputado.

El asunto pues, merece especial atención en lo que a *prueba ilegítima* se refiere puesto que dentro de esta óptica son muchas las injusticias que pueden cometerse.

Encontramos dos formas para determinar cuándo estamos frente a la prueba ilícita:

- a- La prueba ilegítima por disposición legal;
- b- la prueba ilegítima así considerada por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

## II. CONCEPTO:

La prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo.

Una definición más precisa habla no de *prueba ilícita*, sino de *prueba obtenida por medios ilícitos*.

La prueba ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con el concepto de *medio de prueba prohibido* que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho dedu-

1. Ver FAZZALARI (E), *Istituzioni di diritto processuale*, Padua 1975, pp. 167. El A., haciendo uso de una forma muy gráfica, expresa una idea sentida por todos (pero rara vez, exteriorizada) y es que necesariamente después de la cognición, es inevitable que el Juez abandone su imparcialidad para tomar partido y sentar responsabilidad en quien corresponde. En consecuencia, en el dispositivo, el juez se parcializa.

cido en proceso,<sup>2</sup> pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar<sup>2</sup>.

La problemática al respecto pareciera partir como hemos enunciado, sea de una normativa que consagre la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición derivada de la prueba misma.

Ahora bien, la característica de **ilícita** puede además, obedecer la **formación** de la prueba o su **utilización**.<sup>3</sup> La consecuencia directa que resulta es la **inadmisibilidad** de estas pruebas, aspecto que desde luego, se da en cualquier tipo de proceso, pero que en el penal se vuelve más dramático<sup>4</sup>.

Sabemos por otro lado, que dentro de cualquier sistema de pruebas las mismas pueden ser **orales o escritas, materiales y científicas, directa y mediata**. De todas ellas heremos una breve reseña.

### III. EXAMEN DE LAS PRUEBAS ILICITAS

Los criterios de determinación de las pruebas ilícitas, varían de país a país según se presenten los sistemas procesales adoptados y de acuerdo al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. Creemos en todo caso, que es a través de la doctrina y la jurisprudencia, que el sistema se agiliza y se acerca más a esa fenomenología propia de cada situación y conforme a una visión más cercana a las reglas del debido proceso. De ahí que el aporte de los estudiosos del Derecho, dentro de los cuales obviamente, incluimos a los jueces, sea de gran importancia, sobre todo porque en tratándose de los órganos jurisdiccionales, éstos tendrán la ocasión de aplicar directamente, sus posiciones<sup>5</sup>.

#### A. De los motivos de ilicitud

1- Las pruebas ilícitas que se regulan mediante la ley.

Todos sabemos que desde el ámbito netamente de la ley procesal, la primera limitación de una prueba está determinada por la **admisibilidad** o no de la misma. Sea que la primera prohibición para utilizar la prueba es la **inadmisibilidad**. De modo que de este requisito podemos derivar las siguientes situaciones:

a- En el caso de los **testigos**: la inadmisibilidad puede obedecer a vínculos de parentesco o afinidad, vínculos jurídicos sutanciales o procesales o a limitaciones a la hora del interrogatorio.

b- En cuanto al **imputado**: la forma de realizar el interrogatorio se vuelve esencial pues debe conformarse al respecto más estricto de las modalidades para ello establecidas.

c- Por prohibición de obtener prueba documental sin observar las formas debidas.

d- Por prohibición de practicar pericias acudiendo a ciertas personas o valorando ciertos objetos.

e- Por práctica de actos tendientes a preconstituir prueba de manera irregular.

f- Por reconocimientos practicados sin observar las reglas establecidas para su realización.

Para aclarar:

a- **En lo referente al testigo**: Se dan dos elementos de importancia en la selección del carácter ilícito: los que corresponden a la **capacidad** y los de **inadmisibilidad** los cuales como ya se indicó, tienen que ver con el status familiar del testigo frente al imputado. Así encontramos en nuestro Código de Procedimientos Penales en los artículos 227 y 228 la referencia al principio contenido en el artículo 36 de nuestra Constitución Política, sobre la necesidad de **advertir** a las personas que se encuentran en la relación de parentesco ahí establecida, que no están obligados a declarar en **contra** del acusado. Esto porque se trata de evitar que la respuesta puede resultar perjudicial de forma directa ya sea moral o materialmente al núcleo familiar más cercano.

Al respecto, tenemos que establecer que no en todos los casos rige esta prohibición pues de conformidad con el artículo 228 encontramos que la prohibición exceptúa el caso del denunciante querellante, el actor civil o, cuando el delito sea cometido en perjuicio de un pariente de igual grado o más próximo (parentesco, desde luego, referido a los casos citados en el 227 y 228). Situación que nos parece totalmente contradictoria, pues los intereses tutelados no cambian si la posición procesal cambia.

La interpretación de estas normas, nos lleva a

2. Ver al respecto, NUVOLONE (P), "Le prove vitate nel processo penale nei paesi di diritto latino", en *Riv. Dir. Proc.* V. XXI (II SERIE) 1966, P. 443-448. En cuanto a la segunda definición ver, VIGORITI (V), "Prove illecite e Costituzione" en *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 64, nota 2.

3. *Idem*.

4. Aquí el juez debe escoger entre el carácter decisivo de esa prueba y el respeto del acusado-culpable. VIGORITI (V), *op. cit.* p. 66.

5. Sobre el tema de la fecunda labor que puede realizar un juez en el mejoramiento y adecuación del derecho a la justicia. Ver, LAZZARO (G), "La funzione del giudice", *Riv. Dir. Proc.*, XXVI (II serie) 1971, p. 1ss. El autor define al juez como un creador de derecho siempre que debidamente capacitado, confiera al sistema de leyes, interpretaciones claras y coherentes.

pensar que el derecho de abstención puede renunciarse<sup>6</sup> y que la prevención en los casos regulados por el artículo 228 no es necesario hacerla.

El contrasentido de esta normativa viene eliminado por nuestra jurisprudencia mediante una resolución de la Sala Tercera en los siguientes términos:

*"El art. 36 Constitucional lo que consagra es un derecho a la abstención de un acto procesal y como tal es ejercitable en cualquier etapa del proceso, y desde luego no es renunciable en forma absoluta. Es decir, que el hecho de denunciar un supuesto ilícito no implica para el sujeto el deber de declarar como lo señala el art. 228 del C.P.P. Siempre y cada vez que sea necesario declarar, el pariente en los grados indicados en el art. 36 de la C.P. puede abstenerse de hacerlo sin que ello le implique responsabilidad de ninguna índole, y sin que el Tribunal pueda incorporar a la etapa del debate su declaración previa, puesto que no se está en los casos de excepción del art. 384 del C.P.P."*<sup>7</sup>

El punto además, viene resuelto en la Sala Constitucional (Sala 4ª) de manera semejante:

*"En juicio en que se hubiera procedido a incorporar el debate la declaración de los familiares en los grados del art. 36 de la C.P. o que no obstante, haberse abstenido a declarar en el mismo hubieran sido obligados a rendir deposición, tiene derecho a que se revisen sus casos conforme al art. 42 de la C.P., y de resultar necesario, a que se celebre nuevo debate en el que se advierta a las personas involucradas sobre el derecho de abstención y se respete plenamente el ejercicio del mismo"*<sup>8</sup>.

En cuanto a la incorporación de la prueba en el debate sin reiterar la prevención al pariente, la jurisprudencia nacional se pronunció siempre favorable; alegando que si el testigo había declarado en la instrucción, eso significaba que había renunciado al derecho de abstenerse<sup>9</sup>.

En la práctica con frecuencia sucede que el interrogado al hacérsele la prevención, se confunde y aunque esté dispuesto a declarar, se abstiene. Creemos que esto obedece a que la prevención no se plantea en forma clara; tomando en cuenta el nivel socio-cultural de la gran mayoría de testigos o su escasa experiencia en el "mundo de los procesos", lo que no les permite comprender los términos jurídicos con que formula. Una buena práctica -y de hecho, algunos jueces lo hacen, (aunque pocos)- sería adecuar el lenguaje de manera que pueda ser bien interpretada. Esta obser-

vación creemos que debe ser tomada en cuenta específicamente, en los casos en que el testigo se presente como testigo de descargo caso en el cual por una errónea interpretación se atemorize al oír que "puede abstenerse pues no está obligado a declarar en contra", pues teme incurrir en un ilícito y entonces prefiere guardar silencio y el efecto inmediato, es que el imputado se queda sin prueba cuando son sólo parientes de esa categoría o cuando es sólo uno el testigo pariente y no depone.

Por la forma expresa en que se regula la prohibición para abstenerse la prueba testimonial realizada sin hacer la debida prevención, podemos clasificarla entre aquellos que la ley regula la ilicitud de la prueba.

Por otro lado, la **inadmisibilidad** del testimonio a nivel procesal o sustancial, tiene que ver con condiciones que de alguna manera ligan a los testigos con los hechos que se investigan en un determinado proceso. Así el artículo 234 del Código de Procedimientos Penales en su párrafo 1º dice que los testigos serán juramentados excepto

*"...los menores de diecisiete años y los (testigos) que en un primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga u otro conexo."*

Observemos que ello sucede dentro del campo puramente procesal y en defensa de la objetividad que se impone en la prueba testimonial atendiendo la situación concreta del testigo con la causa.

Es evidente que ante todo, se tutela al testigo

6. Cas. Sala Tercera, no. 226-12 Nov. 1985. Se refiere a la renuncia hecha por la esposa del imputado.  
Cas. Sala Tercera, No. 291-12 Dic, 1986. Sostiene que la concubina no está dentro del 227, por eso no debe ser prevenida. Aquí la cuestión creo que merece un poco más de pensamiento pues la condición de la conviviente, dependiendo de la relación; si es estable o no, con el imputado, podría gozar de este derecho. Ello tomando en cuenta además, que lo que cuenta es el compromiso moral de la misma (dados los lazos afectivos) y el temor de perjudicar al acusado con su declaración. Situación que parece ser igual si el vínculo en lugar de ser de hecho es de derecho. Desde luego, que la determinación del juez en estos casos debe ser discrecional: acudiendo, a la información que arroje la declaración sobre la **estabilidad y exclusividad** del vínculo de la pareja y la procreación de uno o varios hijos dentro de esa relación. Este es otro caso, en que algunos tribunales, aceptan realizar la prevención.
7. Cas. Sala Tercera, No. 196 -10 mayo- 1991.
8. Sala Constitucional, No. 264, 6 febrero, 1991.
9. Cas. Sala Tercera, No. 226, 12 nov., 1985. Aquí la deponente era la esposa del imputado.

para preservar su situación personal frente al hecho y no comprometerla más allá de lo que en derecho corresponde ya que durante el interrogatorio se corre el riesgo de una declaración que lo pueda perjudicar. Un poco creemos, esta disposición, tiene relación con la ya analizada sobre el derecho de abstenerse en el caso de hechos personales que signifiquen una declaración contra sí mismo. Pero, básicamente se aduce que esta prohibición busca, evitar que el testigo que no sea perjudicado en caso de ocultar la verdad por temor al eventual daño que puede causar.

También otra limitación procede en razón del llamado **secreto profesional**<sup>10</sup>.

Esta prohibición tiene íntima relación con el tipo de la actividad que el testigo realiza, pues dada su naturaleza, es receptor de determinada información que le ha sido **confiada** precisamente, en ocasión del ejercicio de la misma. Se habla además, de **secreto de oficina**, pues se considera que el deber del secreto profesional se extiende a los sujetos que desempeñan cargos en oficinas públicas y que por ello lleguen a tener conocimiento de información relacionada con hechos objeto de una acusación o secretos de Estado.

Debe quedar claro que aquí se de **no un derecho de abstención** como vimos antes, sino un **deber de abstención**. No obstante el mismo puede ser levantado por el interesado mientras no se trate de un ministro de culto admitido (art. 229, párrafo 2º).

En el Código de Procedimientos Penales encontramos que el citado artículo 229 nos habla de:

*"estado, profesión u oficio y específica quiénes están cubiertos por el secreto profesional: abogados, notarios, médicos, farmacéuticos, obstétricas y funcionarios públicos sobre secretos de Estado."*

Dentro de las prohibiciones tenemos además, de las que califican **a la persona**, aquellas que califican la **forma del interrogatorio** y que están ligadas también de alguna manera, a la condición sustancial del testigo. Esta podríamos decir, es una limitación en sentido procesal, que impide obtener del testigo respuestas mediante la formulación de preguntas **sugestivas** (art. 95 párrafo 3º). Es decir, preguntas que en su planteamiento, conllevan la respuesta sugerida o que afectan la sinceridad del interrogado.

Tampoco podrán plantearse preguntas de hechos ajenos a los que forman base de la acusación (art. 224 y 95 pfo. 2º C.P.P.), así como tampoco se puede pedir al testigo que haga apreciaciones. Sólo si el declarar sobre el hecho, las apreciaciones personales, son parte de la declaración.

Así por ejemplo, no dice Nuvolone:

*"No deben deponer sobre la moralidad del imputado o de otras personas, salvo si por los hechos específicos que se refieren al acuerdo, sean útiles para calificar su personalidad en relación al delito o para descartar o confirmar su calidad de persona socialmente peligrosa. También puede utilizarse para determinar la personalidad del ofendido si ello resulta necesario para valorar el hecho cometido por el imputado"*<sup>11</sup>.

Sin embargo, si leemos con detenimiento el artículo 95, podemos notar que no se hace referencia a esta prohibición de hacer apreciaciones en materia penal, como si se regula para el caso de interrogatorios de testigos en otras materias. Así encontramos en el Código Procesal Civil artículo 358, pfo. 4º, esa limitación<sup>12</sup>.

**B- Interrogatorio del imputado. (artículo 276, 278, 279, 280, 277 en relación con el 189 todos en relación con el 40 de la Constitución Política).**

De suma importancia lo concerniente a la declaración del acusado. El punto como es sabido, constituye un tema de discusión en la doctrina del proceso penal.

Ciertamente el imputado no es un testigo en el proceso penal de corte romano-germánico<sup>13</sup>, pero es

10. Ver CORDERO (F), *Procedura Penale*, 1979, p. 305-306.

11. NUVOLONE (P), *op. cit.* p. 454.

12. En cuanto al tema de prueba testimonial ilícita encontramos un caso de sumo interés por cuanto de forma muy grave afectó las garantías del imputado en el proceso. Se trata de una causa en donde la prueba testimonial, sirvió para privar de su libertad el imputado, siendo este testigo persona que no apareció en el domicilio señalado en la acusación, pues se trataba de un lote vacío, además por informes del Departamento Electoral del Registro Civil, no apareció tampoco en el padrón electoral y nunca poseyó cuenta cedular.

No obstante que el Ministerio Público puso en conocimiento de tal circunstancia el juez por petición de la Defensora Pública del imputado quien descubrió la irregularidad, el juez no dispuso la libertad del imputado. La defensa el plantear el Habeas Corpus, obtuvo respuesta positiva de la Sala Constitucional en el sentido de que el juez **menospreció** la posible nulidad del testimonio y por ello no remedió el vicio, violando "las garantías que protegen al imputado durante todo el proceso penal". Sala Constitucional, No. 640 -marzo 22 1991.

13. En los sistemas de Common Law (Derecho de Precedentes Jurisprudenciales), el imputado sí adquiere el rango de testigo. Ver al respecto un amplio estudio en CAPP'ELLETTI (M), *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* parte 2ª, Milán, 1962, pp. 421-55.

obvio que si el mismo no se abstiene de declarar, de su manifestación y el respectivo interrogatorio, puede obtenerse una gran cantidad de elementos que servirán para la decisión de la causa.

La declaración del imputado dado ese carácter particular del que goza éste, debe celebrarse dentro del más estricto respeto a las garantías del debido proceso.

Se debe pues encuadrar dentro de garantías tales que impiden a los órganos inquirentes acudir a métodos contrarios a las libertades de la persona y a su dignidad<sup>14</sup>.

Es claro, entonces que se trate de salvaguardar el derecho del imputado desde el inicio de su intervención. De ahí que ante todo, se le concede el derecho de guardar silencio, sea que **puede abstenerse** aunque no está obligado, pues su libertad de declarar no solo va desde esta capacidad de decidir su silencio, hasta **confesar o mentir** (salvo, la calumnia).

Si su decisión es declarar, el interrogatorio será la pieza base a partir de la cual se exigirán las garantías señaladas y que deberán cumplirse dentro de un concepto de **lealtad** por parte del juez y el Ministerio Público para que no se vulnere el **derecho de defensa**.

Por eso dentro de la ilegitimidad en la obtención de respuestas se incluye el **artificio** o la **astucia** de que hagan uso quienes interrogan al acusado. Así como la **amenaza** o **cacción** o interrogatorios de larga duración.

Finalmente, su silencio tanto como su declaración serán valorados con las reglas de la sana crítica. Esto quiere decir, que el juez deberá observar la mayor objetividad a fin de no concebir **presunciones de culpabilidad**.

Ahora bien, esta tutela que hemos descrito no se acuerda sólo en sede de interrogatorio **judicial**. El deber de respetar las garantías y derechos del imputado, se extiende a la declaración obtenida ante **oficiales de policía**<sup>15</sup>.

La coerción física y moral contra los imputados tendiente a obtener la confesión está prohibida en todos los países donde la Constitución es marco de referencia obligado: Esa **brutalidad** en muchos casos empleada por la policía durante los interrogatorios las cuales además, son de larga duración, hoy son rechazados pues conducen a reducir al individuo en sus capacidades morales y físicas hasta llevarlo a un **vértigo mental** que finalmente confiesa o se atribuye cargos que no le corresponden y así evitar más sufrimiento.

Se dan también dentro de las investigaciones policiales otros métodos que pueden atentar contra la dignidad humana, tales como grabaciones utilizando aparatos receptores ocultos, método que a todas luces, se muestra desleal y que francamente violenta la intimidad del investigado.

Otros tipos de métodos empleados por la policía es la llamada **revelación inconciente**. Es la obtención de información utilizando narcóticos (suero de la verdad) sea el llamado **narcoanálisis**, que también no cabe duda, es una modalidad contraria al respeto de la integridad humana, pues con ello anulan la voluntad del interrogado generando una vulneración inexcusable de la integridad física y psicológica del acusado. En nuestro medio tales métodos no se utilizan<sup>16</sup>.

La gama de métodos empleados en sede policíaca pareciera ser amplia y variada no obstante, no siempre es conocida por cuando estos interrogatorios se efectúan como medidas preliminares en ausencia del defensor y en muchos casos, se puede acudir a medios de difícil detección pues no dejan "**signos externos**" que permiten percibirlo a simple vista.

Dentro del interrogatorio del imputado que regula nuestra ley, notemos dos puntos negros que siempre nos ha llamado enormemente la atención. Y es que nos parece contradictorio que por un lado se presente la normativa aparentemente enmarcada dentro de los lineamientos que exige el respeto a las garantías y dignidad de la persona y por otro se menoscaban. Explicamos de qué se trata.

Ya hemos señalado que uno de los principios constitucionales que más se han tutelado a la hora del interrogatorio del imputado es aquel del derecho de no declarar contra sí mismo. No obstante, encontramos que el artículo 227 dentro de la lista de puntos que sirven de base para el interrogatorio, señala que el imputado se le pedirá que informe sobre sus antecedentes penales. Es totalmente absurdo que existe una

14. Un análisis de sumo interés sobre las garantías del imputado a lo largo de todo el arco procesal en voto No. 1331, 23 oct.-1990 de la Sala Constitucional.

15. En la jurisprudencia nacional las declaraciones obtenidas ante la policía son reconocidas como válidas dado el hecho que se hace bajo los sentidos de los oficiales y porque unidos a otros elementos corroboran los hechos. Cas. Sala Tercera No. 224, 28 agosto-1987. Trib. Sup. Puntarenas No. 140, 6 agosto, 1987.

En otra sentencia en cambio el punto de vista es en contra de la anterior posición: "...el simple hecho de la detención y de las autoridades judiciales y sus prácticas policiales, constituye una innegable alteración de la voluntad y del razonamiento normal con que una persona viene a declarar como imputado; admitir una inculpación en tales circunstancias, representaría una clara violación del principio de efectiva defensa en juicio a que tiene derecho el inculpaado a la vez, que atenderá contra el principio de inmediación de la prueba". Cas. Sala Tercera No. 53-18 mayo, 1986.

16. CARNELUTTI (F); "Diritto dell' imputato agli sperimenti sul suo corpo", *Riv. Dir. Proc.*, XI-parte II, 1956- pp. 270 ss.



disposición como esta, en donde sin duda alguna, se le pide una información que lo perjudica y que además, es función del despacho judicial obtener por los medios y formas que la ley la confiere y no a través del acusado mismo.

Por otro lado, tenemos el 373 que en su pfo. 2º, nos dice que el momento de la audiencia oral, si el imputado se negara a declarar, se le leerá o incorporará la declaración hecha en la instrucción. Lo más interesante es que se le hace siempre la prevención del derecho de abstenerse. Entonces, si el imputado decide guardar silencio ¿por qué se le incorpora la declaración? ¿Es que esa prevención se vuelva puramente en un **ritual** en el debate?

No parece nada lógico ni respetuoso de la libertad que la ley confiere al imputado el derecho de abstenerse y si éste opta guardar silencio, se le incorpore por lectura la declaración. Esa decisión debe ser respetada, sino estamos ante una patente incoherencia que no tiene ninguna justificación. Máxime si es la audiencia oral la que realiza las veces del **gran escenario** para que el juez pueda percibir en forma **inmediata** el material cognocitivo para opoyar su proveído final. Es decir, ya no se trata de la etapa **instructiva** la cual queda atrás, en la medida en que a estas alturas la prueba se evacuará bajo otras condiciones por lo que en especial, la prueba oral deberá ser recabada de nuevo dejando de un lado la forma y el contenido de la instrucción al menos en lo sustancial ya que en algunos casos, tendrá un valor más que todo, de **referencia histórica obligada** si no hay otras alternativas por lo que es solo **supletoria** a falta de... pero no **sustitutiva**.

### C. La prueba documental

Este resulta también de importancia dentro del proceso penal pues en un documento podemos encontrar representado un hecho o un pensamiento que confirme o dé luz de la existencia de un delito<sup>17</sup>. Desde luego, que para este efecto no estamos partiendo de un concepto específico de documento cual sería aquel ligado a la consignación **escrita** de ese hecho o pensamiento que desde luego, con en sí **actos documentados**. Pues hoy día se nos habla de otro tipo de documento ya que éste puede comprender incluso el cuerpo del delito en escrito o como objeto en sí mismo.

El concepto de documento como **escrito** con el avance tecnológico ha ido perdiendo exclusividad<sup>18</sup>.

En lo relativo a la formación u obtención ilegítima de documentos de nuevo, juegan un papel importante las investigaciones o acciones preliminares desplegadas en sede policial. Los decomisos, regis-

tros, requisas y apertura de documentos en manos de privados, deben regirse por las más estrictas medidas de respecto al domicilio, la privacidad, la propiedad, el secreto profesional etc. Este apego a normas que garantizan el respeto de la persona humana y su patrimonio, deben desde luego, también aplicarse en sede judicial, pues la policía podría llevar a cabo ciertos actos que signifiquen entrada al domicilio (allanamiento), decomiso y registro de pertenencias y habitaciones, durante la tramitación del proceso (previamente autorizado por la autoridad jurisdiccional correspondiente), tales actos, deben encontrar límites en ese mismo sistema de garantías.

Así encontramos establecidas las reglas dentro de las cuales deben efectuarse tales acciones en los artículos 290 a 223 del C.P.P.

Un caso específico en que el juez puede realizar directamente actos tendientes a obtener prueba documental están regulados en el artículo 201 y ss. Particular interés se presenta con el 204 que autoriza la **inspección corporal y mental**, para lo cual se exige el respeto al **pudor** del imputado o del tercero que sea también sometido a dicho examen por razones de "grave y fundada sospecha o absoluta necesidad"<sup>19</sup>.

Desde luego, que de todas maneras, el juez se verá obligado a no trascender los límites en los demás casos para no invalidar la prueba ya que además deberá inspeccionar no sólo personas, sino también lugares y cosas que implique vulnerar garantías como las citadas.

Otro tipo de violación puede darse en el caso de la llamada **correspondencia oral** cuando ésta es interceptada toda vez que se da a través de la vía telefónica. El punto se encuentra regulado en el artículo 221 del

17. CARNELUTTI (F), *La prova civile*, Roma 1947. DENTI (V), "La natura giuridice della prova", *Riv. Dir. Proc.*, 1969.

SATTA (S), *op. cit.*, p. 279, ss. ROMERO PEREZ (J.E.) *La prueba documental en el proceso civil de Costa Rica*, 1981, habla de la importancia del documento para el juzgador a la hora de dictar su sentencia y de ahí que el concepto de documento debe ser amplio.

18. El concepto se amplía notablemente en nuestro Código Procesal Civil en su artículo 368: "Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, los discos, las grabaciones magnetofónicas y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo." Ver, también ROMERO PEREZ, *op. cit.*

19. Las limitaciones en lo relativo a la apertura de documentos en los casos en que se ponga en peligro el secreto profesional de oficinas públicas o secretos de Estado, alcanzan a los órganos policiales y al juez mismo. Este aspecto no se ve tratado en el C.P.P., pero no cabe duda que es de gran importancia tomar en cuenta esta posibilidad.

C.P.P. en donde se autoriza esta interceptación y que es de todos sabido fue declarada inconstitucional<sup>20</sup> y por ello se promovió la modificación del artículo 24 de la Constitución el cual prohíbe la violación de "documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República", reforma que tiende a armonizar la Constitución con el 221 a fin de contar con el recurso de la **intervención telefónica** en la lucha contra el alcance, casi implacable, del narcotráfico. Pero no obstante, que el motivo que induce a tal reforma es loable, lo cierto también es que en materia de respeto a las libertades públicas y la tutela de la intimidad, no podemos claudicar.

#### D. La prueba pericial<sup>21</sup>. (artículos 238 a 252 C.P.P.)

Consiste antes que en una prueba en un **auxilio técnico** para el juzgador a fin de que pueda sustentar su decisión, también sobre limitaciones pues ella puede ser obtenida de forma irregular por ejemplo, ejerciéndose sobre objetos que no pueden valorarse pericialmente (como sería la **habitualidad**, la **profesionalidad**). Quedan en entredicho también, las valoraciones psíquicas y clínicas de la personalidad y carácter del imputado que no tengan que ver con **causas patológicas** del mismo. En este sentido encontramos el artículo 50 del C.P.P. en relación con el 71 del Código Penal. Aquí se habla de un examen mental obligatorio. Este examen tendrá efectos para la fijación de la pena toda vez que: "Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales...", serán solicitadas al Instituto Criminológico quien deberá rendir un informe al respecto.

De importancia suma es aclarar que la pericia nunca debe ser orientada para que el perito establezca la verdad o la existencia del hecho y la participación en el mismo del acusado. Es necesario que no se confundan la labor del juez y la del perito, ya que es el juez quien debe realizar el juicio que establecerá esa existencia del hecho punible y el autor responsable.

El sistema de **libre convicción** el valorar la prueba le permite al juez apreciar bajo las reglas de la sana crítica, el material que le proporciona el perito y así impedir que sea el perito el que decida el resultado del proceso. En nuestro medio vemos cómo con frecuencia, los dictámenes periciales vienen asumidos con carácter casi de **prueba legal**. El ejemplo típico lo tenemos en los casos de falsedad de documentos en donde números y letras se valoran mediante examen de grafoscopia. En diversas ocasiones es de todos conocido, no se obtiene la información correcta de ellos pues se han dado casos en que la persona ha elaborado el documento y el dictamen arroja un resultado nega-

tivo y en otras ocasiones la persona niega rotundamente el cargo e incluso se somete a nuevas pruebas (levantamiento de nuevos cuerpos de escritura), y como se utilizan criterios idénticos a los del primer cuerpo, y lo hacen los mismos técnicos en con mismos métodos, se procede a ratificar con lo que se causan enormes perjuicios ya que los jueces se apegan a dichos dictámenes. Creemos que ante la experiencia que nos muestra casos contradictorios y en causas donde el juez cuenta con otros medios para descartar el dictamen, ese fiel apego no tiene razón de ser. Sobre todo porque debe apreciarse con las reglas de la sana crítica. Encontramos en estos casos una evidente insuficiencia en el modo y garantías en la formación de la pericia y posiblemente una inidoneidad por falta de capacitación y equipo que se traduce en evidente violación de las garantías del imputado en la demostración de su inocencia.

Se exige en forma indisoluble, que las pericias sean documentadas y comunicadas al defensor. Se exceptúan las efectuadas por la policía o el Ministerio Público en forma preliminar. Esta disposición busca el cumplimiento del principio del **contradictorio**: el juez no puede decidir sin que antes haya sometido el material probatorio, el control de las partes. Consagra tal principio el artículo 39 de la Constitución Política. Así también, el artículo 243 C.P.P.<sup>22</sup>.

20. Por un pronunciamiento de la Sala Constitucional, se determinó la imposibilidad dentro del marco constitucional, en el sentido de que nadie puede ser privado ni aún quien es imputado en una causa penal, dentro de un sistema democrático, de su "derecho a mantener reserva sobre ciertas actividades u opiniones suyas y obtener amparo legal para impedir que sean conocidas por otros en especial cuando para conocerlas deban emplearse procedimientos clandestinos"... Y así lo confirma la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José el cual cita la Sala en este voto en su artículo 11. 2-3 "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio, en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación" "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". Sala Constitucional. Voto No. 1261-9 oct. 1990.

21. Ver, DENTI (V) "Perizie, mullite processuali e contraddittorio", *Riv. Dir. Proc.*, XXII (II Serie) 1967 p. 395. Considere el autor la pericia como una fuente de información para el juez pero no como medio de prueba. En efecto observamos cómo la doctrina ha ido evolucionando hasta considerar la pericia sólo como una forma para integrar la actividad cognocitiva del juez. DENTI (V), *Nullita degli atti processuali civili*, en *Noviss. Dig. It.* XI, Turín 1965, p.473.

22. Algunas veces nuestra jurisprudencia se ha referido al punto. Es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Limón No. 162 del 21 de agosto, 1987, en el sentido de declarar nulo el informe sobre el análisis de marihuana por no haberse notificado al imputado "violando así su derecho a intervenir".

El hecho de que las investigaciones periciales en sede policial o del Ministerio Público, no se notifiquen a las partes, nos lleva a pensar que el principio del contradictorio, para efectos de instrucción preliminar se aplica en forma **parcial**.

En el caso particular de la pericia, dada la importancia que posee para la decisión del objeto del proceso, compartimos totalmente la idea de conferir al perito la categoría de testigo. Esto porque son muchos los problemas que suscita la consulta pericial. Veamos:

En primer lugar, nuestros jueces, violan regularmente los términos establecidos en el artículo 245 del C.P.P., ya que en este se dice claramente, que el juez "dirigirá" el dictamen, formulará las cuestiones a elucidar, fijará el plazo en que debe expedirse y si lo juzgare conveniente, asistirá a las indagaciones".

Lo usual entre nosotros es que se solicite el dictamen y que éste se vierta sin que el juez puntualice los aspectos en particular sobre los que requiere información. Así, el resultado no es siempre el que la situación amerita y encima de eso, no se adjunta en todos los casos, por parte del perito, el método empleado para obtener el resultado que se consigna. De modo, que la memoria que se envía debería ser provisional hasta tanto el perito no pueda ser interrogado de viva voz por el juez y las partes. De ahí que lo conveniente sea llamar siempre al perito en calidad de testigo. Claramente, como testigo técnico. No en vano se ha dicho que "tanto el testigo técnico como el perito"... son instrumentos de los cuales se vale el juez para formar su propio **visus** sobre el tema histórico del proceso"<sup>23</sup>

Ello contribuiría además con el verdadero respeto al principio del contradictorio en este tipo de información. Conviene que "esa integración del conocimiento del juez" se logre mediante una fórmula dialéctica"<sup>24</sup>.

#### E. Formas irregulares de preconstruir pruebas en sede policial

Interesante es también hacer referencia aquí a los informes policiales e incorporados por lectura al debate. Es claro que este mecanismo no debería operar ya que, sólo puede proceder si se cuenta con la presencia de los investigadores que lo realizaron para permitir su examen en forma verbal y directa (inmediación). Ello porque no es posible que siendo el proceso penal **acusatorio** en especial en la audiencia oral, se incorporen pruebas documentales sin agotar la posibilidad de oír a los protagonistas. Este fenómeno se extiende al interrogatorio de testigos. Es frecuente, la incorporación por lectura de declaraciones e informes ante la incomparecencia de las personas llamadas. Creemos

que no debería ser así pues, con ello el proceso, se vuelve en un puro trámite burocrático que se realiza sólo para cumplir con una agenda. La **audición y percepción** visual de los testigo se vuelve esencial en proceso como técnica para administrar justicia de ahí que la renuncia a preguntar, repreguntar y observar directamente al deponente debe ser excepcional y no la regla como está sucediendo en nuestro medio con evidente perjuicio en la solución acertada de la causa. Un fenómeno muy frecuente es también la **confesión del imputado por referencia** de los policías, problemas que se agrava con la incorporación por lectura del informe policial<sup>25</sup>.

Creemos que ello violenta claramente el principio de **indivisibilidad de la confesión**, toda vez que es lógico que uno o unos oficiales de policía no van a atender este requisito y en todo caso, es el juez el que junto con las partes podrá discernir el respeto de este principio cuando lo realice en **pleno** contradictorio<sup>26</sup>.

Otro medio de formar prueba es el que se realiza mediante el llamado "operativo". Este sucede en sede policial y consiste en una modalidad de investigar al o los sospechosos de delitos acudiendo a una secuencia de "representaciones" en donde los oficiales de policía encubiertos hacen las veces de "hombres de la calle"

23. CORDERO (F), *op. cit.* p. 170. DENTI (V), "Testimonianza técnica", *Riv. Dir. Proc.*, 1962, p.

24. GRASSO (E), "La collaborazione nel processo civile" en *Riv. Dir. Proc.* 1966. CAPPELLETTI (M), "Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale" en *Giust. Cost.*, 1961.

25. Nuestros jueces son muy dados a incorporar las confesiones del imputado, recogidas mediante el interrogatorio que se realiza en sede policial como ya analizamos, y que puede ser obtenida por medios ilícitos circunstancia que, sólo mediante la presencia de los policías en el debate, podrá indagarse. El problema grave, se da cuando el informe policial se incorpora sin que haya habido ocasión de repreguntar a dichos oficiales. Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado algunas veces en contra de la confesión obtenido ante la policía por ser producto de una presión aún con la simple detención. Cas. Sala Tercera No. 131 - 7 agosto 1984 Cas. Sala Tercera, No. 53 - mayo - 1986 Trib. Sup. Secc. 1ª, No. 82-2 mayo - 1985

26. Nuestra jurisprudencia ha considerado ilícita la confesión que viola la indivisibilidad de la confesión: Se dice que no puede constituir medio de prueba acusatorio si es el único medio de prueba. Cas. Sala Tercera N° 12-29 Enero-1986. Esta resolución se complementa manifestando que se puede dividir la confesión en presencia de otras pruebas pero solo con la inmediación del Juez. Cas. Sala Tercera, No. 12-29 enero - 1986. Esta resolución se complementa manifestando que se puede dividir la confesión en presencia de otras pruebas pero sólo con la inmediación del juez.

para dar con el responsable toda vez que se involucran directamente en los hechos ya sea siguiendo el sospechoso o participante en los mismos. Es ya aceptado en nuestro medio, que la acción delictiva debe desarrollarse en forma espontánea y sin que el oficial influya o provoque de manera alguna el hecho. De ser así, la prueba es indudablemente ilícita pues pareciera que aquí el sospechoso no actúa voluntariamente sino que ha sido inducido. El método se ha dicho podría funcionar si la acción policiaca tuviera como finalidad **confirmar** (no provocar) la acción delictiva (delito experimental)<sup>27</sup>.

La otra situación que se presenta es en el relativo a los **reconocimientos** tanto en sede policial como judicial.

Los artículos 255 al 260 de nuestro C.P.P. regulan la figura del reconocimiento. Este medio de prueba consiste en una potestad del juez quien podrá ordenarlo para obtener la identificación del imputado por parte de quien alegue haberlo visto en la comisión del ilícito.

En las reglas para su cumplimiento se establecen exigencias fundamentales, de modo que en ausencia de estos requisitos, la prueba será ilícita.

La vulneración de esas exigencias es muy frecuente en especial, durante las audiencias de debate ya que dada la presencia de los testigos y del imputado, los jueces o el Ministerio Público se aprovechan para pedir, mediante el interrogatorio de testigos, el reconocimiento del acusado. Acto que resulta a todas luces irregular pues el 256 ss., dice claramente, que debe haber un previo interrogatorio del testigo que va a reconocer para que describa al sujeto y luego evitando en todo momento que quien va reconocer puede ver al acusado, éste será colocado en una fila con otras personas de características físicas semejantes a fin de que quien reconoce, pueda distinguirlo sin lugar a dudas. Sea que el reconocimiento en la Sala de debate, nada tiene que ver con el que la ley establece, pues resultaría muy simple saber que quién está al lado del defensor es el acusado, y así identificarlo aunque sea sólo por inculpar a alguien pues es lógico que el ofendido no podrá observar la objetividad ante tan magnífica ocasión.

También la violación se da con los **reconocimientos fotográficos**. Por lo general, se da más en sede policial. Sucede que conforme al artículo 258, éste sólo procede si el imputado no ha **podido ser habido**. El problema que aquí se presenta, es que ignoramos cómo lo realiza la policía pues lo único que llega a poder del juez y las partes es la fórmula que levanta a modo de acta, la policía judicial. Ello evidentemente, hace dudosa la seriedad de la prueba en su obtención,

lo que desde luego, debe remediarse, apenas el juez cuente con la presencia del imputado. Es nuestra opinión, que ese reconocimiento realizado en sede policial, debe descartarse cuando la circunstancia que le dio origen, desaparezca. Nuestra jurisprudencia ha reconocido que éste debe ser subsidiario sobre todo porque debe realizarse con base en los artículos 191 y 192 del C.P.P. Sea, en presencia del defensor<sup>28</sup>.

#### IV. NEXOS DEL DERECHO PROCESAL CON EL DERECHO PROCESAL CIVIL EN LA OBTENCION DE PRUEBA.

Por regla cada sistema procesal tiene sus propias reglas. No obstante, la unidad del Derecho lleva a ciertos momentos en que se dan **conexidades**. En cuanto a la prueba, sucede que en materia penal, algunas veces, la prueba civil tiene vigencia. Es el caso particular de la prueba sobre el **estado civil de las personas** la cual debe obtenerse a partir de una certificación del Registro Civil. Y así lo establece el artículo 198 C.P.P.<sup>29</sup>. En este artículo se habla de que las reglas "serán aplicadas en la instrucción", pero tal situación es evidentemente un error pues deben cumplirse en cualquier estado del proceso<sup>30</sup>.

#### CONCLUSIONES

Al "finalizar" este estudio tal vez lo primero que podemos deducir es que el problema planteado por la prueba ilícita debería ser tomado en cuenta para un análisis más profundo ya que como pudimos observar, la prueba es un pilar fundamental para la resolución justa o injusta de una causa penal y el punto en nuestro medio no parece haber interesado mucho ni a los estudiosos del Derecho ni a la jurisprudencia nacional.

El principio de esta problemática parece evidentemente radicar en la relatividad que a la hora de

27. En Costa Rica ver al respecto, LEAL VEGA (J). *El agente provocador*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1983. También, Cas. Sala Tercera, No. 188, oct. 9-1984.

28. Cas. Sala Tercera, No. 16 - 2 de enero, 1986.

29. En nuestra jurisprudencia encontramos casos específicos como el rechazo de una fe de bautismo por no tratarse de una certificación de nacimiento. Cas. Sala Tercera, No. 205-15 oct., 1985.

30. Ver, también sobre el punto CASTILLO BARRANTES (S.E.), *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, Colegio de Abogado, 1977, p. 61.

aplicar las normas por los diferentes jueces, se opera en el campo material aún cuando ellas pertenezcan al grupo de pruebas legalmente establecidas. Es decir, aún cuando por ley se disponga sobre los límites para la "pureza" de la prueba, la violación de los mismos puede suceder y de hecho, sucede.

Creemos que la prueba es el elemento procesal más susceptible de ser alterado. Su manipulación como vimos se da en varios momentos: uno es a la hora de formarla, otro al aplicarle y finalmente en el momento de la decisión judicial. Es nuestra opinión que el fenómeno se da siempre que se ignore el significado de ella: La prueba en materia penal es sinónimo de garantía y como tal debe manejarse tanto en la fase de formación (normalmente en sede policial) como al introducirla en el proceso y finalmente al momento de apreciarle por parte del juzgador quien debe acudir a

los más estrictos criterios dentro del esquema de la libre convicción (sana crítica) para no mancillar esa condición pues la naturaleza de garantía la convierte en imperativa, de ahí que cada vez que la prueba venga vulnerada y se le niegue este carácter de garantía en el proceso penal, la consecuencia lógica es la nulidad absoluta de ésta. Y como es lógico, los efectos que de ella promanan.

No podemos dudar de que cuando el juzgador basa su decisión en una prueba ilícita no viola la norma que disciplina el método para adquirir, aplicar o valorar la prueba sino que viola directamente la norma que lo vincula a juzgar conforme a pruebas legítimas. En conclusión, la valoración realizada en sede de decisión no es un mero acto de validez sino de un juicio que se apoya en la prueba válida.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS:

FAZZALARI (E), Istituzioni di diritto processuale, Padua 1975.

CORDERO (F), Procedure Penale, 1979.

CAPPELLETI (M), La testimonianza della parte nel sistema dell' oralità, 1962.

CARNELUTTI (F), La prova civile, 1947.

ROMERO PEREZ (J.E.), La prueba documental en el proceso civil de Costa Rica, 1981.

LEAL VEGA (J), El agente provocador, tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1983.

CASTILLO BARRANTES (S.E.), Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal, 1977.

### REVISTAS:

NUVOLONE (P), "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino", Riv. Dir. Proc., 1966.

VIGORITI (V), "Prove illicite e Costituzione", Riv. Dir. Proc., 1968.

LAZZARO (G), "La funzione del giudice", Riv. Dir. Proc., 1971.

CARNELUTTI (F), "Diritto dell' imputato agli esperimenti sul suo corpo", Riv. Dir. Proc., 1956.

DENTI (V), "La natura giuridica della prova", Riv. Dir. Proc., 1969.

DENTI (V), "Perizie, nullità processuali e contraddittorio", Riv. Dir. Proc. 1967.

DENTI (V), "Testimonianza tecnica", Riv. Dir. Proc. 1962.

GRASSO (E), "La collaborazione nel processo civile", Riv. Dir. Proc., 1966.

CAPPELLETI (M), "Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale", Giust. Cost., 1961.

### JURISPRUDENCIA:

Cas. No. 226 - 12 nov. 1985. Cas. No. 291 - 12 dic. 1986. Cas. No. 196 - 10 mayo - 1991. Sala Constitucional Voto No. 264 - 6 febrero - 1991. Cas. No. 226 - 12 nov.

1985. Sala Constitucional Voto No. 640 - marzo 22 de 1991. Sala Constitucional Voto No. 1331 - 23 oct. - 1990. Cas. No. 224 - 28 agosto - 1987. Trib. Sup. de Puntarenas No. 140 - 6 agosto - 1987. Cas. No. 53 - 18 mayo - 1986. Sala Constitucional Voto No. 1261 - 9 octubre - 1990. Trib. Sup. de Limón No. 162 - 21 agosto - 1987. Cas. Sala Tercera - No. 131 - 7 agosto - 1984. Cas. Sala Tercera - No. 53 - mayo - 1986. Trib. Sup. Seg. Penal-Secc. Primera, No. 82 - 2 mayo - 1985. Cas. Sala Tercera - No. 12 - 29 enero - 1986. Cas. Sala Tercera - No. 188 - 9 octubre

- 1984. Cas. Sala Tercera - No. 16 - 2 enero - 1986. Cas. Sala Tercera - No. 205 - 15 octubre - 1985.

#### LEGISLACION

Constitución Política.

Código de Procedimientos Penales.

Código Procesal Civil.

# NUEVAS CORRIENTES PROCESALES PENALES EN LA DOGMATICA \*

*Dr. José María Tijerino Pacheco*  
Fiscal General de la República  
Profesor de Derecho Procesal Penal, U.C.R.

El tema sobre el cual se me ha pedido disertar, "Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática", es sugestivo: de entrada denota la existencia de la transformación de algunos ordenamientos jurídicos en el campo del proceso penal, los cuales por novedosos, como pronto veremos, y por ser emanación de sociedades democráticas atraen la atención de quienes buscamos el mejoramiento de la administración de justicia.

Y es que la administración de justicia, como necesidad básica de todo grupo social, tiene que adaptarse a los cambios en las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas de aquella colectividad a la cual pretende servir.

Los que han sido mis alumnos saben que empiezo mi curso de derecho procesal penal haciendo referencia al tribunal de los bantúes, del que nos da noticia el antropólogo BOHANNAN. El sistema de administración de justicia de este pueblo del sur del continente africano es modelo de pragmatismo, eficiencia y sabiduría, y revela cómo es posible encontrar enseñanzas aún en aquellas sociedades consideradas "primitivas" desde la óptica copiosa en prejuicios de nuestra cultura occidental.

En lo sustancial, el sistema bantú consistía en que el jefe de la comunidad, que era quien en última instancia disminuía los conflictos, antes de tomar la decisión escuchaba el criterio de cada uno de los representantes de los principales grupos y sectores sociales, quienes formaban a su alrededor un semicírculo. Ante este tribunal las partes presentaban sus razones y declaraban los testigos. Concluida esta etapa, el más joven de los jueces, sentado en uno de los extremos del hemicírculo, emitía fundadamente su fallo; a continuación el segundo más joven, sentado en el otro extremo, hacía otro tanto, y así sucesivamente.

Esta forma de administrar justicia no es viable en una sociedad como la nuestra, pero sí era óptima para una colectividad tribal. Debe destacarse que no solo resultaba práctica para el caso concreto, sino que servía para que jueces bisoños fueran paulatinamente adquiriendo experiencia, sin desmedro de la recta solución de los conflictos en los cuales intervenían, porque no correspondía a ellos la decisión final. Además, el joven no se sentía cohibido para dar a conocer una opinión desidente de la de sus mayores porque estos aún no habían opinado. Por otra parte, la decisión de las causas no se confiaba a la sabiduría y experiencia de un solo hombre, aunque éste fuera el jefe, obligado como estaba a escuchar las distintas razones que iban exponiendo del más joven al más anciano de los otros jueces, según vimos.

Como fácilmente se colige, no era esta institución bantú solamente un tribunal de justicia; era, además, escuela de derecho, escuela de jueces, e incluso toda una larga, pero ágil, sucesión de instancias judiciales que revisaban el caso tomando en consideración los argumentos de las de grado inferior. No había actas, no había códigos escritos, no había remisiones a textos de célebres juristas, no había formalidades extremas, no había siquiera abogados, pero había justicia y el camino para llegar a ella era expedito y acorde con las necesidades de esa sociedad.

Con este ejemplo pretendo en mis clases que los nuevos estudiantes comprendan de una vez que el proceso penal, sean cuales sean sus procedimientos, no debe aspirar sino a ser una instrumento, un buen ins-

\* Conferencia pronunciada en el Auditorio del Colegio de Abogados el 3 de abril de 1992, en el Seminario "Perspectivas del proceso penal costarricense", organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

limento, para administrar justicia; que no es un fin en sí mismo, que no debe ser un museo en el cual se exhiban vetustas piezas arqueológicas, ni un ritual en el que sólo los iniciados puedan acceder a los secretos que se guardan mediante formulas criptográficas.

Mucho debemos reverenciar los monumentos jurídicos que han ido jalonando la historia del derecho; mucha admiración deben merecernos el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas, el Corpus Iuris Civilis, de Justiniano; las Siete Partidas, de Don Alfonso El Sabio; la Constitutio Criminalis Carolina, del Emperador Carlos V, y el Code d'instruction criminelle, de Napoleón. Todos ellos fueron idóneas respuestas a las necesidades de su época; dentro de las limitaciones humanas, óptimos instrumentos de justicia para sus respectivas sociedades. No obstante, sería realmente anacrónico que pretendiéramos estructurar el proceso penal de la Costa Rica del siglo XXI de conformidad con cualesquiera de esos cuerpos legales.

Hace unos minutos dijo el Dr. Daniel González, Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que el modelo que siguió el Código de Procedimientos Penales nuestro era ya obsoleto en el momento mismo de ser promulgado éste. Eso es cierto; no obstante, al adoptarlo los costarricenses quedamos inmersos en la corriente reformista que inició en Iberoamérica el código cordobés de 1939, que estableció que la sentencia debe fundarse en la prueba evacuada en un debate oral y público, y que, a la par de una instrucción típicamente inquisitorial, receptó también el procedimiento de citación directa con una información sumaria a cargo del Ministerio Público.

No digo que estemos dentro de lo más avanzado de esa corriente, pero sí que al menos viajamos en el cabús de ese tren de reformas, gracias a lo cual no costará mucho perfeccionar el sistema ahora que ya con más de tres lustros hemos podido determinar cuáles son sus fallas. Y ya no es de temer que los nostálgicos nos vuelvan al fatídico código de 1910, que era una vergüenza para el país.

Actualmente hay tres cuerpos legales en Europa que marcan la pauta de una corriente innovadora en el ámbito del sistema romántico. El primero de ellos es la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que, sorprendentemente, no es de reciente promulgación, ya que tiene más de un siglo. Este código data de 1877 y entró en vigencia el primero de abril de 1879. Hasta el 9 de noviembre de 1974, sin embargo, no se diferenciaba sustancialmente de otros cuerpos legales derivados del código napoleónico de 1808 que, básicamente, disponen un proceso con dos fases principales: una instrucción a cargo de un juez y un juicio o plenario oral ante un tribunal colegiado.

En la fecha señalada la ordenanza alemana sufre una modificación que es conocida como la Gran Reforma de 1975, año en que entra en vigencia. La innovación capital consiste en la supresión de la instrucción judicial, considerada por Julio Maier, como el último resabio del sistema inquisitivo. La primera fase del proceso, el sumario es confiada al ministerio público.

El ejemplo es seguido por el código procesal penal italiano del 22 de septiembre de 1988, que entró en vigencia el 24 de octubre de 1989, y por el nuevo código procesal penal portugués, que son los otros dos cuerpos legales informados por este espíritu innovador del proceso penal.

En la misma corriente se encuentran el proyecto argentino de Código Procesal Penal de la Nación, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y el Proyecto de Código Procesal Penal de la República de Guatemala.

En un país judicialista, como es Costa Rica, quiero decir, en un país que suele ver en el juez la máxima garantía para los derechos individuales, puede resultar chocante la idea de sustraer la etapa preliminar del proceso penal del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional. Recuerdo que en 1985 los mismos fiscales mayoritariamente nos opusimos a que se confiara esa fase procesal al Ministerio Público, y no lo hicimos por eludir responsabilidades como funcionarios, sino por el temor de llegar, como ciudadanos, a ser víctimas de la arbitrariedad. La instrucción judicial, ponposa, lenta, farragosa, llena de tropiezos, casi interminable, nos parecía, aún así, preferible a estar en las manos de un no juez.

La verdad es que si tomamos en cuenta que en Alemania, Italia y Portugal la instrucción judicial ha sido suprimida no sólo para darle mayor celeridad al proceso, sino también para darle mayores garantías al imputado, podemos empezar a perder el temor. Efectivamente, un juez instructor, es decir, un juez inquiridor, un juez buscador de pruebas, difícilmente se distanciará del juez inquisidor que le dió origen. Recordemos que el Código de Instrucción Criminal napoleónico restableció la instrucción inquisitiva que por breve tiempo había abandonado la Francia revolucionaria, entusiasmada con el sistema acusatorio prevaleciente en la Gran Bretaña; que la lucha contra el inquisitorialismo ha sido larga y fatigosa, y que no es sino hasta 1897, con la Ley Constant, que acaba con la indagatoria en sentido estricto, que se obtiene un triunfo realmente significativo. De mucho temple ha de ser el juez capaz de mantener la imparcialidad ante un imputado y su defensor que con harta frecuencia insisten en burlar su celo por haber acopio de la prueba pertinente.



Por otra parte, no significa la innovación que nos ocupa que el fiscal sustituye al Juez instructor en todos sus potestades y que la función tuteladora de éste desaparece; por el contrario, liberado el juez de la agobiante carga de la búsqueda de la prueba, tiene más tiempo y mayor disposición de ánimo para velar por el respeto de los derechos del imputado. En esas condiciones, y sólo en ellas, es perfectamente admisible la supresión de la instrucción judicial. En todo caso, considero que la juridicidad que ha prevalecido en la historia institucional de Costa Rica nos augura que la introducción del nuevo sistema no será un simple trasplante proveniente de un código extranjero, sino el fruto de la reflexión y la prudencia, entendida esta virtud no como escudo de pusilánimes sino como expresión de sabiduría.

Otro cambio que nos presenta la nueva corriente procesal penal, y que sería de gran beneficio en nuestro país, es el de la discrecionalidad reglada en el ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público. Sólo así es posible salvar el escollo, cada vez mayor, que encuentra la administración de justicia en lo que se ha dado en llamar la "bagatelización" del derecho penal. Definitivamente, hay conductas que, por nimias, no merecen ser reprimidas mediante un proceso, y son esas precisamente las que, por numerosas, tienen colapsados los tribunales penales evitando no solo una justicia pronta, que es imposible en esas condiciones, sino también una justicia cumplida, que difícilmente la pueden otorgar jueces exhaustos.

Para garantizar mejor la defensa de la víctima, sobre todo ante la facultad de seleccionar los casos por perseguir que concede al ministerio público, la tendencia reformista, se establece la intervención del ofendido como actor penal. Puede ser en subsidio del actor penal oficial, o bien, como en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, actor penal accesorio en relación con el ministerio público, con quién colabora. Los portugueses lo llaman "actor penal asistente".

Una institución realmente novedosa y que nos obliga a revisar el concepto secular de que todo proceso que nace sólo puede fenecer mediante una sentencia, ilustrado alguna vez con el símil fisiológico de los espermatozoides (los actos procesales) en su instintiva atracción hacia el óvulo (la sentencia), es la de la suspensión del proceso a prueba. Cuando se dan ciertas circunstancias que permiten preveer que el conflicto

generado por el delito puede ser solucionado satisfactoriamente interrumpiendo el curso del proceso, para dar al imputado la oportunidad de resarcir a la víctima y a la sociedad y de resocializarse, la sentencia deviene innecesaria. Quizás hayan llegado los tiempos profetizados por CARNELUTTI, en su hermoso artículo titulado "La Cenicienta", en que la ciencia del proceso penal deje de usar los ropajes usados de sus hermanastras e incluso llegue a prestar a éstas nuevas y vistosas prendas.

Otro punto en común en los tres códigos europeos señalados es el de establecer procedimientos especiales sumarios que conducen al debate obviando formalidades propias del procedimiento ordinario. En el código italiano tenemos el "juicio abreviado", que procede a solicitud del imputado, quien puede ver reducida su eventual condena en un tercio. Mediante este procedimiento se llega a sentencia en la "audiencia preliminar" establecida para examinar la acusación y su fundamento. En esa audiencia el ministerio público y la defensa discuten sucintamente sobre los resultados de la información sumaria practicada por el primero. Sólo excepcionalmente se reciben testimonios de viva voz.

Por el procedimiento de "juicio inmediato", dispuesto para casos de prueba evidente, según criterio no vinculante del ministerio público, el mismo código italiano del 88 elimina el contradictorio en el momento del examen de la acusación. Para casos de flagrancia se establece el "juicio directísimo", por el cual se elimina el examen mismo de la acusación. A la par de esos procedimientos que allanan el camino al debate, existe uno cuya finalidad es evitarlo: la aplicación de pena a solicitud de las partes, en casos por delitos con pena leve.

La Ordenanza Procesal Penal alemana prevee el "procedimiento acelerado", para casos sencillos con pena no mayor de un año, y en el código portugués encontramos el "juicio sumario" y el "juicio sumarísimo".

Como se ve, se han buscado medios de hacer la justicia más expedita, más sencilla, menos ritualista, convencidos como están los juristas alemanes, italianos y portugueses de que el proceso penal debe ser un instrumento y nada más que un instrumento. El instrumento más idóneo para resolver los conflictos que plantea el delito a la sociedad.

# FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA Y VIOLACIÓN DE REGLAS DE LA SANA CRÍTICA \*

*Francisco Dall'Anese*  
Letrado de la Sala de Casación Penal  
Profesor de Derecho Penal, U.A.C.A.

## 1. PRESENTACIÓN

Señor Presidente del Tribunal Superior Penal de Liberia, señores jueces, miembros del Ministerio Público, abogados, señoras y señores. Deseo comenzar por agradecerles la gentileza de haberme invitado a hablarles sobre el recurso de casación, y quiero decirles que me siento muy honrado de estar aquí entre ustedes. Trataré de no ser monótono en la exposición, y de hacerla básicamente deductiva. Voy a arrancar de una definición la casación y su estructura, y de allí expondré el problema que ha significado un "dolor de cabeza" para los abogados al momento de formular el recurso, cual es la diferenciación de los vicios de falta de fundamentación de la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica por el tribunal de mérito. La confusión de estos dos motivos, es la razón por la que se declaran inadmisibles con mayor frecuencia los recursos.

## 2. CASACIÓN: DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

La casación responde a una concepción liberal de Estado. Nace como consecuencia de la Revolución Francesa (1790), no como un tribunal de justicia sino como un tribunal o comisión -por decirlo de alguna manera- que se instala en el Poder Legislativo. Recordemos que la Revolución Francesa es una reacción contra el Estado bajo la concepción de que éste es enemigo del ciudadano, por lo que después de alcanzar el poder los nuevos legisladores tratan a través de

la ley, de rodear al ciudadano de la mayores garantías para protegerlo de ese monstruo que es el poder estatal y que tiende a aplastarlo. De esta forma se adopta la triada Montesquieu para dividir los poderes o funciones públicos, y crear un sistema de "frenos y contrapesos". Pero aún así el Poder Legislativo como representante del pueblo desconfía de los jueces, desconfía de la aplicación que de la ley puedan hacer los funcionarios del Poder Judicial, y se otorga el derecho de controlarlos con un *Tribunal de Cassation* dentro del órgano legislativo que va a revisar -ante recurso del interesado- la legalidad de los actos jurisdiccionales; es decir va a controlar a los jueces para que no incumplan la voluntad popular expresada a través de la ley.

Esta razón de ser de la casación en su doble visión, como tribunal y como recurso, transportada al derecho hispanoamericano sufre una transformación ideológica y deja de basarse en una concepción liberal de Estado para convertirse en un tabú, un mito, y "algo" de difícil acceso para los abogados y para los ciudadanos. De manera que el control de la legalidad de las sentencias, es muy difícil de lograr a través del recurso de casación, porque al mitificarlo es de acceso casi imposible para cualquiera, y podríamos decir que se retrotrae el desarrollo del derecho hasta el período *per formulas*.

Todos recordamos aquel estadio evolutivo del derecho continental, en que solo a través de fórmulas sacramentales se podía llegar a la justicia y obtener

\* Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 1991, en el Hotel Diría, por invitación de los abogados de la Ciudad de Santa Cruz, Guanacaste.

protección de la ley. En eso se convirtió la casación penal en Costa Rica, hasta que se integra la Sala Constitucional al ordenamiento jurídico. A partir de este momento se comienzan a romper los mitos, y se retoma la concepción de la casación dentro del marco de Estado liberal, dentro de un esquema de garantías para los ciudadanos, y a ver el recurso no como un ataque a la sentencia sino como una defensa del ciudadano ante una ilegalidad que pudo, por error, no con dolo, haber cometido el tribunal de mérito. Esto lo vemos en la medida en que la Sala Constitucional ha obligado a la Sala de Casación Penal a ser más tolerante, a ser menos severa en el control de los requisitos de ingreso del recurso<sup>1</sup>, y desde luego al haber establecido que todos los condenados en Costa Rica tienen derecho al recurso de casación, y no como establecía la ley anteriormente, que solo determinadas sentencias condenatorias podrían ser objeto de impugnación.<sup>2</sup>

En este momento estamos entrando a un nuevo período y es oportuno volver los ojos sobre la casación. Hay un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial donde se crea lo que se ha llamado en San José con cierto desprecio "La Casación de Canchas Abiertas", que es un nuevo tribunal que tendrá a su cargo el conocimiento de los recursos formulados contra los fallos de jueces penales; y es porque con la resolución de la Sala Constitucional que permite la casación contra cualquier sentencia condenatoria, se ha saturado de trabajo la Sala de Casación. A esto debe agregarse -como ya indiqué- que la corte constitucional ha llevado a la Sala Penal a ser menos formalista en la admisibilidad de los recursos, lo que ha hecho que aumente el trabajo.

Todos recordamos la sátira que se decía en la Facultad de Derecho: "con solo que falte una tilde el recurso es inadmisibile". Porque a un litigante le faltara la cita de un artículo, o porque diera una denominación errada al agravio, era suficiente para que se declarara inadmisibile el recurso, y no se entrara a conocer de la legalidad de la sentencia. Esta forma de ver el recurso era contraria al fundamento de la casación, que es para proteger al ciudadano del juez, quien como representante del Estado en ese momento enfrenta al ciudadano.

Recordemos que en derechos humanos opera el *principio pro homine* que no tenemos consagrado expresamente en alguna norma, pero dice que siempre que exista una relación entre Estado y ciudadano cualquiera que esta sea, se presume que el Estado violenta los derechos del súbdito, y por consiguiente tiene que haber un contralor. Esto lo podemos ver tácitamente en diversas disposiciones legales: en el derecho de defensa el abogado que asiste al reo debe controlar al juez, y éste no debe evitar u obstaculizar la actividad

del letrado. Hay un sistema cruzado de fiscalización entre tribunal, Ministerio Público y las otras partes, para evitar la violación de los derechos de defensa en los actos concretos. Pero ese derecho de defensa del ciudadano debemos verlo no solo en los actos aislados, sino que el *principio pro homine* se extiende a todo el sistema penal, de modo que aun en la sentencia ilegal que emite el juez sin intención de lesionar esos derechos, pero por un error en la interpretación de la ley sustantiva, por un error en la interpretación de la ley procesal, debe tener un contralor; y la presunción no es que la sentencia está ajustada a derecho, sino que en lo impugnado la sentencia es contraria a derecho.

Así es como debe operar la casación en un sistema ideológicamente adscrito al Estado liberal y a los derechos humanos.

Les digo que el *principio pro homine* no lo encontramos expresamente establecido en alguna norma; solo lo he visto en un voto salvado de uno de los magistrados de la Sala Constitucional, el Juez Rodolfo Piza<sup>3</sup>, donde dice claramente que debe presumirse que cuando el Estado en alguna forma incumple un requisito de ley para el ejercicio de la defensa del acusado, es porque se violaron sus derechos. No es algo que tenga que demostrar el ciudadano, pero el Estado sí debe probar que se concedió el derecho de defensa, que sí hubo debido proceso; ¿cómo? *a priori*: nombrando el defensor, declarando las nulidades que sobrevengan en el proceso, dando las audiencias que correspondan, evitando negar el ejercicio de los poderes jurídicos que tiene la defensa en los procedimientos penales, etc. Para esto está creado el proceso penal, y la casación dentro de la concepción liberal y humana que se está imponiendo, tiende a hacer efectivo el *principio pro homine* dentro de una visión global, y es imponiendo a los jueces el respeto de la ley. Aquí se entra en el problema de lo que es la independencia judicial, que bien decía hace algunos años el Juez Daniel González, actual Presidente de la Sala de Casación Penal: "la independencia judicial no debe ser confundida con la irresponsabilidad judicial"; una cosa es que el juez tenga libertad para interpretar la ley, y otra distinta es que pueda hacer lo que quiera. El juez debe actuar como mandan las normas, en el marco de interpretación permitido por ellas.

Dentro de esta perspectiva, les decía que es oportuno retomar el tema de la casación, para desmitificar y romper el monopolio de algunos colegas, de ser los

1. Sala Constitucional. V-719-90 de 16:00 hrs. de 26-6-1990.

2. Sala Constitucional. V-282-90 de 17:00 hrs. de 13-3-1990.

3. Sala Constitucional. V-1-90 de 14:15 hrs. de 05-01-1990.

depositarios de las fórmulas sacramentales que abren el camino de la casación para impugnar la sentencia. En un Estado social y democrático de derecho, o social cristiano de derecho -como cada uno de ustedes lo quiera ver-, no puede aceptarse que las llaves de la justicia estén en manos de unos pocos, y que no todos los ciudadanos de la República puedan ser asistidos, o puedan tener acceso a un recurso, para volver a la legalidad los agravios que les produzca una resolución.

Los jueces, al oír de los vicios de la sentencia y de la violación de los derechos de defensa cometidos por los tribunales, tienden a sentirse agredidos -y aclaro esto para los colegas del Poder Judicial que están aquí presentes-; yo mismo experimenté tal sensación. Pero la realidad es que la impugnación no es una denuncia por un hecho intencional del juez, porque si así fuera, la acusación sería por prevaricato y no ante la Sala de Casación sino ante el Ministerio Público. Lo que se hace a través de la casación es denunciar los errores que se cometen, no en el concepto de culpa sino en otro más amplio: error en la hermenéutica, en el discurso del tribunal al determinar el contenido axiológico de la norma jurídica para aplicarla al caso concreto. En esta medida no debe interpretarse que el recurso de casación sea una agresión a los miembros del tribunal.

Todos hemos sabido de jueces penales que otrora decían imponer menos de seis meses de prisión para que no les presentaran recursos, y claro, eran los que recibían menos revocatorias o anulaciones de sus fallos de parte de la corte de casación. Esta era una forma de conculcar los derechos del ciudadano, y se estaba quebrando, con esta discrecionalidad de decidir qué tiene casación y qué no, el *principio pro homine*. Ahora es al revés, tendríamos que pensar que el juez que trata de evitar que se presente un recurso de casación, está lesionando de los derechos del ciudadano y tendría que anularse la sentencia. Desde luego que ya los jueces no pueden evitar el control de legalidad de sus fallos.

Esa es la tendencia hacia la cual la Sala Constitucional está orientando el derecho penal, y no será de extrañar que en un futuro algunos criterios que inclusive este alto tribunal no se ha atrevido a recoger por presión de la prensa o presión pública, como son p.e. la prueba ilícita<sup>4</sup> y algunos casos de nulidades menores que no han sido declaradas, pronto los tendrá que acoger, porque estamos en un proceso natural e irreversible hacia un retomar de las concepciones que inspiran el derecho basado en las doctrinas liberales y los derechos humanos.

Transplantada de Francia al derecho hispanoamericano, trasladada del Poder Legislativo al Poder

Judicial, la casación sufrió el embate de la historia; y vecina de los Estados totalitarios latinoamericanos, Costa Rica no se pudo salvar y tuvimos una Sala de Casación que defendía el fallo del juez de mérito antes que al ciudadano. Debemos tener claro que ahora vamos en sentido contrario. Al tribunal de casación no lo podemos poner en el Poder Legislativo porque se politizaría todavía más la administración de justicia, está bien en el Poder Judicial; pero tenemos que volver a una concepción sustantiva de la casación, como protección de los derechos constitucionales y humanos del ciudadano, vigilante del cumplimiento de la voluntad popular expresada a través de la ley.

Es por eso que el de casación no es un recurso de mérito, no es de segunda instancia. Por eso es que la corte de casación no recibe prueba de los hechos, porque no revisa la justicia del caso. Desde su origen tiende a examinar el cumplimiento de lo que manda la constitución y la ley como expresión popular. Ese es el principio básico.

Es importante destacar que la tendencia de la Sala Constitucional, en punto a vigencia real los derechos humanos entre los que se encuentra el principio de control de las resoluciones judiciales, en algún momento permitirá que durante la tramitación del recurso de casación se reciba prueba de mérito. Esta afirmación que hoy parece herética, probablemente se verá materializada a corto o mediano plazo.

### 3. CLASIFICACIÓN DEL RECURSO:

Es clasificado en doctrina como un recurso ordinario o extraordinario. Todo depende del punto de vista de cada autor. Nuestra Sala de Casación ha dicho que se trata de un recurso extraordinario porque lo que ataca es una sentencia. Parte (o tiene como parámetro para esta clasificación) de la naturaleza de la resolución que se impugna: si es un auto el recurso es ordinario, si es una sentencia el recurso es extraordinario.

Pareciera no ser correcta esta clasificación porque no habría en realidad interpretación de la eficacia de un acto judicial. Los que dicen que un recurso extraordinario es el que ataca una sentencia firme, están partiendo de los efectos del acto jurisdiccional; de modo que la sentencia firme productora de cosa juzgada material solo podría ser impugnada por un recurso extraordinario, que en Costa Rica es el recurso de revisión. Como el de casación ataca una resolución judicial que no está firme, y de consiguiente no ha producido cosa juzgada material, sería un recurso or-

4. Sala Constitucional. V-711-91, de 14:00 hrs. de 10-4-1991.

dinario. En mi criterio debería clasificarse así el recurso de casación.

#### 4. MOTIVACIÓN DEL RECURSO:

Ahora bien el problema de cómo formular un recurso de casación, depende del contenido sustancial de tres elementos: 1) los requisitos, 2) los motivos (agravios, reclamos o reproches) del recurso, y 3) la fundamentación de cada motivo.

*Requisito*, en sentido genérico, es todo aquello exigido por la ley para admitir la impugnación; p.e. el término de quince días, la firma de abogado, señalamiento de lugar para oír notificaciones, etc. Sobre esto rara vez se equivoca el recurrente, pues es difícil una presentación extemporánea del recurso o sin indicación del lugar para notificaciones, o sin firma del abogado.

Deseo aquí indicar como nota al margen que una vez una colega nuestra estuvo suspendida en el ejercicio profesional, porque estaba siendo acusada y procesada por la comisión de un delito; fue condenada y presentó el recurso de casación firmado por ella. El tribunal de mérito declaró inadmisibles la impugnación diciendo que debía ser firmada por un abogado, y presentada la apelación de hecho o queja, la Sala de Casación resolvió que era correcta la denegación del recurso, por no estar firmado por un letrado en ejercicio profesional. Esta forma de interpretar la ley es totalmente literal, y no tiene nada que ver con el derecho moderno. ¿Por qué el recurso debe ir firmado por un abogado? Porque se supone que es un medio de impugnación técnico redactado por un graduado en leyes, y si está suspendido en el ejercicio profesional, una hermenéutica teleológica de la norma dice que a pesar de ello tiene los conocimientos técnicos necesarios; de modo que no se incumplió con este requisito y la Sala Penal se equivocó. La interpretación debe ser progresiva, no puede ser literal. Esas cosas también irán cambiando con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

Les decía que rara vez se comete error en punto a los requisitos, pero en lo que se falla es en la motivación del recurso. Allí es donde reside el misterio por el cual los abogados se esfuerzan visiblemente por lograr la admisibilidad.

La motivación se descompone o se estructura en dos partes, una los *motivos* y la otra la *fundamentación*. La suma de los agravios y la fundamentación es lo que se llama motivación del recurso. Como la ley y la jurisprudencia a veces nos hablan de motivos y a veces de motivación, y los abogados, en términos generales,

desconocen que la motivación es el conjunto de los agravios y la fundamentación, hay errores que conducen a la inadmisibilidad porque no se sabe plantear estructuralmente el recurso.

Los *motivos* son las normas erróneamente aplicadas y/o las normas inobservadas, eso es lo que constituye el reproche. Si p.e. se condenó a un individuo por homicidio calificado cuando se debió condenar por homicidio simple, el reclamo del recurso de casación es la mala aplicación del art. 112 del Cód.Pen. en el inciso que corresponda y la omisión de aplicar el art. 111 del mismo cuerpo legal. Es decir el agravio lo constituye la norma mal aplicada y la norma que se dejó de aplicar. Claro que tenemos motivos -y por eso decía "y/o"- que no tienen contraparte, porque se aplicó mal un artículo pero no existe otro que en su lugar se debió aplicar. Espero quede clara esta idea, en todo caso en el período de preguntas podría profundizar en esto.

El motivo es la cita de la ley individualizada con el número del artículo concreto. Pareciera que este rigor es exagerado porque en algunos casos con el nombre del delito es posible saber a qué norma se hace referencia, p.e. homicidio simple, estafa, etc.

En cuanto a esto existe un recurso en el que la Sala de Casación dijo que no era necesario señalar si el vicio acusado era falta de fundamentación o violación de reglas de la sana crítica, en tanto se comprendiera el contenido del reclamo; de modo que la Sala viene ya cediendo en los formalismos.

La *fundamentación* es diferente del agravio, porque se trata de la interpretación que hace el litigante para demostrar a la Sala de Casación por qué se aplicó mal una norma, y por qué se debió aplicar otra; es decir, es el razonamiento para convencer a la Sala que el tribunal de mérito dio eficacia a un artículo de ley cuando debió darla a otro.

Es muy sencillo, el motivo es la cita de ley, y, la fundamentación es la hermenéutica de esa ley; a esto se reduce el misterio.

Los agravios tienen las características de ser esenciales, argumentables en una sola oportunidad y tener un efecto limitador de la competencia de la Sala de Casación. Por el contrario la fundamentación tiene sus propias características, es esencial porque debe formularse el recurso dando los motivos y la fundamentación, esto es con cita de la ley y con la respectiva interpretación.

Los agravios son independientes, es decir el litigante hace el reclamo que crea determinante para anular o revocar la sentencia, mientras la fundamentación es dependiente porque debe corresponder al motivo que se está alegando. No podría concebirse que se

alegue p.e. que se condenó por homicidio calificado cuando se trataba de homicidio simple, indicar esto como reproche y sobre esa plataforma hacer una argumentación para decir por qué se debía aplicar la figura del homicidio culposo. No hay correspondencia entre la fundamentación y el motivo. Por eso la fundamentación es dependiente del reclamo, debe ser interpretación del agravio, debe ser congruente; no podría separarse la fundamentación del motivo.

La diferencia es que el agravio tiene solo una oportunidad para ser alegado al momento de la interposición del recurso; la fundamentación tiene doble oportunidad, en la interposición y al contestar la audiencia del art. 469 del Cód.Proc.Pen. Podría el recurrente dar una fundamentación al presentar el recurso, y después dar otra distinta, siempre congruente y dependiente del motivo pero diferente a la dada en la interposición; por escrito o en la vista correspondiente al contestar la audiencia del art. 469, para informar pretensiones.

Los agravios tienen un efecto limitador de competencia, recuerden que el art. 459 del Cód.Proc.Pen. dispone que el tribunal de alzada queda limitado a los agravios que denuncie el recurrente en su alegato. Estos limitan la competencia de la Sala de Casación, excepto que ella descubra que hay una nulidad declarable de oficio en cualquier grado y estado del proceso (art. 146 in fine, Cód.Proc.Pen.). Mientras no se descubra esta nulidad, la Sala de Casación está limitada por cada uno de los motivos que alegue el recurrente. De aquí que el reproche, sobre la Sala tiene un efecto limitador de competencia. Hay un principio de indisponibilidad de las normas procesales, que supone que el Juez Penal debe revisarlo todo de oficio, excepto cuando actúa como tribunal de alzada. La excepción al principio de indisponibilidad se da en los recursos. El tribunal debe limitarse a lo solicitado, excepto, repito, en casos de nulidades declarables de oficio en cualquier grado y estado del proceso. Este efecto limitador de competencia de los motivos no lo tiene la fundamentación. La Sala de Casación podría acoger el recurso, teniendo como buena la denuncia del vicio de la sentencia, acoger el agravio, pero con una interpretación distinta a la del recurrente; de manera que la fundamentación no limita a la Sala. La fundamentación no tiene efecto limitador de competencia.

Expuesto este esquema de la motivación del recurso, quiero hablar rápidamente ahora de los motivos del recurso de casación por la forma, en lo que hace a la violación de reglas de la sana crítica y falta de fundamentación de la sentencia. Desde luego que omito, porque aquí todos la conocemos, la diferencia entre casación por la forma y casación por el fondo.

## 5. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA:

Tomaré primero la sentencia penal. Esta tiene una estructura claramente definida, debe ser un documento motivado, es un juicio de valor que emite el tribunal de mérito; y se estructura esta fundamentación en tres categorías diferentes. De acuerdo al art. 395.3 del Cód.Proc.Pen., debe contener una relación del hecho histórico; es decir debe fijarse clara, precisa y circunstanciadamente la especie que se estima acreditada, sobre la cual se emite el juicio, que es lo que se conoce como *fundamentación fáctica*. Además, ese hecho tiene que tener un sustento probatorio, y con ello entramos a lo que se llama *fundamentación probatoria* que se divide en dos: *fundamentación descriptiva* y *fundamentación intelectual*.

La *fundamentación probatoria descriptiva* obliga al juez a señalar en la sentencia, uno a uno, cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate. Hay diferencia entre medio probatorio y elemento probatorio; el medio probatorio es el testigo, el medio probatorio es el perito, el medio probatorio es el documento y el medio probatorio es la evidencia física; pero el elemento probatorio es lo que sirve al juez como elemento de juicio, esto es lo que extrae el juzgador del para llegar a una conclusión. De modo que podría haber medios de prueba que suministren buenos elementos, en tanto que otros bien podrían no suministrarlos.

Para efectos de controlar la valoración de la prueba por las reglas de la sana crítica, el tribunal de mérito debe describir en la sentencia el contenido del medio probatorio, sobre todo de la declaración testimonial. Por supuesto que hay testigos a los que "se les pregunta por la hora de los hechos y cuentan además cómo se desarma el reloj", y no deben incluirse estos comentarios adicionales, sino lo medular de la declaración del testigo sin valorarlo todavía; debe citar -y en esto la Sala Tercera con razón ha sido desde hace tiempo tolerante- sin copiar los documentos incorporados al debate porque los jueces de casación podrían leerlos, es la evidencia que está allí, y es un "testigo que no miente"; pero con los testimonios la Sala no tiene intermediación, el contenido de las declaraciones lo tiene el tribunal de mérito, por lo que debe informar mediante el fallo qué relató el testigo para que la Sala se entere al momento de ver si se valoró o no correctamente. Se llama *descriptiva* sobre todo por eso, porque es una descripción del relato del testigo; posteriormente se hace cita de los documentos, de las evidencias físicas, y cualquiera otro medio de prueba incorporado al debate.

Después de la fundamentación probatoria descriptiva, el tribunal tendrá que sentar en la sentencia, la *fundamentación probatoria intelectual*, que es la apreciación de los medios de prueba. Es ahí donde el juez dice por qué un medio le merece crédito, y cómo la vincula a los elementos que obtiene de otros medios del elenco probatorio. Inclusive el tribunal a la hora de hacer la valoración, y redactar la fundamentación intelectual, podría remitirse a argumentos como la memoria remota y la memoria reciente para creer a un testigo.

Esta fundamentación es precisamente sobre la que recae el reproche del recurso referido a violación de reglas de la sana crítica.

Y finalmente, la tercera forma de fundamentación es la *jurídica*. El juez tendrá que decir por qué aplica la norma o por qué no lo hace. En caso de aplicación debe indicar además qué pena impone al condenado y por qué.

Hasta hace poco tiempo, antes de la Sala Constitucional -y me incluyo en esto- los jueces podíamos no fundamentar el *quantum* de la pena, pero ahora la sentencia que no lo diga da lugar al recurso. Los razonamientos deben corresponder a lo que señala el art. 71 del Cód.Pen.

La falta de fundamentación es la ausencia en la sentencia documento de cualquiera de las formas que acabo de indicar; si se omite el hecho histórico, hay falta de fundamentación fáctica; si hay defecto en el resumen de la prueba o referencia a la prueba documental, hay falta de fundamentación probatoria descriptiva; si hay pretermisión de la valoración de la prueba, se da el vicio de falta de fundamentación probatoria intelectual; y desde luego si se omite la cita e interpretación de normas jurídicas, falta la fundamentación jurídica del fallo.

## 6. VIOLACIÓN DE REGLAS DE LA SANA CRÍTICA:

Una cosa es que falte la fundamentación probatoria intelectual, esto es que el tribunal no entró a valorar la prueba; y otra distinta es que entre a valorar la prueba, pero aplicando mal las reglas de la sana crítica. Aquí es donde está el problema. Muchos recursos no tienen entrada, porque se argumenta falta de fundamentación cuando el fallo está motivado, y lo que hizo el tribunal fue valorar la prueba equivocadamente. En otras ocasiones se alega violación de las reglas de la sana crítica porque no se tomó en consideración un medio probatorio, pero el vicio realmente es el de falta de fundamentación. En estos casos el recurso deviene inadmisibles.

La diferencia se da entonces por el objeto del motivo. El objeto de la denuncia de falta de fundamentación es la ausencia de la fundamentación fáctica, de la fundamentación probatoria (descriptiva o intelectual) o de la fundamentación jurídica; es decir el objeto es una preterición: un *error in procedendo* por omisión. Mientras que en la violación de reglas de la sana crítica, el objeto es precisamente la fundamentación probatoria intelectual, que sí está en el fallo, pero viola las reglas del correcto entendimiento humano.

En esto la Sala de Casación ha recogido, como es usual, las ideas de Fernando De La Rúa, y ha dicho que las reglas de la sana crítica son las de la experiencia, la psicología y la lógica.

Las *reglas de la experiencia* son las que conoce el hombre común, y el juez es un hombre común. Es lo que podría saber el juez como conductor de un vehículo p.e., sin que llegue a ser necesaria la prueba pericial. Aquí hay una discusión que se ha planteado, en punto a que el juez, propiamente, sea perito de la materia; p.e. en el caso de llevarse a cabo un juicio en que se discuta algún problema funcional de un automóvil, y el juzgador es mecánico graduado por el Instituto Nacional de Aprendizaje. Se ha dicho que el funcionario judicial -y yo sostuve esa posición alguna vez- no necesita en este caso del experto. Algunos dicen que el juez debe exponer el resultado de la peritación al momento de dictar sentencia y emitir el fallo. No tiene que nombrar perito. Esto es equivocado porque si el juzgador es el experto que va a emitir un dictamen, o que va a dar un elemento de juicio practicando él directamente el peritaje, deja a las partes sin saber antes de sentencia cómo va a resultar, de manera que los interesados no pueden hacer conclusiones ni objetar los resultados de la peritación porque solo el juez sabe cuáles serán. Entonces aun cuando el tribunal tuviera los conocimientos técnicos para sustituir al perito, debe nombrar uno y recibir su dictamen para ponerlo en conocimiento de las partes, por el principio de la comunidad de la prueba.

El límite de las reglas de la experiencia está en los conocimientos técnicos especializados.

Luego vienen las *reglas de la psicología* referidas no a las normas elaboradas por la ciencia conjetural de la psicología, sino a mínimos conocimientos, como la observación del tribunal de mérito en caso de que un testigo se muestre nervioso al contestar una pregunta, que fue disperso al construir sus repuestas, ignorante en cuanto al idioma o cultura general básica, etc. Eso tiene que incluirse en el fallo al hacer la valoración. Podría ser que diga el tribunal, que no se cree al testigo porque se puso nervioso (más de lo normal), o que volvió a ver a una de las partes antes de dar cada una

de sus respuestas lo que hace presumir un acuerdo previo a su declaración. Claro que esta consignación en la sentencia cierra normalmente la posibilidad de alegar un vicio, porque al existir inmediación casación no puede controlar estos aspectos.

Entre las reglas de la psicología también está el buen criterio del tribunal de bajar, cuando sea necesario, al nivel de testigo. Yo he contado varias veces, y lo hago ahora, que se llevaba a cabo un juicio oral y público ante un Juez Penal extraordinario en el dominio del castellano; llamó a declarar a un testigo que era jornalero, y después de un tortuoso interrogatorio de identificación dice al deponente: "le cedo el verbo". Aquel pobre campesino no sabía qué hacer y contesto con su silencio. Por segunda vez: "le cedo el verbo". El angustiado testigo dirige una mirada suplicante al Agente Fiscal, por lo que éste interviene para solicitar un lenguaje más sencillo. Con energía el juez corta al representante del Ministerio Público, y le recuerda quién manda en la sala; se dirige al testigo, y otra vez: "le cedo el verbo". El "labriego sencillo" mira al Agente Fiscal y al defensor, después eleva la mirada más allá de los límites físicos de la sala, y finalmente se lamenta: "¡qué tirada, yo no sabía que esto era en inglés!" El juzgador aquí está violando de principio las reglas de la psicología, porque él que se supone más versado que el resto de los ciudadanos que pasan por su tribunal, debe tener la capacidad de ponerse al nivel del testigo para poder apreciar la prueba.

Recordemos que la declaración testimonial es totalmente desconfiable -"la evidencia física es el testigo que no miente" y por ello es la prueba que debe tener mayor valor- porque el ser humano además de que aprehende lo que lo rodea a base de prejuicios, si es poco instruido hará una valoración pobre, aparte de que no tendrá riqueza de lenguaje lo que implica que su percepción será difícil de comunicar al tribunal.

Concretamente recuerdo casos de violación en Limón, cuando yo integraba el Tribunal Superior, en que ni el fiscal ni la presidenta se atrevían a preguntar a una chiquita que había sido violada, utilizando el nombre popular del miembro viril. En situaciones como ésta la pregunta debe hacerse como la entiende el testigo, y el juez debe tener la capacidad para comprender al deponente e interrogar de modo que sepa de qué se le habla; sin incurrir en excesos para no restar solemnidad al juicio. Esas son las reglas de la psicología.

Una dificultad sobreviene cuando lo que se viola en sentencia son las *reglas de la lógica*, porque la Sala de Casación siguiendo también a Fernando De La Rúa, dice que el recurrente tendrá que indicar si lo que se viola es la regla de identidad, la regla de contradicción, la regla

de tercero excluido o la regla de razón suficiente.

Me disculpan ustedes si veo las fichas de apuntes, pero yo no soy filósofo ni cosa por el estilo, y para saber qué es cada una de estas leyes de la lógica tengo que consultar mis notas. Todos somos abogados, no nos dedicamos a otra cosa y no tenemos por qué dominar en detalle conceptos lógicos. Por cierto que Recasens Siches decía que es un error utilizar una "lógica racional" al emitir un juicio o al interpretar una ley, porque las relaciones humanas no se rigen por una lógica racional sino por una "lógica de lo que es razonable". La lógica matemática, la lógica racional, no entiende de estados de emoción violenta en las relaciones humanas p.e. Eso es lo que tiene que comprender el juez con una lógica de lo que es razonablemente aceptable o comprensible o justificable. Sin embargo nuestra Sala de Casación nos dice que el principio de identidad tiene que ser citado, igual que el de contradicción o el de tercero excluido; no obstante, en esto sí les digo, los textos de lógica nos pasan por todas estas reglas y cuando llegan a la de razón suficiente nos dicen que no hay tal cuando el argumento violenta una de las tres reglas anteriores. Entonces yo pregunto a la Sala de Casación: ¿por qué el recurrente tiene que decir cuál de las reglas lógicas se viola en la sentencia impugnada, si con solo decir que se falta a la lógica (racional según la Sala) se refiere necesariamente al principio de razón suficiente que a su vez comprende a los otros tres principios? Desde esta perspectiva la exigencia de la corte es absurda, pero además ilegal porque el art. 3 del Cód.Proc.Pen. establece que no se podrán agregar, por interpretación, requisitos al poder de recurrir; y por esto último también es inconstitucional, porque es una violación al debido proceso (art. 39 C.Pol.). Tarde o temprano la Sala Constitucional va a poner las cosas en orden.

La regla de identidad nos dice que una proposición solo puede ser esa proposición y no otra. Es decir, Pepito solo puede ser Pepito y no Juan de los Palotes. Eso está clarísimo. Trasladado a la valoración de la prueba en sentencia, un argumento "X" solo puede ser "X". No podría p.e. una sentencia decir en una parte que se absuelve bajo la certeza de la inocencia, para afirmar más adelante que se absuelve por duda, porque viola el principio de identidad (en lo que interesa al Ministerio Público), pues estaría diciendo que "A" es "B". Diría que la certeza de la inocencia es la duda de la culpabilidad, y eso viola el principio de identidad.

El principio de contradicción nos dice que una persona o cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, o sea el tribunal no puede aseverar algo y luego desvirtuarlo, porque solamente una de las dos afirmaciones es verdadera.



Y el principio de tercero excluido nos dice que de dos proposiciones que se niegan entre sí una es necesariamente falsa. *A contrario sensu*, la otra necesariamente es verdadera.

Vean ustedes cómo los tres principios son lo mismo, si se afirman dos cosas que se niegan entre sí, o dos proposiciones que se contraponen una necesariamente es falsa, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, y lo que es "A" solo puede ser "A". Es lo mismo enunciado en tres formas diferentes.

Sin embargo la Sala de Casación sigue exigiendo a quien alegue quebranto a reglas de la lógica, que indique cuál de estos cuatro principios es el violado. Mientras la Sala no cambie de criterio, tendremos que seguir con la tediosa (aunque interesante) labor de estar consultando estos principios para establecer cuál invocamos y cuál no a la hora de redactar un recurso. Esta exigencia *ultra legem* atenta contra la seguridad jurídica, y es lo que les decía: nos transporta la casación

al período *per formulas*, o estaría la Sala de Casación en el período previo a las XII Tablas, porque no sabrían los ciudadanos a qué atenerse.

(A fin de actualizar lo aquí expuesto, he de indicar que no existe expresamente un fallo que así lo diga, pero en la práctica la Sala de Casación Penal ha dejado de exigir al recurrente la indicación específica de la regla lógica que se hubiera violentado. Ha sido un cambio de criterio, que se observa al dar trámite a los recursos de casación que son omisos en la indicación de los principios lógicos violados por el a quo. Debe el lector tomar en cuenta eso para juzgar históricamente las afirmaciones originales de la conferencia).

Bien, espero con esto haber llenado sus expectativas de aclarar la diferencia entre los vicios de violación de las reglas de la sana crítica y falta de fundamentación de la sentencia. Agradezco su atención, y quedo disponible para contestar cualquier pregunta cuya respuesta se encuentre a mi alcance.

## PENAS ALTERNATIVAS Y EJECUCION PENAL

*Henry Issa El Khoury Jacob*  
Profesor de Derecho Penal, U.C.R.

### INTRODUCCION.

Costa Rica inicia la discusión de las penas alternativas a la prisión. Esto trae una serie de comentarios -no importa si favorables o desfavorables- que no siempre están sustentados en elementos de realidad; es más, sobre estos temas se manejan una serie de mitos, generalmente ocasionadas por el miedo que producen las campañas de los medios masivos -tan productivas, por lo demás, en el campo electoral- de inseguridad ciudadana.

Este es un ensayo que pretende dar una panorámica general sobre el tema de la cárcel y sus alternativa, con base en las experiencias e investigaciones realizadas hasta ahora. Es nuestro interés poner a discusión un tema importante, sin los mitos y prejuicios que siempre han rodeado su tratamiento; igualmente queremos señalar las diferentes penas alternativas a la prisión que contiene el ante proyecto de ley, el cual se comienza a discutir en nuestro medio.

### I. EL ENCIERRO.

Existen una serie de aspectos que llaman la atención cuando se plantea el estado de la cuestión del tema de la cárcel.

Primero, destaca el hecho de que la prisión no es un evento aislado: la institución total no se agota en ella. El manicomio, el asilo de ancianos, los centros de menores, participan de todas las características -creo que ninguna positiva- de la cárcel.

Por otra parte, el nacimiento de la prisión presenta una característica interesante que nos debe alertar: la prisión como pena es reciente. Su origen es económico-laboral y tiene que ver con el acceso de la burguesía al poder, momento en que todo trabajador era un

predador posible; además es importante recordar que el encierro, entre otros aspectos, fue utilizado para tratar de contener obreros para que trabajaran hasta cumplir ciertos objetivos; la noción de encierro penitenciario no tiene un origen de sanción penal sino económico-social.

Muchos los pensadores que se han aproximado al tema de la prisión, filósofos, penalistas, teólogos, historiadores..., manifiestan su particular interés por lo curioso de cómo esta institución, que aparece en el derecho punitivo casi de la nada, cobra tanta fuerza. Ciertamente, la prisión viene a responder a todo una "movimiento" de control social que se desarrolla desde el siglo XVIII, o antes. Responde a una necesidad de vigilancia, de control de individuos, que puede verse materializada por la idea del panopticon de Bentham.

Quizá ya antes del Siglo XVIII la sociedad occidental comienza a mostrarse como una sociedad de control, con alta vocación de sociedad autoritaria. No dejar espacios sin observar será el cometido de las fuentes de poder. Nuestra cercanía con esa manera de aproximarse al mundo quizá no nos permita darnos cuenta de ese hecho, pero hay detalles reveladores: ¿Por qué, por ejemplo, para llevar a cabo una relación de enseñanza aprendizaje hay que partir de una valoración, por un lado y de una disciplina más encajonante, a lo militar y menos persuasiva para que las potencialidades de las personas puedan fluir? Desde el pre escolar o maternal se nos dan los conocimientos -no se nos estimula a buscarlos- dentro de un régimen de control y se nos enseñan las cosas basados en la distinción entre lo bueno y lo malo. Todavía persiste en las instituciones educativas la nota de conducta, por ejemplo, y la valoración del conocimiento de cualquier disciplina está teñido de esa conducta del "sometido" al aprendizaje. Control (de la personalidad, del cono-

cimiento, de las apetencias, de la procedencia, del entorno social y familiar) y aprendizaje son casi un sólo término.

Desde su reciente nacimiento como pena, pues su origen para otras utilidades es más lejano, la prisión ha sido suficientemente criticada; sin embargo se ha mantenido como si hubiera sido la panacea. ¿Por qué y de dónde, su éxito?

En nuestra sociedad panoptica, en donde el control parece ser la base esencial del quehacer estatal, la prisión es el controlador por excelencia, pero a la vez es el diferenciador social por excelencia, al igual que el manicomio. La existencia del asilo, la existencia de la cárcel, nos dan la tranquilidad de no ser de los de ahí, nos diferencia. Esa tranquilidad social es invaluable, no tiene precio.

He ahí el porqué del éxito de la prisión: se convierte en el controlador máximo y, a la vez, oculta el hecho de que existen otros controles; El control está en la prisión que nació precisamente para eso, pero nuestra sociedad no es una cárcel, no es controladora... La prisión justifica nuestra sociedad, y también le llena a los ciudadanos una necesidad múltiple, en el mundo contemporáneo: da tranquilidad que el delincuente esté prisionero e -inconfesable, para muchos-: apacigua el sentimiento de venganza por el daño, aunque no sea por el propio daño. (Por supuesto, con el fenómeno de la información de masas, tanto el sentimiento de seguridad como el de venganza pueden ser magnificados, reforzados, etc, sin embargo ese es un tema que escapa a este ensayo).

## II. LOS PROBLEMAS DE LA CÁRCEL

### 1. Los usuarios:

No es nuevo hoy leer en todos los estudiosos de las disciplinas del control social y de los temas penitenciarios, que las cárceles están pobladas de infractores de mínima y mediana gravedad y peligrosidad. Esto lo constatan como mucha claridad los técnicos del sistema penitenciario, que no así los juzgadores que tienen prácticamente ninguna oportunidad de conocer realmente a quien juzgan.

Es un hecho que en América Latina las cárceles están pobladas de infractores contra la propiedad, de poca gravedad y peligrosidad en su mayoría. Sin embargo el concepto que se maneja en el común de las personas es que la cárcel es el lugar de homicidas y violadores. Y lo es, pero en un bajo porcentaje en relación con los primeros. Por lo demás, los autores de hechos que causan un verdadero daño social, hechos

por lo demás no noticiados, no están en prisión, porque generalmente pertenecen a grupos sociales de los cuales no se selecciona la "clientela" carcelaria.

Paralelo a este panorama, los encierros latinoamericanos -y en concreto, el costarricense- no parecen estar listos para contener delincuentes de grupos económicamente fuertes; tampoco el código penal, en su sistema de penas, está preparado para ello: en los casos de formas graves de delincuencia -criminalidad organizada, delincuentes peligrosos- por ejemplo, la respuesta carcelaria parece limitada. Se imponen los años de prisión que el delito permita y punto. En contraste, las formas de reincidencia, habitualidad y profesionalidad, realmente sólo tocan a los delincuentes contra la propiedad de mínima y media gravedad.

### 2. El deterioro carcelario:

El profesor Zaffaroni ha mencionado el proceso de prisionización, para referirse al deterioro que sufre un sujeto en la institución total. "La prisión o 'jaula' es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: genera una patología cuya característica más saliente es la regresión, lo que no es difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o no conoce... Por otra parte, se le lesiona la autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisitos degradantes...".

Ese deterioro es permanente y perdura más allá de la cárcel. Dice Foucault cuando se refiere al punto, que su gran asombro cuando observa el sistema penal y particularmente el sistema de las prisiones, es que todo sujeto que ha sido sometido al poder del sistema penal, "...permanece marcado hasta el final de sus días, está colocado en una situación tal, en el interior de la sociedad, que ya no se le devuelve al lugar del que venía, es decir, ya no se le devuelve al proletariado. Sino que constituye, en los márgenes del proletariado, una especie de población marginal cuyo papel es muy curioso." Este curioso papel del que nos habla el autor consiste, entre otros, en ser un ejemplo negativo ("si nos vas a la fábrica, esto es lo que te ocurrirá")

### 3. El papel del juez

Lo mencionado no parece tener que ver con la actividad judicial: el juez se limita a su función de aplicar la ley, pero en su formación no se le ha enseñado qué ocurre con sus fallos. Por otra parte, aún en los casos de jueces que comprendan el problema de la

cárcel, ante la necesidad de dictar una condena tiene muy pocas salidas para no utilizar el encierro. Por ejemplo, de acuerdo con las estadísticas respectivas, la condena de ejecución condicional es suficientemente utilizada en nuestro medio, sin embargo sólo es una alternativa de muy corto alcance.

(Permítaseme esta digresión: En realidad, el juez que siempre anda en busca de la verdad real no se percata, quizá, de que no se le da ninguna oportunidad procesal para que descubra esa realidad. Todo lo tiene que saber por otros: los hechos, el daño, el imputado, la víctima en su casi invisible paso por el proceso... En realidad juzga un bosquejo, una narración, o mejor un "colage" de narraciones y, además, no sabe a qué castiga cuando castiga a pena de cárcel, porque su acercamiento teórico y vivencial del encierro es mínimo y siempre matizado por el concepto pre elaborado: la pasan mejor que en la calle; por lo menos tienen comida; qué más quieren si hicieron mal; los tratan mejor que a los de afuera, etc, etc.)

Tampoco el juez que condena tiene control sobre la condena. Es más, la poca relación jurisdiccional que existe en Costa Rica en la ley, no opera de manera óptima en la práctica, pues al parecer se leyó literalmente el Código de procedimientos penales, cuando habla del juez de ejecución de la pena lo hace en singular, y se creyó que había solo un juez...

El control de la condena lo maneja el poder ejecutivo. Eso está bien, pero el funcionario penitenciario, que es más conciente de la realidad de los condenados a pena de prisión ha tenido que venir agenciándose las para minimizar los efectos deteriorantes de la prisión y creando verdaderas alternativas administrativas, con base en el artículo 55 del Código Penal.

En Costa Rica, este problema se minimiza cuando por voluntad administrativa se hace uso de mecanismos de desinstitucionalización que se sostienen con una gran dosis de buena fé entre las partes.

Esa desinstitucionalización administrativa es el gran respiro para que la cárcel costarricense no explote. El fenómeno en el resto de los países latinoamericano es aun más institutivo y circunstancial: cada vez que en la cárcel se abarrota, se busca alguna manera de echar a la calle a internos; se despuebla, se puebla y se vuelve a repoblar. Esta es la dinámica de cárcel latinoamericana. En Costa Rica, queremos repetir esto funciona con más tino y profesionalidad, porque está en manos de personas que manejan el problema de manera profesional. Sin embargo no tiene un asidero legal muy fuerte y puede desaparecer en cualquier momento.

### III. LA NECESIDAD DE MECANISMOS JUDICIALES DESINSTITUCIONALIZADORES

#### 1. El poder del juez:

Es necesario dotar al juez de herramientas legales para que pueda optar por sanciones que no impliquen encierro, cuando este no sea necesario. Es indispensable, también, adaptar el sistema sancionatorio a formas de delincuencia que verdaderamente cause un daño social, y no sólo se limite a ocupar espacio en la prensa. Nos referimos a que nuestra cárcel y los medios legales con los que cuenta el juez, más parecen estar diseñados para la mínima y mediana delincuencia y no para la delincuencia peligrosa y para la organizada. La formas de reincidencia y habitualidad, por ejemplo, están más encaminadas a los sujetos fracasados que por cuasas socioeconómicas están en la penitenciaría, pero es posible que no funciones para los delincuentes económicamente fuertes, pues estos son menos vulnerables y no "acuden" a menudo a la prisión.

Parece necesario dar vuelta al problema. Para ello es necesario tamizar mejor la infomación de los medios masivos de comunicación, pues es posible que pueda interesar más el pequeño robo que la gran estafa, el gran daño social... Mientras el sistema de justicia penal siga haciendo eco de las campañas de seguridad ciudadana y no se cuestione vqué es lo que verdaderamente pone en peligro a la ciudadanía, vamos a seguir vendiendo una "justicia para marginados" cuando en realidad los marginados lo que menos necesitan es una nueva marginación, sino formas de incorporación a la sociedad.

#### 2. La necesidad de que la administración penitenciaria cuente con bases sólidas de juridicidad

La vida jurídica del sistema penitenciario costarricense, en lo que se refiere a las ulteriores individualizaciones de la penalidad, presenta serias lagunas y endebles sostenes. Por una parte, la insitutción del Juez de Ejecución de la Pena resulta absolutamente insuficiente en cuanto a la demarcación de sus funciones. De acuerdo con lo que señala el Código de Procedimientos Penales, que es la ley que crea este instituto, no corresponde a ese juez, pues no dice que le corresponda, las ulteriores individualizaciones de la penalidad. Por otra parte, de acuerdo con los reglam,entos del sistema penitenciario, sin decirse expresamente es el poder ejecutivo quien está encargado de las individualizaciones a las penalidades. A su vez, el

artículo 44 del Código Penal, al permitir descuentos por trabajo, ha sido un arma importantes para ejecutar ulteriores individualizaciones.

En realidad el quehacer carcelario costarricense no tiene sino unas pocas bases de juricidad -algunas cuestionables- que lo sostengan. La relación entre el juez de la causa -que individualiza las penas- y el poder ejecutivo que opera el cumplimiento es más de buenas relaciones personales -casi a nivel doméstico- que de buenas relaciones normativas.

Una institución, el Juez de Ejecución de la Pena, limitada en su jurisdicción, alcances y operatividad, un "mágico" artículo 55 y dispersos pronunciamientos de la Procuraduría y sentencias de la Sala Cuarta, parecen ser el sostén de algo tan importante para la república como lo es el cumplimiento de penas.

De esta manera, la juricidad en la marcha del sistema penitenciario, en cuanto al juego de las individualizaciones secundarias de la penalidad, no resiste, en Costa Rica, el menor cuestionamiento.

#### IV. LOS ASPECTOS MAS RELEVANTES DEL PROYECTO DE PENAS ALTERNATIVAS

El proyecto de penas alternativas -complementado por un proyecto de Ley de Ejecución Penal- busca establecer una relación fluida, armónica y absolutamente jurídica entre la individualización judicial y las necesarias ulteriores individualizaciones de la penalidad que no debe -ni podría- hacer el juez de la causa.

Luego que un juez dicta la condena, se hace necesario que se estén revisando una serie de aspectos atinentes al cumplimiento de la prisión: que tipo de encierro; los aspectos relevantes al trabajo y los beneficios que ello implica, entre otros aspectos, no podrían estar confiados al juez que dictó la sentencia; esa no es su labor.

##### 1. Instituciones que implica:

###### a. El Juez de Ejecución Penal.

El anteproyecto en discusión mantiene la actual figura del juez de ejecución de la pena, pero le aumenta notablemente las funciones. Obviamente, su primera y más importante función es la de servir de control judicial en la ejecución de la pena. Debido a ello debe ser letrado, e instruir los casos que se le someten a su conocimiento.

En una primera versión, este juez actuaba acompañado de dos escabinos -jueces no letrados-: un técnico del sistema penitenciario y un representante de las

comunidades. Así las cosas, el juez de ejecución debería llamar a los integrantes de ese tribunal para efectuar las individualizaciones de la pena.

Una comisión que estudio el anteproyecto sostiene que ese tribunal roza con la Constitución Política, debido a su integración con jueces no letrados. De ser esto así, la alternativa es sustituirlo y crear la consulta judicial -del de ejecución de las penas- obligatoria tanto al equipo técnico como a los representantes de la comunidad.

###### b. *Los Tribunales de Ejecución Penal; o la consulta obligada a los técnicos y a la comunidad.*

Por lo dicho en el punto anterior, es necesario esperar una consulta formal y su respectiva respuesta para tomar una decisión al respecto. Sin embargo, lo importante, sea cual fuere la solución, es el por qué de la asesoría o compañía judicial.

Un juez de ejecución es unj profesional en derecho. La formación en las disciplinas técnicas que implica el quehacer penitenciario y la opinión de las comunidades involucradas en los actos delictivos no podrían ser nunca suplidas por una formación adicional a los jueces de ejecución. Por otra parte, si se deja al conocimiento del abogado las ulteriores individualizaciones de la pena, nunca se va a poder lograr nada.

##### 2. Las penas alternativas del ante proyecto:

###### PENAS CARACTERISTICAS PRINCIPALES INHABILITACION

(Art. 52) Se trata de la privación de empleo, cargo, profesión, o derecho e incapacidad para obtener otro durante el tiempo de la condena.

###### INTERDICCION

(Art. 52) Privación del derecho a obtener empleo, cargo o a ejercer profesión u oficio.

###### DETENCION DE FIN DE SEMANA

(Art. 53) Se trata de la limitación a la libertad ambulatoria por periodos.

###### a) Duración:

1. Mínima: 10 a 8 horas
2. Máxima: 48 horas

###### b) Establecimientos: diferentes a los destinados

a la ejecución de la pena de prisión.

### **PRESTACION DE TRABAJO DE UTILIDAD PUBLICA**

(Art. 54)a) De 8 a 16 horas semanales.

b) Lugar y horario acordados con el Juez Penal o Tribunal de Ejecución.

### **LIMITACION DE RESIDENCIA:**

(Art. 55)a) Obligación de residir en un determinado lugar.

b) No salir de él sin autorización judicial.

c) La fija el juez penal o el tribunal de ejecución penal.

d) Objeto: **PROHIBICION DE RESIDENCIA:**

(Art. 56)a) Prohibición de residir -ir o transitar- por determinado lugar.

b) Corresponde al juez penal o tribunal de ejecución determinar el lugar.

### **PENAS CARACTERISTICAS**

#### **PRINCIPALES ARRESTO DOMICILIARIO:**

(Art. 57) Obliga al penado a permanecer y no salir de su domicilio durante el tiempo de su duración.

#### **CUMPLIMIENTO DE INSTRUCCIONES:**

(Art. 58)a) Es un plan de conducta en libertad.

b) Lo establece el Juez Penal o el Tribunal de Ejecución Penal.

c) Pueden contener lo siguiente: (puntos del artículo)

-Prohibición - modificaciones

-Violación de instrucciones

#### **MULTA REPARATORIA:**

(Art. 59) Obliga a trabajar y pagar a la víctima o su familia una parte de sus ingresos.

#### **AMONESTACION:**

(Art. 60) Adecuada y solemne censura oral en audiencia privada ¿Juez?

### **CAUCION DE NO OFENDER:**

(Art. 61) El penado asume el compromiso de no cometer un hecho:

-Dar caución, objeto o dinero (puede ser parte de su salario mensual)

-No excede de 5 años, excepto el artículo 77.

### **3. Quién individualiza las penas.**

#### **MOMENTOS DE INDIVIDUALIZACION DE LA PENA**

**La primera individualización la hace el Juez de la Causa:**

a) Individualiza según el grado de penalidad que corresponda; y

b) determina las condiciones de cumplimiento de acuerdo con las condiciones de cada una de las penas.

**La segunda individualización la hace el Tribunal de Ejecución Penal:**

a) Puede modificar la individualización con el mismo arbitrio que para la individualización primaria.

b) Puede mantener la individualización anterior y modificar sus condiciones

### **4. Las penalidades y la individualización de las penas.**

En el texto en comentario se parte de una distinción entre pena y penalidad, siendo esta última la cuantía de la sanción, la intensidad de la punición.

a. Penalidad Menor:

La llamada penalidad menor recoge sanciones que llegan hasta los tres años. En estos casos el Juez de la causa deberá reemplazar esa prisión por:

- Detención de fin de semana

- Trabajo de utilidad pública

- Sometimiento a instrucciones judiciales

- Fijación o prohibición de residencia

- Multa reparatoria

- Multa 60 días multa

En casos calificados y si se trata de penalidad superior a 1 año (artículo 65) la alternativa puede ser

reemplazada por prisión mediante resolución fundada.

De acuerdo con el artículo 66 sólo se impone prisión cuando el penado incumpla de manera grave y voluntaria las otras penas. Debe imponerse durante el menor tiempo posible y se puede reemplazar de acuerdo con las siguientes hipótesis:

- i) La penalidad inferior a 1 año (artículo 67): por amonestación si se reparó el daño y no fuese adecuada la multa.
- ii) Penalidad mayor de 1 año y menor de 3 años. (art. 68): Se puede reemplazar por pena de amonestación si al penado no se le hubiere impuesto pena en los 5 años anteriores.
- iii) Condena de Ejecución Condicional (art. 69): Cabe para aquellos casos de penalidad inferior a tres años.
- iv) Paralización del proceso penal a prueba: (Artículo 70): El juez dispone de la paralización del proceso, si se da alguno de las siguientes supuestos: a) Si es previsible una penalidad menor; b) si es confeso y repara o afianza el daño; c) si no hubiese cumplido pena ni condena de ejecución penal, ni sometimiento a prueba en los 5 años anterior  
Para paralizar el proceso, el juez somete a la persona a prueba por un plazo de que va de 6 meses a 3 años y le impone, durante ese plazo, un régimen análogo a cumplimiento de instrucciones. Vencido el plazo se extingue la acción penal.
- v) Otros casos de paralización (artículo 71): Cuando no se den las anteriores hipótesis, puede paralizarse el proceso si el hecho se hubiere cometido entre parientes próximos, o en el seno de grupos de convivencia y la paralización es conveniente para la víctima, la armonía, o la prevención de otros conflictos).
- vi) Reemplazo de prisión por amonestación: Ocurre en aquellos casos en donde el hecho también tuvo consecuencias para su autor, o personas vinculadas afectivamente con él o para su patrimonio. También cuando el autor padece de una enfermedad que limita sus expectativas de vida. Igualmente en el caso del extranjero que se comprometiera a abandonar el país y a no regresar en los próximos cinco años.

vii) Aplazamiento de la ejecución de todas o algunas penas (artículo 72). Se puede dar: a) Por razones de salud. b) Cuando la mujer esté embarazada (9 meses) c) suspensión hasta 6 meses: Si la inmediata ejecución acarrea gran daño para el penado o familia o dependientes.

viii) Aplazamiento del fallo que individualiza las penas (Artículo 73): Si, de acuerdo con el conflicto o las características de la víctima, resulta conveniente, se puede hacer hasta por 6 meses, para comprobar la actitud positiva del procesado en relación con la reparación del daño, la resolución del conflicto o para mitigar sus efectos.

b) Penalidad Media (artículo 74):

Esta unidad de pena recoge sanciones que van de tres a ocho años. Implica sometimiento a una institución penitenciaria, mínimo, hasta la mitad de su duración. Pasado ese término, puede reemplazarse de acuerdo con las reglas de la penalidad menor.

c) Penalidad grave (artículo 75):

La penalidad grave importa sanciones de 8 a 15 años con sometimiento a una institución penitenciaria, como mínimo, hasta la mitad del tiempo total. Transcurrida la mitad, puede reemplazarse de acuerdo con las reglas del reemplazo de la penalidad menor.

El reemplazo deberá contener, como mínimo: i) sometimiento a instrucciones; ii) limitación de residencia; iii) Multa reparatoria, salvo disposición en contrario. Durante los dos primeros años se impondrá además detención de fin de semana y trabajo de utilidad pública.

d) Penalidad Máxima (artículo 76):

Contiene las penas de prisión de 15 a 20 años. La mitad debe ser cumplida con sometimiento efectivo a la institución penitenciaria. Puede ser reemplazada de acuerdo con las siguientes condiciones (siguiendo las reglas del reemplazo de la penalidad menor): Se debe imponer siempre, con el reemplazo, i) limitación de residencia; ii) sometimiento a instrucciones, mínimo los 3 primeros años; y iii) detención de fin de semana o trabajo de utilidad pública. En todas la hipótesis se impone la multa reparatoria.

e) Disposiciones comunes a las penalidades grave y máxima.

Esta disposición se refiere a supuesto de delin-

cuencia organizada y/o peligrosa. Busca prevenir reiteraciones. De ocurrir alguna de las hipótesis enumeradas en el artículo 77, las reglas son las siguientes:

a) La pena superior a 8 años no se reemplazará sino hasta cumplidos los dos tercios.

b) Se impone conjuntamente con :i) Inhabilitación; ii) Interdicción de derechos; iii) Cumplimiento de instrucciones. iv) Puede imponerse también: caución de no ofender.

Cumplidos 5 años del reemplazo puede ocurrir:

a) que se extinga la pena si se considera que ya no hay particular riesgo.

b) que se sigan cumpliendo otros 5 años si el riesgo continua. En este caso el Tribunal se pronunciará cada año.

## 5. La prescripción como alternativa desinstitucionalizadora.

Muy brevemente señalamos en este punto la existencia de un cambio en el sistema de prescripción, que varía notablemente los parámetros que sigue el código penal.

Siguiendo a la legislación brasileña, el texto del proyecto crea una serie de posibilidades diferentes al sistema vigente de prescripción de la acción penal. Entre ellas aparece la no prescripción de la acción cuando se trata de delitos considerados crímenes con-

tra la humanidad. También el caso de la reducción a la mitad, del tiempo de prescripción, cuando al interesado le sobrevenga una enfermedad que limite sus expectativas de vida. También el caso de la declaración de la prescripción en sentencia si entre el momento de la iniciación de la causa y la sentencia definitiva hubiese transcurrido un tiempo superior a dos años e inferior al de la penalidad impuesta.

## BREVE CONCLUSION.

Por el tipo de trabajo que hemos presentado, es imposible extraer conclusiones. Sin embargo queremos hacer mención a dos aspectos que llaman la atención:

Encontramos de fundamental importancia la discusión en Costa Rica de un proyecto como este, máxime que las políticas desinstitucionalizadoras que ha estado llevando a cabo desde hace varios años, necesitan por un lado apoyo legislativo y, por otro, ser descargada en cantidad por la posibilidad judicial de no enviar a prisión.

Por otra parte, es necesario apuntar que el proyecto cambia el ángulo de enfoque, en relación con la delincuencia y de la focalización a la criminalidad mínima y media se pasa al énfasis en las formas de criminalidad grave. Este es un hecho que merece ser discutido en nuestro medio.

## Bibliografía

ALVARADO, CARLOS et. al. *El proyecto de penas alternativas*. Informe del equipo de trabajo integrado por Carlos Fco. Alvarado Soto, José Ml. Arroyo y Alfredo Chirino, ILANUD, 1992, sin publicar.

ARCE, JORGE *Informe sobre la prescripción de la acción penal en el proyecto de penas alternativas*. Informe del autor a la dirección del Proyecto, ILANUD, 1992, sin publicar.

BERINSTAIN, ANTONIO. *La pena retribución y las actuales con cepciones criminológicas*. Depalma, Buenos Aires, 1982.

FOUCALT, MICHEL. *Vigilar y castigar*. Siglo Veintiuno Editores, México, 1976.

*Un diálogo sobre el poder*. Alianza Editorial, Madrid, segunda reimpresión, 1985.

*La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, México, primera edición, 1983.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *En busca de las penas perdidas*. Ediar, Buenos Aires, 1989.

Presentación del proyecto de penas alternativas para la República Argentina. Sin Publicar, 1992.



## JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

*Cecilia Sánchez Romero*  
Directora del Digesto de Jurisprudencia

### CONTÉNIIDO

#### RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

##### A- DERECHO PENAL

- 1- **ABUSOS DESHONESTOS** - El beso como constitutivo de abuso sexual - Inexistencia de agravación por tratarse de entrenador deportivo de equipo donde militaba la ofendida.
- 2- **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - La responsabilidad civil por conducta culposa no puede relevarse argumentando un pago futuro por el INS.
- 3- **AGRESION CON ARMA** - Diferencia con las amenazas.
- 4- **AMENAZAS CON ARMA DE FUEGO** - Derogatoria del artículo 140 del Código Penal en lo referente a ese tipo de amenaza.
- 5- **APODERAMIENTO DE ENERGIA ELECTRICA** - Naturaleza del delito.
- 6- **CANCELACION DE LICENCIA** - Diferencia entre la medida precautoria de la Ley de Tránsito y la sanción que establece el Código Penal.
- 7- **COACCION** - Necesidad de que el sujeto pasivo haya sido compelido a hacer, omitir o tolerar algo a lo que no está obligado.
- 8- **CONCUSION** - Diferencia con la exacción ilegal.
- 9- **CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL** - Incorrecta apreciación sobre la falta de arrepentimiento como motivo para denegar el beneficio.
- 10- **CORRUPCION** - No es necesario una pluralidad de actos ni que la alteración en el instinto sexual sea apreciable.
- 11- **CULPA** - Análisis del concepto.
- 12- **DAÑO MORAL** - Indemnización posible en delitos pluriofensivos como el desacato.
- 13- **DELITOS CONTRA EL HONOR** - Ofensas a la memoria de un difunto como delito de acción privada.
- 14- **DESACATO** - Irrespeto a funcionario judicial.
- 15- **DESACATO** - Ofensas a Juez de la República - Irrelevancia del hecho de que al momento de ocurrir la supuesta sustracción el ofendido fuera actuario.
- 16- **DESACATO** - Referencia genérica a cualquiera de las formas de afectación al honor - Diferencia con la concepción de honor de la injuria.
- 17- **ESPECULACION** - Inexistencia de responsabilidad penal objetiva.
- 18- **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE** - Necesidad de que el pago se frustre por acción deliberada o prevista por el autor al momento de entregar el cheque.
- 19- **FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO** - La mera posibilidad del perjuicio completa la conducta reprimida.
- 20- **HURTO** - Apoderamiento de trozos de madera.
- 21- **REINCIDENCIA** - La cancelación de asientos de inscripción de sentencia por el transcurso de diez años, lo es para todos los efectos.
- 22- **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Los camiones cisterna destinados al transporte de combustible entren en las previsiones del artículo 38 de la Ley de Tránsito.
- 23- **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO** - Naturaleza
- 24- **ROBO** - Violencia en las personas cuando el despojo vence la resistencia natural y espontánea que opone el cuerpo de la víctima.
- 25- a) **ROBO SIMPLE** - La fuerza utilizado debe estar vinculada con el apoderamiento.  
b) **ESTAFA Y APROPIACION INDEBIDA** - Diferencia en el abuso de confianza que comprenden ambos delitos.

- 26- **TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS** - Naturaleza del delito - Alcances de la descripción típica.
- 27- **TENTATIVA DE HOMICIDIO** - No es indispensable que el dictamen médico señale que las lesiones producidas pusieron en peligro la vida.
- 28- **TENTATIVA DE VIOLACION** - Algunas consideraciones sobre la tentativa.
- 29- **TRAFICO DE DROGAS Y ESTIMULACION AL CONSUMO** - La promoción indiscriminada del consumo no constituye un requisito de tipicidad.
- 30- **TRAFICO DE MARIHUANA** - El concepto "dependencia" debe extraerse de otras normas que regulan la materia, sin que su ausencia incida en la tipicidad.
- 31- **USURPACION** - Restitución de la posesión en vía de ejecución aunque no se ordenara expresamente en la sentencia.
- 32- **USURPACION** - Restitución del bien a la poseedora.
- 33- **VIOLACION** - Agravación por concurso de varias personas no requiere acceso carnal de todos.
- 34- **VIOLACION DE DOMICILIO** - Requisitos para su configuración.
- B- DERECHO PROCESAL PENAL**
- 35- **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - La facultad de dejar las conclusiones por escrito no autoriza la inasistencia al debate.
- 36- **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Posibilidad de incorporar de oficio prueba para mejor resolver referida a aspectos civiles del delito.
- 37- **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Pretensiones pueden concretarse por escrito, desde el inicio y reiterarse en el debate.
- 38- **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Si la condena en abstracto perjudica al actor civil, el demandado civil carece de legitimación para reclamar el vicio.
- 39- **ACTA DEL DEBATE** - Causales de nulidad.
- 40- **ACTAS DE SECUESTRO** - No existe prohibición que impida a la policía auxiliar ser asistida por testigos que pertenecen al mismo cuerpo policial.
- 41- **BENEFICIO DE EJECUCION CONDICIONAL** - Modificación incorrecta por vía de aclaración y adición.
- 42- **COMPETENCIA** - Criterios de determinación en casos de acumulación de conformidad con la gravedad del delito.
- 43- **DECLARACIONES RENDIDAS ANTE LA POLICIA** - Introducción ilegal de versión policial distinta a la declaración rendida ante los juzgadores.
- 44- **DEMANDADO CIVIL** - Posibilidad de continuar trámite aunque no se haya declarado su rebeldía.
- 45- **DERECHO DE ABSTENCION** - Alcances en cuanto a personas protegidas por ese derecho.
- 46- **DERECHO DE DEFENSA** - Limitación arbitraria al ejercicio de codefensa - Incompatibilidad entre la condición de testigo y defensor.
- 47- **IN DUBIO PRO REO** - Naturaleza de la duda.
- 48- **INCIDENTE DE EJECUCION** - La posibilidad de utilizarlo para declarar inexistencia de sentencia penal requiere el examen previo de algunos aspectos.
- 49- **INDAGATORIA** - Posibilidad legal de incorporarla por lectura.
- 50- **INHIBITORIA** - Trámite cuando se inhiben todos los miembros de un Tribunal.
- 51- **INTERPRETACION RESTRICTIVA DE NORMAS** - El artículo 3 del Código de Procedimientos Penales no se aplica en relación con normas sustantivas.
- 52- **LIBERTAD CONDICIONAL** - La apelación a que se refiere el artículo 515 del Código de Procedimientos Penales debe conocerla el Tribunal que dictó la resolución que se ejecuta.
- 53- **NULIDAD DE SENTENCIA** - La nulidad de sentencia por recurso de coimputado no puede afectar la sentencia del absuelto, aunque no se indique expresamente.
- 54- **PLAZOS** - Forma de computarlos cuando median asuetos parciales.
- 55- **PRUEBA** - Facultades del Tribunal de Juicio para ordenar prueba pertinente.
- 56- **PRUEBA** - Obligación de cumplir requisitos mínimos de seguridad en la cadena de custodia de la prueba.
- 57- **PRUEBA** - Omisión ilegítima por estar al alcance los medios técnicos para obtenerla.
- 58- a) **PRUEBA EN CASACION** - Posibilidad de ordenarla para acreditar hechos del proceso.  
b) **Estado civil** - Alcances del concepto.
- 59- **PRUEBA TESTIMONIAL** - Posibilidad de valorar las declaraciones recibidas en fase instructiva frente a las otorgadas en audiencia oral.
- 60- **QUERELLA** - La omisión de notificar a la querellada el cambio de hora para la conciliación no produce nulidad.
- 61- **QUERELLA** - La omisión del querellante de solicitar imposición de pena le impide recurrir en casación.

- 62- **RECONOCIMIENTO JUDICIAL** - El que se señale en el debate a una persona para especificar a quién se refiere el deponente no constituye reconocimiento judicial, pero puede ser valorado por el juez.
- 63- **RECURSO DE CASACION** - Necesaria indicación separada de cada motivo con sus fundamentos.
- 64- **RECURSO DE CASACION** - Omisión de cita de norma que prevé la nulidad por falta de aplicación de las reglas de la sana crítica.
- 65- **RECURSO DE REVISION** - Improcedencia en materia de faltas y contravenciones.
- 66- **REPOSICION DE EXPEDIENTE** - Requisitos de las fotocopias.
- 67- **REQUERIMIENTO DE ELEVACION A JUICIO** -
- 68- **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Propietario de vehículo con carta de venta protocolizada sin inscribir
- 69- **RESTITUCION DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO** - No es necesario ejercer la acción civil para disponer la restitución.
- 70- **SENTENCIA** - Fundamentación contradictoria.
- 71- **SENTENCIA** - Omisión de lectura por inasistencia de las partes no provoca nulidad.
- 72- **SUPENSION DEL DEBATE** - Forma de computar plazos cuando median asuetos concedidos por Corte Plena.

## RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

### a) DERECHO PENAL

- 1- **ABUSOS DESHONESTOS** - El beso como constitutivo de abuso sexual - Inexistencia de agravación por tratarse de entrenador deportivo de equipo donde militaba la ofendida.

"En el recurso por el fondo la defensa alega violados los artículos 1, 2, 30, 158 y 161 del Código Penal, y 39 de la Constitución Política, al estimar en primer término que la conducta del imputado no es típica del delito de abusos deshonestos, porque el acto de besar a la ofendida no tiene el carácter de libidinoso o impúdico que exige el tipo penal. Al respecto debe indicarse que el beso constituye una de las conductas más difíciles de calificar para establecer si constituye un abuso sexual o no, por la gran cantidad de significados que puede tener. Al analizar el beso como acto típico del delito de abusos deshonestos, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones. Una primera corriente sostiene que el beso no constituye un acto típico de abuso deshonesto, salvo que sea acompañado con otras actuaciones que determinen en forma clara una conducta impúdica en el sujeto activo; para otros, siempre constituye un acto de naturaleza sexual; mientras que una tercera posición, que ha sido dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (véanse, entre otros, a NUÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1964, tomo IV, p. 313, 314; ARCILLA GONZALEZ, Antonio. *El delito sexual en la legislación colombiana*. E. Caravana, Bogotá, 1959, 2ª edición, pp. 121, 122; CARMONA SALGADO, Concha. *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 103 y 104; y BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar. *Código Penal comentado, anotado y concordado*. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 4029. En realidad el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Besar puede ser la expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, puede

reflejar un acto de amor filial, puede constituir una práctica consuetudinaria de saludo, incluso de piedad, desprovisto siempre de cualquier significado impúdico, pero también puede estar fundamentado en una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva. Ahora bien, para desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado del beso y la finalidad del autor, es indispensable examinar con sumo cuidado todas las circunstancias en que el acto se produjo. Para aplicar el tipo penal de abusos deshonestos a una persona que besó a otra, en primer término debe verificarse la concurrencia de alguno de los supuestos de la violación (que la víctima es menor de 12 años, o que estaba privada de razón o incapacitada para resistir; o que se utilizó violencia o intimidación), y luego el Tribunal debe necesariamente concluir, con absoluta certeza, que el acto fue libidinoso, tomando en consideración el momento y la ocasión en que se produjo el acto, las condiciones del lugar, la oportunidad, y todas las demás circunstancias fácticas y anímicas que rodearon el hecho. En el presente caso la mayoría del Tribunal concluyó en que el beso fue libidinoso por varias razones. Eliminando aquellos razonamientos ya impugnados en el recurso por la forma, restan únicamente las condiciones circunstanciales en que se produjo la acción. En este sentido los juzgadores de mayoría señalaron que el encartado era el entrenador del equipo de voleibol de la Escuela donde estaba la menor ofendida, y que durante la práctica de un entrenamiento, el imputado abrazó y besó a la ofendida en la boca, en contra de su voluntad y en forma subrepticia, para lo cual ingresó al servicio sanitario de las mujeres, donde estaba la menor. De esas circunstancias, tenidas por ciertas en el fallo impugnado e invariables en un recurso por el fondo, la Sala también deduce que el sentenciado se motivó en fines libidinosos, en contra de una niña menor de doce años, al aprovecharse de su condición de entrenador para ingresar al baño de las mujeres, sorprendiendo a su víctima con un beso en la boca, pese a la resistencia de la menor. Es evidente que el sentenciado abusó deshonestamente de la ofendida, y buscó el momento oportuno para cumplir su propósito, cuando no estaba expuesto a las miradas de los demás. En consecuencia, debe rechazarse el primer argumento de falta de tipicidad alegado por la defensa. También en el recurso por el fondo el señor defensor alega la violación de los artículos últimamente citados, porque se tuvo

al imputado como el encargado de la guarda y custodia de la menor ofendida, por ser el entrenador del equipo de voleibol donde ella estaba, y con base en ello se le aplicó el delito en su forma agravada. Lleva razón el recurrente. El delito de abuso deshonesto agravado, en la fórmula aplicada por la mayoría del Tribunal, exige que el sujeto activo sea el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima (artículos 158 y 161 del Código Penal). En el caso de autos esa categoría no es posible aplicársela al imputado, por haber sido éste el entrenador ad-honorem del equipo de voleibol en que militaba la ofendida, aún cuando el encartado se hubiere prevalido de esa situación para cometer el ilícito. La agravación se produce sólo cuando concurren en forma específica alguno de los supuestos de los artículos 157 o 158 *ibídem*, no cuando alguna persona se encuentra en una situación similar o parecida a la del maestro, guardador o tutor de la víctima. El entrenador del equipo no era el encargado de la educación, ni el guardador ni tutor de la ofendida, en cuyo caso no podríamos estimar agravado el delito, porque tampoco concurre alguno de los demás supuestos. En consecuencia, procede acoger esta parte del reclamo, casar la sentencia en cuanto estimó que el delito concurría en su forma agravada [...]."

1992. SALA TERCERA, Nº 104-F de las 8,40 hrs. del 3 de abril.

2- **ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA - La responsabilidad civil por conducta culposa no puede relevarse argumentando un pago futuro por el INS.**

"Reclama la recurrente el quebranto de los artículos 103 y 108 del Código Penal, así como del 122, 123 y 124 de la Ley 4891 de 8 de noviembre de 1971 (Sobre Responsabilidad Civil del Hecho Punible), todos por errónea aplicación. Hace consistir su disconformidad en que a pesar de tenerse al imputado como autor responsable de la colisión ocasionada con su imprudencia, por la cual destruyó el vehículo propiedad suya y que conducía [...] -el otro actor civil-, el juez "absolvió civilmente" a [...] por tales daños, "dando argumentos que solo evidencian el absoluto desconocimiento de las normas mencionadas." [...]. Efectivamente le asiste razón. El a-quo declaró sin lugar la acción civil ejercida por la impugnante, acogiendo la excepción de falta de interés que opuso el demandado [...], manifestando que "...la suma solicitada por el señor representante de la actora, es la misma que el Instituto Nacional de Seguros le cancelará por la pérdida total de su vehículo como producto del accidente..." [...], con lo cual vulneró la normativa en que se apoya la gestionante, toda vez que evidentemente la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal (por conducta culposa) [...], es independiente en el presente asunto de quien pueda cancelar en el futuro (en este caso el INS) la pérdida total del automotor referido."

1992. SALA TERCERA, Nº 46-F de las 9,35 hrs. del 23 de enero.

3- **AGRESION CON ARMA - Diferencia con las amenazas.**

"Ciertamente el delito de Agresión supone acometimiento o ataque (con cualquier arma u objeto contundente, aunque no se cause herida), lo que lo diferencia de las Amenazas, pues aunque cabe admitir que toda agresión lleva una

amenaza ínsita, en aquellas se trata de manifestaciones de voluntad del agente activo de ocasionar o de concurrir a ocasionar un daño futuro al sujeto activo. La agresión supone, pues, un acometimiento o embestida actual, esto es, ya, ahora, en el momento, mientras que la Amenaza se dirige hacia el futuro. Por eso se dice que en el delito primeramente citado no basta la sola exhibición del arma. Así lo reconoce la doctrina mayoritaria (Cfr. al respecto, ob. de Broglia Arias y Gauna, Código Penal comentado, anotado y concordado; 2da. edic., edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, pgs. 330 y 333). En nuestro Código Penal se mantiene como delito únicamente a las Amenazas Agravadas de conformidad con los lineamientos del tipo que señala el artículo 195, pues las amenazas simples (contempladas anteriormente en el derogado artículo 194 *ibid*), hoy día constituyen la **contravención o falta** que establece el artículo 375 inciso 3) *ibid*, indicada por el recurrente."

1992. SALA TERCERA, Nº 267-F de las 9,20 hrs. del 26 de junio.

4- **AMENAZAS CON ARMA DE FUEGO - Derogatoria del artículo 140 del Código Penal en lo referente a ese tipo de amenaza.**

"En la sentencia se tiene por acreditado que el imputado interpuso su vehículo delante del carro del ofendido, obligando a éste a detener su automóvil en media vía. Seguidamente el encartado descendió de su vehículo y armado de una "cruceta" se dirigió al ofendido, "a quien mientras le gritaba una serie de improperios, con la citada cruceta le lanzó una estocada en el pecho que el ofendido trató de esquivar pero siempre lo alcanzó a la altura del hombro izquierdo, no contento el encartado con el ataque dicho, continuó lanzándole estacadas (sic) al ofendido, hasta que intervinieron los vecinos, el encartado dejó de utilizar la cruceta de medio metro de largo contra el ofendido... También se comprobó que el imputado [...] inmediatamente se dirigió a su vehículo del cual sacó una arma de fuego y con esta procedió a amenazar al ofendido al cual encañonó al tiempo que le gritaba "bájese hijo de puta" [...]. El a-quo estimó que tales hechos constituyan dos delitos de Agresión con Arma en concurso material (el primero por la agresión con la "cruceta", y el segundo por la amenaza con el arma de fuego), mientras que el recurrente alega que los actos por los que se le condenó ocurrieron de tal manera que conforman una misma acción delictiva, con un único y común propósito, por lo que en realidad con su actuar no cometió dos delitos de Agresión con Arma en concurso material, sino sólo un delito de dicha naturaleza. Esta Sala concuerda con el impugnante en que la calificación rendida por el Juzgador no es la más acertada, aunque disiente de la pretendida unidad de acción invocada en su defensa, pues, por el contrario, se constata una pluralidad de acciones (en lo que se coincide con el a-quo), pero también una pluralidad de lesiones de la ley penal, a saber, una **Agresión con Arma** (la cual se configura cuando el encartado lanzó estocadas al ofendido con una "cruceta", causándole una pequeña herida en el hombro izquierdo) y un delito de **Amenazas** (al haberse dirigido posteriormente a su vehículo para sacar el arma de fuego con que procedió a amenazar al ofendido, encañonándolo al tiempo que le gritaba "bájese hijo de puta"). Estas dos acciones no constituyen, como se dijo, una unidad de acción, sino dos hechos individuales que realizan tipos penales independientes (artículos 140 y 195 del Código Penal, respectivamente). Establecida la pluralidad de acciones, el Juez de

mérito consideró que el hecho de haber amenazado al imputado al ofendido con arma de fuego configuraba un delito de Agresión con Arma, según el texto del artículo 140 del Código Penal (que, en lo que interesa, dice: "Será reprimido... el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego"). Su error en la calificación de este segundo hecho radica en no haber tomado en cuenta la reforma legislativa de 1982 al artículo 195 *ibidem* (Ley N° 6726 de 10 de marzo), que al contemplar la amenaza con arma de fuego y por ser ley especial y posterior en el tiempo, deroga el artículo 140 del Código Penal en lo referente a la amenaza con un arma de tal naturaleza. En esta reforma, al derogarse el artículo 194 del Código Penal, la inteligencia del legislador fue la de reducir la Amenaza simple prevista en ese numeral de delito a contravención ("Amenazas personales", artículo 375 inciso 3° del Código Penal), al entender que todas las amenazas cometidas con arma de fuego son por sí mismas "injustas y graves", concurriendo de esa forma los elementos previstos por el citado artículo 195 del Código Penal. De no admitirse esta derogatoria en los alcances señalados, se caería en el contrasentido de que por un hecho más leve (la "simple" amenaza con arma de fuego del artículo 140) se tendría que imponer una pena más grave (dos a seis meses de prisión), que la asignada al que hiciera la conducta más reprochable (sea una amenaza de esa misma índole pero calificada por ser "injusta y grave"), consistente en días multa. Aparte de lo anterior, cabe observar que en este caso la aplicación del artículo 195 resulta ser la más favorable para el reo que la del numeral 140, en vista del diverso contenido de ambas sanciones penales (pena de días multa y pena de prisión, respectivamente)."

1992. SALA TERCERA, N° 191-F de las 14,35 del 4 de junio.

**5- APODERAMIENTO DE ENERGIA ELECTRICA - Naturaleza del delito.**

"En el tercer y único motivo admitido [...], se reclama la errónea aplicación del artículo 208 del Código Penal, así como la falta de aplicación del artículo 64 en relación con el 68 de la "Ley del Servicio Nacional de Electricidad", N° 258 del 18 de agosto de 1941, pues los hechos tenidos por demostrados no son delito, sino más bien una contravención o falta. Tal reproche no es de recibo. El vicio esgrimido no existe, pues mediante la promulgación del Código Penal, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970, se dispuso en lo pertinente, que quedaban derogadas "..., pero tan solo en sus disposiciones de carácter punitivo, todas las leyes referentes a los hechos previstos y penados en el presente Código,...", de tal manera que las disposiciones que se estima inobservadas, no resultaban aplicables en este caso, ante la citada derogatoria dispuesta en una ley posterior a la N° 258 del 18 de agosto de 1941. Por otra parte, el tribunal de mérito tuvo por acreditado que el encartado "... procedió en forma clandestina a conectar cables conductores de luz eléctrica, en forma directa a cables de alta tensión que pertenecen a la ofendida. Compañía Nacional de Fuerza y Luz, logrando para sí un ilegítimo apoderamiento de energía eléctrica que favorecía al establecimiento Comercial denominado [...]", así (sic) como a su casa de habitación ubicados ambos en [...]. B) El imputado [...] sacó provecho de la anterior acción, para obtener energía eléctrica indebidamente, al no tener por parte del ente denunciante derecho de explotación (sic), causándole perjuicio patrimonial a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz..." [...].

También se demostró "...que en dicho lugar se encontraba la base de un medidor, de energía eléctrica con sus respectivos cables, pero sin el medidor propiamente dicho y sin la alimentación del fluido eléctrico a travez (sic) de el (sic)." [...]. De conformidad con lo expuesto, tampoco resulta pertinente la tesis de que se ha dado una incorrecta aplicación del numeral 208 del Código Penal, porque la energía eléctrica, al ser susceptible de apoderamiento, debe ser considerada como un bien mueble, por lo que la lesión al ente jurídico protegido, se dio en este caso, cuando el encartado, al no estar el medidor, mediante la utilización de unos cables, procedió a sustraer esa energía sin ninguna autorización de la Compañía ofendida, además de que como lo establece el a quo, "La sustracción del fluido (sic) eléctrico denunciado asciende en (sic) la suma de Setenta (sic) mil cuatrocientos sesenta y siete colones con veinte céntimos". Resulta pertinente aclarar, que tampoco se puede considerar en este caso que se está en presencia del delito de estafa, pues para que éste se dé, requeriría necesaria la existencia del medidor. Al respecto, Ricardo Levenne hijo, en su obra "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", señala que "Se efectúa la distinción entre el caso de que haya o no medidor. En el primer supuesto, la sustracción consiste siempre en la alteración de las anotaciones de éste, lo que impone un encuadre en el tipo legal de la estafa. Sólo el segundo supuesto permitiría la aplicación del delito [de hurto] (Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 1978, pág. 312) de hurto". Por otra parte Carlos J. Rubianes cita algunas resoluciones en este mismo sentido, entre las que destacan las siguientes: "j) configura el delito de hurto simple la sustracción de corriente eléctrica, efectuada mediante una conexión clandestina (CC Cap., 23/9/66, JA, 1966-VI-321)... k) La sustracción de electricidad puede ser hurto o estafa, según la forma en que el apoderamiento se efectúe; si supera la fuerza o el fluido se tomen, habrá hurto; cuando se supere por medios fraudulentos o con maniobras astutas la cantidad que se reciba en virtud de contrato, existirá estafa (CF Tucumán 4/3/66, LL, 123-145)... 1) Comete hurto simple el imputado que ejecutó una conexión clandestina al cable de energía eléctrica de la vía pública, dado que aquélla puede ser objeto de apoderamiento (CF Resistencia, 28/9/65, JA, 1966-V-636)." (Ver "El Código Penal y su interpretación jurisprudencial", Buenos Aires, Ediciones Depalma, tomo III, 1977, páginas 206 y 207). Así las cosas, al no apreciarse la incorrecta aplicación del derecho sustantivo, debe rechazarse el recurso interpuesto."

1992. SALA TERCERA, N° 305-F de las 9,45 hrs. del 10 de julio.

**6- CANCELACION DE LICENCIA - Diferencia entre la medida precautoria de la Ley de Tránsito y la sanción que establece el Código Penal.**

"En el primer motivo de su recurso de casación por el fondo, el impugnante reclama inobservancia del artículo 50 del Código Penal, por errónea aplicación del artículo 117 *ibidem* y, como consecuencia, alega violación de los numerales 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política. Arguye, al respecto, que de conformidad con el artículo 50 del Código Penal el "arsenal penológico" (sic) con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico está compuesto únicamente por penas principales (prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación) y penas accesorias (inhabilitación especial) de donde se desprende que la cancelación de la licencia, por un período de diez a veinte años, es una consecuencia jurídica o sanción en sentido muy

amplio, la cual no es de orden penal, ni compete a la jurisdicción penal su fijación. Agrega que esa cancelación no contiene ninguna de las características propias ni de la pena privativa de libertad ni de la inhabilitación especial. Señala también que la disposición del párrafo cuarto del artículo 117 del Código Penal no especifica de qué licencia se trata y que se encuentra en contradicción con todo el esquema de sanciones que contiene nuestro ordenamiento penal, pues -aunque fue promulgada mediante una ley- se refiere a efectos jurídicos ajenos al Derecho Penal. El reclamo carece de razón. La sanción establecida por el párrafo cuarto del artículo 117 del Código Penal debe ser considerada como una especie de inhabilitación especial, la cual, si bien no está contemplada por el artículo 50 *ibídem*, sin embargo se halla vigente, por las razones que se indican de seguido. En efecto, la "cancelación de la licencia" ("para conducir vehículos", según se infiere del párrafo tercero) se aplica con el objeto de privar temporalmente al chofer del ejercicio de la actividad en la cual causó el delito. En otras palabras, al cancelársele aquella licencia, el sujeto queda inhabilitado -por un determinado período- para el manejo de vehículos automotores. En consecuencia, no existe ninguna antinomia entre lo dispuesto por el artículo 50 del Código Penal y lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 117 *ibídem*, máxime si se toma en cuenta que se trata de dos normas de igual rango, pertenecientes ambas al mismo cuerpo legal. (Lo que exige una interpretación sistemática de sus disposiciones). Por ende, la suspensión impuesta en el presente caso está acorde con nuestro ordenamiento jurídico y con los hechos que se tuvieron por probados, en los cuales se afirma expresamente que el imputado actuó bajo los efectos del licor [...]. En consecuencia, el reproche que nos ocupa debe ser declarado sin lugar. En el segundo motivo por el fondo, el recurrente alega inobservancia del artículo 23 del Código Penal, por falta de aplicación del artículo 119 de la Ley de Tránsito y errónea aplicación del párrafo cuarto del artículo 117 del Código Penal. A juicio del impugnante, "la conducta de producir la muerte de una persona mediante la conducción de un vehículo automotor en estado de embriaguez" se encuentra sancionada tanto por el párrafo cuarto del artículo 117 del Código Penal, como por el artículo 119 de la Ley de Tránsito. De esa forma, entonces, se produce un concurso aparente de normas, que debe ser resuelto mediante la aplicación del último de esos numerales, porque el primero es más general. Por ello, solicita que se limite la cancelación de la licencia a un año, acorde con el artículo 119 de la Ley de Tránsito. El reproche no es de recibo. En este caso no se produce el alegado concurso aparente de normas, ya que se trata de disposiciones que regulan situaciones totalmente distintas. En efecto, mientras el artículo 119 de la Ley de Tránsito contempla propiamente una medida precautoria de carácter administrativo, consistente en la retención o decomiso de la licencia por parte del Inspector de Tránsito, el último párrafo del artículo 117 del Código Penal contiene una sanción de carácter estrictamente penal. Mediante esta última, se sanciona con la cancelación de la licencia de conducir vehículos al autor del delito de homicidio culposo, cuando ha cometido el hecho "bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes". Por el contrario, el artículo 119 de la Ley de Tránsito hace referencia a tres hipótesis distintas, cada una de las cuales permitiría, en forma separada, "la suspensión inmediata de la licencia de conducir". Así de conformidad con el inciso a) de este artículo, procede esa suspensión contra quien aparece como culpable "de haber causado lesiones o muerte de per-

sona o personas" (aunque no esté tomado de licor ni haya consumido drogas). Igualmente, según el inciso b), se puede dar esa suspensión cuando el agente conduce "en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas"; (aunque no haya causado muerte o lesiones). Inclusive, acorde con el inciso c), la licencia le puede ser suspendida a un chofer por el solo hecho de "conducir en forma temeraria, con evidente peligro para las personas y para las cosas"; (independientemente de las circunstancias que contemplan los dos incisos anteriores). Por lo tanto, al dictar sentencia contra un conductor que ha incurrido en el delito de homicidio culposo, hallándose bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes, la suspensión de la licencia de conducir debe decretarse de conformidad con el artículo 117, párrafo cuarto, del Código Penal. El asunto que nos ocupa fue resuelto de esa manera, que es la correcta. Por ende, el reclamo debe ser declarado sin lugar. En el tercer motivo de su recurso por el fondo, el impugnante alega violación de los artículos 1 del Código de Procedimientos Penales y 42 de la Constitución Política. Asevera, al respecto, que el imputado [...] fue sancionado dos veces por una misma conducta, la de conducir bajo los efectos del alcohol. Estima que ese vicio se produjo debido a que, cuando ocurrió el accidente, a dicho encartado le fue "decomisada" (sic) su licencia de conducir por parte del Inspector de Tránsito, aplicando el artículo 119, inciso b), de la Ley de Tránsito y que, posteriormente, en la sentencia recurrida, nuevamente se le sanciona por conducir bajo los efectos del alcohol, cancelándole la licencia de conducir por diez años, con aplicación esta vez del artículo 117, párrafo cuarto, del Código Penal. Por ello, estima quebrantado el principio *non bis in idem* y la garantía del artículo 42 de la Constitución Política. El reclamo es improcedente. Vale la pena señalar, en primer término, que el principio mencionado es de naturaleza estrictamente procesal, por lo que su presunto quebranto, debió ser alegado a través del recurso por la forma. Sin embargo, en el presente caso, su reclamo aparece planteado en un recurso por el fondo. Por consiguiente, la impugnación es defectuosa, aspecto que resulta suficiente para rechazarla. Pese a ello, es menester agregar que el recurrente procura demostrar el quebranto de ese principio mediante el contraste de una simple medida precautoria de carácter administrativo, consistente en la retención o decomiso de la licencia que puede realizar el Inspector de Tránsito, y una medida de carácter estrictamente penal, consistente en la sanción impuesta a través de una sentencia. En esa tesitura, no puede darse el quebranto del principio de "*non bis in idem*", pues este lo que proscribe es la doble persecución penal por un mismo hecho, aspecto que no se ha producido de modo alguno en este proceso. En efecto, por su conducta de conducir bajo los efectos del alcohol y haber causado la muerte de una persona en ese estado, el encartado [...] sólo ha sido sancionado penalmente una vez, mediante la sentencia que se viene impugnando. Por consiguiente, el reclamo debe ser declarado sin lugar."

1992. SALA TERCERA, Nº 86-F de las 9 hrs. del 20 de marzo.

- 7- COACCION - Necesidad de que el sujeto pasivo haya sido compelido a hacer, omitir o tolerar algo a lo que no está obligado.

"El ilícito de Coacción (artículo 193 del Código Penal) es un delito contra la libertad de determinación de las personas; o

sea, contra la libre actuación de la voluntad del individuo. Así lo establece la ley y así lo acepta pacíficamente la doctrina (ver referencia bibliográfica que formulan Llobet y Rivero, en *Comentarios al Código Penal*, San José, Juricentro, primera edición, 1989, pág. 335). Por consiguiente, la obligación, la abstención o la tolerancia cuya realización exige el sujeto activo deben estar dirigidas contra la voluntad de la víctima. Es decir, el autor utiliza los medios (amenazas graves, violencias físicas o morales) para obligar a la víctima a actuar contra su propia determinación. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el juzgador consideró (en sus argumentaciones de fondo) que el imputado [...] se introdujo a la vivienda que ocupaba el ofendido [...] y sacó los bienes que allí se encontraban con la supuesta intención de compelerlo u obligarlo a que abandonara dicha casa y le cancelara una deuda pendiente [...]. Sin embargo, no se tuvo por cierto en ningún momento que la acción desplegada por el imputado haya recaído de alguna forma sobre la voluntad del ofendido, de tal manera que éste efectivamente se viera obligado a realizar aquellas conductas. En otras palabras, no puede tenerse por configurado el delito de Coacción, pues este ilícito requiere que el sujeto pasivo haya sido compelido a hacer, omitir o tolerar algo a lo que no está obligado, circunstancia que no se tuvo por acreditada en el presente caso."

1992. SALA TERCERA, Nº 276-F de las 10,25 hrs. del 26 de junio.

**8- CONCUSION - Diferencia con la exacción ilegal.**

"La diferencia entre los elementos típicos constitutivos de los delitos de Exacción Ilegal, por una parte, y Concusión, por la otra, estriba en la destinación que se dé o pretenda darse a los beneficios patrimoniales obtenidos por la conducta recriminada; nótese que la letra explícita del artículo 346 del Código Penal indica que el beneficio citado debe ser "...para sí o para un tercero...", mientras que en el caso de la Exacción Ilegal el destinatario debe ser la Administración Pública (ver el comentario que sobre la figura penal análoga en la República Argentina hacen Breglia Arias y otro, *Código Penal y leyes complementarias*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 919). Precisamente a raíz de lo anterior, el legislador ha previsto una sanción más severa para aquel funcionario que valiéndose de su calidad pretenda favorecerse indebidamente, pues es una conducta aún más deplorable que la de aquel que con el beneficio indebido pretenda favorecer a la Administración."

1992 SALA TERCERA, Nº 175-A de las 10,15 hrs. del 15 de abril.

**9- CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Incorrecta apreciación sobre la falta de arrepentimiento como motivo para denegar el beneficio.**

"En el único motivo por la forma que le fue admitido, alega el impugnante la violación de los artículos 276 y 106 del Código Procesal Penal por estimar que el tribunal de mérito le denegó el beneficio de la condena de ejecución condicional sin motivación legal alguna, pues señaló para ello que "no mostró arrepentimiento por su acción ilícita", cuando lo cierto es que se abstuvo de declarar en el debate." Señala que "...el hecho o circunstancia que el ajusticiable (sic) haya insistido en su inocencia y se abstuvo de declarar ateniéndose a lo expresado

en su declaración indagatoria, de ninguna manera constituye un óbice para afirmar, que éste no mostró arrepentimiento y por ello se le deniega el Beneficio de Ejecución de la Pena (sic)..." [...]. Lo anterior -agrega- porque debe entenderse que el arrepentimiento supone la aceptación de los hechos y a nadie se le puede obligar a declarar contra sí mismo. Efectivamente le asiste razón en su reparo. Consta que el recurrente (sentenciado a tres años de prisión por el delito de Robo simple con violencia sobre las personas) se abstuvo de declarar durante el debate, motivo por el que se incorporó a la audiencia lo que manifestó en la etapa de instrucción negando los cargos [...]. Ahora bien, aunque de acuerdo con el artículo 60 del Código Penal (que establece los requisitos para el otorgamiento de la Condena de Ejecución Condicional) el arrepentimiento y deso demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto ilícito es una de las circunstancias que pueden tomar en cuenta los juzgadores para conceder el beneficio que se solicitó, no cabe duda que en este caso particular el tribunal de mérito interpretó de modo incorrecto la supuesta falta de dicha actitud (arrepentimiento) para denegarle la condena de ejecución condicional. Lo anterior por cuanto pareciera desprenderse del criterio del a-quo, que únicamente la aceptación de los cargos hubiese sido el medio idóneo para acreditar ese arrepentimiento, lo que obviamente estaría en contra de la facultad de abstención de declarar que autoriza la Constitución Política (art. 36) y la ley procesal penal (art. 276 del Código Procesal Penal). Así pues, al fundarse el tribunal sentenciador exclusivamente en que "el imputado no mostró arrepentimiento alguno por su acción ilícita" [...] para denegar el beneficio solicitado y no observándose en principio condiciones esenciales que ya de por sí hicieran rechazable la gestión (por ejemplo que la pena impuesta fuese superior a 3 años de prisión -art. 59 del Código Penal; o que el sentenciado no fuese primario- art. 60 ibid.), es de rigor acoger el reclamo y anular únicamente el fallo en lo que se refiere a la denegatoria de la condena de ejecución condicional por no estar ésta debidamente motivada."

1991. SALA TERCERA, Nº 571-F de las 8,55 hrs. del 25 de octubre.

**10- CORRUPCION - No es necesario una pluralidad de actos ni que la alteración en el instinto sexual sea apreciable.**

"[...] el delito de corrupción no implica una pluralidad de actos, sino que la utilización del plural en el numeral 167 ibídem, cuando alude a "actos sexuales", se refiere a que ellos pueden ser de tres tipos diferentes, perversos, prematuros o excesivos y no como incorrectamente lo pretende interpretar quien recurre. Tampoco resulta pertinente estimar, que si la alteración en el instinto sexual no se aprecia, el delito no se configuró, ya que lo que basta es la promoción de la corrupción, de manera que el acto corruptor pueda corromper efectivamente o no, pero sí que tenga la aptitud de modificar la conducta sexual del ofendido, pues "Lo punible, no es lograr la corrupción... de la víctima, ya que no nos hayamos en presencia de un delito de resultado material, sino que se considera el peligro, es decir que la conducta del autor pueda corromper... al sujeto pasivo, teniendo sus actos tal entidad, tratándose en consecuencia de un delito formal", de tal manera que "No se requiere para la configuración del delito ni la reiteración de los actos ni la habitualidad en el autor, ni menos aún, que se produzca efectivamente la corrupción". (Levene, Ricardo. *Manual de*

*Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 1978; páginas 205 y 206."

1992. SALA TERCERA, Nº 88-F de las 9,20 hrs. del 20 de marzo.

#### 11- CULPA - Análisis del concepto.

"El principio de legalidad plasmado en el artículo 39 de la Constitución Política no requiere para su desarrollo que el Código Penal contenga un diccionario de vocabulario técnico jurídico para su aplicación. Sobre el concepto de "culpa" ha señalado esta Sala con anterioridad que: "La culpa es un concepto jurídico por medio del cual se llega al delito, cuyo contenido lo desarrolla, como ocurre con otros institutos penales, si bien no el Código de la materia, sí la doctrina por cuanto participa de un conjunto de matices que hacen casi imposible que todos ellos se puedan recoger en una norma" (V-45 F de las 9:10 horas del 6 de marzo de 1987). A estas razones cabría agregar que la culpa es un instituto jurídico de inveterada concepción, de amplio análisis y desarrollo no solo por la doctrina sino también por parte de la jurisprudencia, que genéricamente se traduce en el hecho de faltar a un deber imputable al autor de una acción u omisión, siendo que, en consideración a ese deber, tal acción u omisión es sancionada como infracción. Nuestra legislación civil al delinear la denominada "culpa aquiliana" ("In lege Aquilia levissima culpa venit", que significa "en la ley Aquilia se toma en consideración aun la culpa más leve", D. 9, 2, 44, pr.) la define como "...falta, negligencia o imprudencia..." (la negrilla es suplida, artículo 1045 del Código Civil). Refiriéndose a la estructura del tipo penal del delito culposo, dice Bacigalupo que "el comportamiento típico consiste en realizar una acción contraria al cuidado debido (imprudente, negligente). Una acción contraria al cuidado debido es, por lo tanto, una acción llevada a cabo sin prudencia o sin diligencia. El tipo penal, entonces, está constituido por la realización de una acción que infringe el deber de cuidado exigido" (BACIGALUPO, Enrique: *Lineamientos de la Teoría del Delito*, San José, Editorial Juricentro, 1985, pág. 133) y, con relación a la cuestión que aquí nos ocupa, sea la omisión de un concepto o definición de "culpa" en nuestro Código Penal, apunta este mismo autor que "El deber de cuidado no está definido en cada tipo del delito culposo previsto en el Código Penal. Por lo tanto, la definición del deber de cuidado requiere una definición relativa a cada situación concreta" (la negrilla es suplida, *idem*, pág. 134)."

1992. SALA TERCERA, Nº 133-F de las 8,50 hrs. del 24 de abril.

#### 12- DAÑO MORAL - Indemnización posible en delitos pluriofensivos como el desacato.

"En el tercer motivo del recurso por el fondo se alega la violación a la ley Nº 4891 del 8 de noviembre de 1971; del artículo 125 del Código Penal de 1941; y de los artículos 1 y 2 del Código Penal vigente. Señala el recurrente que las normas citadas autorizan una indemnización por daño moral sólo cuando el delito cometido afecte la honra, la dignidad o la honestidad, o proteja intereses de orden moral, y que el desacato es un delito contra la administración de justicia o el régimen de justicia. Tal reproche tampoco es atendible. Las normas citadas no restringen el derecho de obtener una indemnización

por daño moral sólo para los delitos contra la honra, la dignidad o la honestidad, pues el artículo 125 citado es bien claro al especificar que esa indemnización procede también en "...otros casos de daño a intereses de orden moral...", como ocurre en el presente caso. Para tales efectos no debe confundirse el bien jurídico tutelado, con la posible afectación a intereses de orden moral que puede producir un hecho delictivo. Además, el delito de desacato es pluriofensivo, y como muchos otros, afecta también intereses de orden moral, como la honra, aunque el legislador haya tomado otros valores superiores afectados para ubicarlo en el Código Penal. Por lo expuesto el reclamo debe rechazarse."

1992. SALA TERCERA, Nº 356-F de las 9,30 hrs. del 5 de agosto.

#### 13- DELITOS CONTRA EL HONOR - Ofensas a la memoria de un difunto como delito de acción privada.

"En el primer motivo de la impugnación se acusa la errónea aplicación de los artículos 428, 431, 432, 436, 438, 440, 441, 442, 443 así como la falta de aplicación de los numerales 1, 5, 401, 404, 415, 416, 417, 418, 420 y 421 todos del Código Penal, al haberse utilizado ilegalmente el procedimiento de la Querrela para accionar penalmente por el delito de OFENSAS A LA MEMORIA DE UN DIFUNTO, delito que no se encuentra estipulado en el numeral 81 del Código Penal (que señala los casos a tramitar como querrela); que de acuerdo con lo indicado, los procedimientos seguidos en este caso están viciados de nulidad absoluta, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del Código de Procedimientos Penales. Carece de razón el reclamo. El delito por el que se tramitó esta causa tutela la circunstancia en que se ofenda, ya sea de manera injuriosa o difamatoria la memoria de un difunto, razón por la que se encuentra clara y precisamente incluido en los incisos a) y c) del artículo 81, según se trate. Unido a lo expuesto, se aprecia que el juzgado al considerar si el procedimiento seguido (querrela) era el correcto, consideró que "el delito de ofensa a la memoria de un difunto es tramitable únicamente por la vía de la querrela por tratarse de un delito contra el honor. Debe analizarse el tipo penal que encuadra el artículo 148 el cual tipifica como tal el delito, estableciendo sanción en días multa a quien ofendiere la memoria de una persona muerta con expresiones injuriosas o difamatorias, otorgándose el derecho a acusar por este delito al cónyuge sobreviviente, hijos, padres, nietos y hermanos consanguíneos del muerto" [...]. Tratándose de este ilícito la ofensa se produce con la emisión de expresiones injuriosas o difamatorias, y como ya se indicó tanto la injuria como la difamación son delitos de acción privada y en el ilícito contemplado en el numeral 148 del Código Penal, se delimita de antemano la posibilidad de acusar, permitiendo así únicamente la instancia privada, para poder iniciar la acción. Cabe agregar a mayor abundamiento, que el título II del Libro Segundo del Código Penal, regula de manera genérica tres delitos diferentes, a saber: injurias, difamación y calumnias, cada cual con sus características particulares, no obstante que también se incluye algunas modalidades de estos ilícitos de manera específica, entre los cuales se aprecia las ofensas a la memoria de un difunto, delito que se configura tratándose de expresiones injuriosas o difamatorias en las circunstancias ahí fijadas. Por otra parte, no resulta procedente la reclamación esgrimida en punto a la participación del Ministerio Público, pues en este caso carece del derecho de acusar, porque esa facultad es de los familiares



indicados en el ordenamiento jurídico de cita mediante el procedimiento de querrela. Ello es así, por cuanto doctrinariamente se considera, que familiares del ofendido directo accionan en su memoria como titulares del bien jurídico tutelado (al respecto ver comentarios al Código Penal, Análisis de la tutela de los valores de la personalidad, de Llobet y Rivero, San José, Editorial Juricentro; 1989, pág. 180). En consecuencia, si bien es cierto la enumeración contenida en el artículo 81, no cita el delito de ofensas a la memoria de un difunto, no por ello es válida la afirmación del recurrente de que no se trata de un delito de acción privada, al no contenerlo dicha norma en la enumeración taxativa, señalada por el recurrente."

1991. SALA TERCERA, Nº 657-F de las 11,30 hrs. del 29 de noviembre.

#### 14- DESACATO - Irrespeto a funcionario judicial.

"En el único motivo de su recurso por el fondo, el recurrente señala quebranto de los artículos 307, 1, 30, 31 del Código Penal y 39 de la Constitución Política. Estima que el hecho que se tuvo por cierto es atípico y rompe el principio de legalidad. Sin embargo debe decirse que en este aspecto el recurso no puede acogerse pues implicaría una variación de los hechos tenidos por acreditados. Ahora bien en el caso presente se ha tenido por demostrado: a) Que a eso de las diez horas del veinticinco de abril de 1991, cuando el aquí ofendido [...] en funciones de Alcalde a.f. de [...] realizaba un reconocimiento judicial en la finca [...], ubicada en [...]. Llegó el aquí encartado [...], quien en compañía de varios sabaneros arreaba un hato de unas cuarenta reses; siendo que al momento de abrir el portillo que da acceso a la mencionada finca, a fin de pasar con dichos semovientes; fue detenido por el aquí ofendido, quien identificándose como el Alcalde de [...] trató de impedir su paso; sin que lograra su cometido; toda vez que el encartado [...] le contestó en forma altanera «si y eso que importa», para acto seguido abrir el portillo e introducir las reses, debiendo el ofendido hacerse a un lado a fin de evitar ser atropellado por las mismas; más sin embargo, igualmente el justiciable recriminó al aquí ofendido su presencia en el lugar diciéndole «que usted qué hace aquí o es que usted también está parcializado como la otra Alcaldesa», ante lo cual el funcionario judicial, previo advertirle al [encartado] que de continuar en esas actitudes lo acusaría de Desacato, solicitó al Secretario de la Alcaldía allí presente, que consignara todo lo dicho en el acta que allí se levantaba, ante lo cual el encartado nuevamente manifestó a viva voz «sí anote todo, anote todo lo que quiera», para de seguido retirarse en su caballo al interior de la finca que se inspeccionaba». Tal conducta tiene adecuación típica en el artículo 307 del Código Penal, por lo que la casación por el fondo debe declararse sin lugar, al no violarse dicha norma sustantiva, ni las otras citadas por el recurrente." (Hay voto salvado)

1992. SALA TERCERA, Nº 234-F de las 8,35 hrs. del 11 de junio.

#### VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS GONZALEZ ALVAREZ Y HÓUED VEGA:

"Los suscritos Magistrados disintimos del criterio de la mayoría de esta Sala en cuanto desestimó el único motivo del recurso interpuesto por el fondo, el cual, de acuerdo con las razones que seguidamente se exponen, debe ser declarado con

lugar. En efecto, los hechos descritos en el cuadro fáctico que estableció la sentencia de mérito no pueden constituir el delito de Desacato tipificado en el artículo 307 del Código Penal, en cuanto supone una ofensa al honor o el decoro de un funcionario público o una amenaza a causa de sus funciones, sino a lo sumo la contravención prevista en el artículo 392 ibid en sus incisos 7º u 8º, por dificultarse la acción de la autoridad o por faltarle a ésta el respeto debido. Ciertamente el hecho de que el imputado se comportara en forma altanera, según se dice en el fallo, manifestando no importarle que quien se encontraba en presencia suya con el fin de realizar una diligencia judicial fuese el Alcalde del lugar, así como preguntarle con hostilidad que si estaba parcializado "como la otra Alcaldesa", constituye un tratamiento grosero e irrespetuoso en procura de dificultar un acto propio de las funciones del ofendido. Pero, resulta obvio que para poder distinguir el delito de Desacato de la contravención que supone Desobediencia, Desacato e Irrespeto a la Autoridad ( Sección V, art. 392, en especial incisos 7 y 8 según se indicó), necesariamente debe atenderse a la entidad o gravedad de la ofensa, no desde un plano subjetivo, sino dentro del contexto general en que ésta se produjo así como la afectación que pudo haber ocasionado. De no hacerse ese distingo, no tendría sentido alguno que el legislador contemple por un lado hechos constitutivos del delito de Desacato y que por otro sancionase como contravención cualquier otra clase de "desacato que no constituya delito" (ver último párrafo del inciso 7º del 392 ibid ). Lo anterior significa, claramente, que no todas las ofensas o frases irrespetuosas proferidas a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones configuran el delito de comentario, sino que, como ocurre en el presente caso, tratándose de palabras que, pese a su contenido mordaz y molesto, no revelan más que una simple animadversión de quien las expresó, deben ser calificadas como la falta de respeto que anteriormente se dijo. Por todo lo expuesto declaramos con lugar el recurso por violación de leyes sustantivas, absolviendo al imputado del delito de Desacato que se le atribuyó, ya que no existe posibilidad de testimoniar piezas para que se averigüe lo relativo a la contravención correspondiente al haber transcurrido el plazo de la prescripción que para tales hechos se establece."

1992. SALA TERCERA, Nº 234-F de las 8,35 hrs. del 11 de junio.

#### 15- DESACATO - Ofensas a Juez de la República - Irrelevancia del hecho de que al momento de ocurrir la supuesta sustracción el ofendido fuera actuario.

"En el segundo motivo del recurso por el fondo el señor defensor reclama violados los artículos 2, 19 y 307 del Código Penal. Señala el recurrente que la imputada fue condenada por desacato agravado, tomando en consideración que el ofendido es Juez. Sin embargo, agrega el recurrente, al ocurrir la sustracción de la medalla a que se refirió la imputada, el ofendido era Actuario y fungía en esa condición, por lo que no podía calificarse de Juez para efectos de pena. El reclamo no es de recibo. Los hechos que motivaron la sentencia condenatoria por el delito de desacato en este asunto acaecieron en el Juzgado [...] Civil de San José, el veintinueve de setiembre de mil novecientos ochenta y nueve, cuando se presentó la señora [...] insultó al ofendido, quien en esa oportunidad se desempeñaba como Juez de ese Despacho Judicial. La circunstancia de que el ofendido fungiera como Actuario al momento en que debió

ocurrir la supuesta sustracción de la medalla a que se refiere el señor defensor, no eliminan la circunstancia agravante aludida, porque las ofensas al honor y el decoro fueron dirigidas en aquella fecha contra un funcionario público que ostentaba la condición de Juez de la República. Por lo expuesto debe rechazarse el motivo."

1992. SALA TERCERA, Nº 356-F de las 9,30 hrs. del 5 de agosto.

16- **DESACATO - Referencia genérica a cualquiera de las formas de afectación al honor - Diferencia con la concepción de honor de la injuria.**

"En el quinto motivo del recurso por el fondo también se acusan violados los artículos 1, 2 y 307 del Código Penal, así como el 39 de la Constitución Política. Estima el señor defensor que el desacato sólo puede cometerse cuando se dan las mismas condiciones de la injuria prevista en el artículo 145 del Código Penal, pero no cuando se imputa a un funcionario público la comisión de un hecho delictivo, pues en tal hipótesis no estamos en presencia de una injuria, ofensa al honor o al decoro, sino de una calumnia. Agrega que la calumnia, aunque ofende el honor como bien jurídico, no ofende, como la injuria, el honor (dignidad) o decoro del ofendido, concluyendo que en el caso de autos se le atribuyó al señor [...] el haber sustraído una medalla, lo cual constituiría una calumnia, pero no una injuria. La conclusión formulada por el recurrente podría ser válida, siempre que la premisa de la cual partió también lo hubiere sido. Sin embargo los supuestos de los cuales hizo surgir su razonamiento no son admisibles, y en consecuencia tampoco la conclusión. Es cierto que en el delito de injurias encontramos una referencia a dos concepciones del honor (subjetivo y objetivo) al utilizar el legislador los términos "dignidad" y "decoro" (art. 145 C.P.), pero no es cierto que esos conceptos sean idénticos a "honor" y "decoro" utilizados en el delito de desacato (art. 307 C.P.), ni tampoco que con ello se haya querido individualizar imperativamente lo mismo. Por el contrario, en el delito de desacato encontramos una referencia genérica a cualquiera de las formas de afectación al honor al utilizarse la frase "...ofendiere el honor...de un funcionario público...", independientemente de que se cumplan los supuestos del delito de injurias o del de calumnias. Por ello es que el punto de partida del razonamiento del señor defensor no es atendible, en cuyo caso tampoco lo sería su conclusión. Consecuentemente debe rechazarse el recurso."

1992. SALA TERCERA, Nº 356-F de las 9,30 hrs. del 5 de agosto.

17- **ESPECULACION - Inexistencia de responsabilidad penal objetiva.**

"El reclamo tiene que ser atendido por una razón de especial importancia: nuestro sistema constitucional y legal en lo que se refiere a la materia penal no admite la **responsabilidad objetiva** (aún cuando se discute que ciertas instituciones de esa área del derecho conservan en alguna medida tal característica -por ej. los delitos "preterintencionales" y los llamados delitos "calificados por el resultado"). Lo anterior significa que no puede existir delito sin la necesaria demostración de culpabilidad (es el llamado principio de culpabilidad, que a nivel de

tipicidad implica que la conducta para ser típica, debe ser al menos culposa; y a nivel de culpabilidad, que no hay delito si el injusto no es reprochable al autor). De la sentencia lo único que se infiere es que el señor [...] fue condenado por el delito de Especulación debido a que es el Presidente y representante de la Sociedad Anónima del negocio denunciado por los Inspectores de Precios del Ministerio de Economía [...]. Inclusive [...], se dice que en el negocio existe un Departamento de Costos que es el encargado de poner los precios a los productos y el cual "no es atendido directamente por el encartado". Todo ello determina que no se haya acreditado en forma efectiva cuál fue la intervención o participación (directa o indirecta) del imputado en el aumento de precios que específicamente se le atribuye, pues aunque en cierto modo el juzgador analiza en su razonamiento de fondo algunos aspectos que atañen a este juicio de reproche [...], ello no subsana el importante defecto que aquí se puntualiza. Por todo lo dicho debe acogerse el recurso por la forma."

1992. SALA TERCERA, Nº 30-F de las 10,30 hrs. del 17 de enero.

18- **ESTAFA MEDIANTE CHEQUE - Necesidad de que el pago se frustre por acción deliberada o prevista por el autor al momento de entregar el cheque.**

"En la parte marcada A del recurso por el fondo del defensor público [...] y en el primer motivo del recurso por el fondo del imputado [...], actuando bajo el patrocinio del licenciado [...], se acusan violados los artículos 30, 31, 216.2 y 221 del Código Penal, porque en criterio de los recurrentes en el caso de autos no concurren los presupuestos del delito de estafa mediante cheque, en especial el ardid como instrumento idóneo para producir el error. La Sala estima que los recurrentes tienen razón. El Tribunal tuvo por cierto que el imputado es dueño de una empresa distribuidora de artículos de consumo diario, y que adquirió de un agente de la ofendida la cantidad de cincuenta paquetes de galletas tártaras en la suma de nueve mil quinientos colones, pagando con un cheque de su cuenta corriente en el Banco de Costa Rica, pero que al presentarse ese cheque al Banco no fue pagado porque a ese momento la cuenta mantenía la suma de ocho mil cincuenta y cinco colones con noventa céntimos. En principio, parecen concurrir todos y cada uno de los elementos configurativos del delito de estafa mediante cheque, porque se determinó una contraprestación dando en pago de ella un cheque, cuyo pago se frustró, elementos que sí aparecen en esa descripción fáctica. Sin embargo el artículo 221 del Código Penal exige otro requisito más, para caracterizar esa conducta como una de las modalidades de estafa: **que el pago se frustre por una acción deliberada o prevista por el autor al momento de entregar el cheque**, conducta que no se demostró en el presente caso. En efecto, para que la actuación pueda ser calificada de artificiosa y dirigida a inducir en error al ofendido, es indispensable que quien determina la contraprestación sepa, a ese momento, que el cheque no será pagado por una acción suya, deliberada o prevista por él, de lo contrario no podría estimarse que concurre el delito de estafa mediante cheque. Con ello no se está afirmando que para la configuración de ese ilícito es indispensable que la cuenta corriente esté cerrada al momento de la transacción o al momento de presentarse el cheque al banco, sino que resulta indispensable establecer con certeza que el cheque no fue pagado porque así se lo propuso el autor desde el momento de la

entrega del cheque. El examen de este requisito es indispensable para integrar la culpabilidad, así como para poder afirmar que se indujo en error a la víctima, al hacerle creer que se le estaba pagando la contraprestación. En el caso de autos no existe evidencia que señale que el imputado se propuso que el importe del cheque no fuera cubierto al momento de presentarse al banco, máxime que sólo faltaban algunos colones para completar su monto total, y que el imputado alega que es un comerciante, dedicado a realizar varias transacciones, que hizo varios depósitos y giros en su cuenta y que nunca tuvo la intención de frustrar el pago del cheque, aún cuando con posterioridad no hubiere podido pagar la deuda. En esos supuestos, la falta de pago del cheque, que surja con posterioridad por razones meramente económicas, no son suficientes para configurar el ilícito, pues la deuda civil o mercantil subsiste, pero el delito de estafa mediante cheque no. La diferencia la determina la acción del autor del hecho al momento de entregar el cheque, pues para que configure el delito de estafa mediante cheque es necesario que ya al entregar el cheque se hubiere propuesto engañar al receptor, en el sentido de hacerle creer que con el cheque se está pagando la contraprestación, prácticamente como si se tratara de dinero efectivo, pero sabiendo que tal cheque no podrá ser cobrado cuando se presente al banco, por una acción a ese momento prevista por él y deliberada. Solo así podrá afirmarse que el autor indujo en error a otra persona, simulando hechos falsos o deformando u ocultando hechos verdaderos, con el fin de obtener un beneficio patrimonial antijurídico y lesionando el patrimonio ajeno.

Distinta es la situación de aquel que entrega un cheque para determinar y cubrir el costo de una contraprestación, con el firme propósito de pagar su importe total, pero con posterioridad el cheque no puede ser cubierto por meras razones económicas y financieras, como ocurrió en el presente caso, máxime que al momento del giro tenía fondos suficientes para cubrir importe total del cheque."

1992. SALA TERCERA, Nº 375-F de las 9,30 hrs. del 14 de agosto.

**19- FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO -  
La mera posibilidad del perjuicio completa la conducta reprimida.**

"El delito de falsificación de documento público no requiere, como incorrectamente lo estima la recurrente, un perjuicio real sino que de la falsificación del documento "pueda resultar perjuicio", lo que permite excluir en este aspecto el daño efectivo. En tal sentido, dice la doctrina que "Ese perjuicio no tiene que ser efectivamente sufrido, ni siquiera inminente; es suficiente con que sea potencial. La mera posibilidad es la que completa la conducta reprimida y esa posibilidad tiene que estar en la mente del autor. El dolo aquí, consiste no sólo en la voluntad de cometer falsedad, sino de cometerla de modo tal que pueda causarse un perjuicio. Es irrelevante que el perjuicio se cause o no". (Levenne, Ricardo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Víctor P. de Zavallá, 1978, pág. 617). De acuerdo con lo expuesto, basta la mera alteración del documento para la configuración del ilícito, como correctamente lo estimó el tribunal de mérito."

1992. SALA TERCERA, Nº 309-F de las 10,30 hrs. del 14 de julio.

**20- HURTO - Apoderamiento de trozos de madera.**

"Como primer motivo del recurso por el fondo se acusa la violación de los artículos 15 y 208 del Código Penal, alegando que el hurto de matas de madera no está tipificado en nuestro ordenamiento penal, pues la naturaleza de tales objetos es la de bienes inmuebles, porque son algo que pertenece al fundo, según lo establece el Diccionario de la Real Academia Española. Agregan los defensores que dicho Diccionario no cataloga dentro de las cosas muebles a las matas de madera "...por lo que dicen ellos- estamos en presencia de un delito no existente, al no existir el mismo..." y que aún utilizando el término "tuca" se tiene que el hurto de tucas no está tipificado en nuestro Código Penal porque "... aún no es algo que ha sido maderable (sic), ya que maderable, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, madera hechas tablas para la elaboración de bienes, con lo cual hasta el momento de ser maderable sí (sic) entra dentro de la calificación de bien mueble y antes no...". El reclamo no es de recibo, toda vez que su planteamiento no guarda ninguna congruencia con el cuadro fáctico acreditado por el a-quo. Por otra parte, sin entrar a considerar si en realidad el Diccionario editado por la Real Academia de la Lengua Española permite fundamentar semejantes razones, estima esta Sala que el reproche carece de todo asidero jurídico, por las razones que de seguido se dirán. El artículo 208 del Código Penal sanciona con prisión de un mes a tres años al "... que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena...". Las cosas son los elementos materiales de los bienes y el bien "es la cosa en cuanto objeto de una particular disciplina jurídica; el término objetivo de una situación jurídica" (PEREZ VARGAS, Víctor: *Objetos, Cosas y Bienes en Sentido Jurídico*, San José, Revista Judicial Nº 15, pág. 102), es decir, las cosas consideradas no en sí mismas sino con relación a la utilidad que de ellas puedan derivar las personas en cuyo patrimonio entran, reciban el nombre de bienes (así, BRENES CORDOBA, Alberto: *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juricentro, 1981, pág. 13). Luego, dentro de la clasificación jurídica de las cosas, atendiendo a razones históricas de orden socio-económico, se distingue entre cosas muebles e inmuebles (cfr. PEREZ VARGAS, *Op. cit.*, págs. 108 a 112). En los artículos 254 y 255 del Código Civil se establece, respectivamente, cuáles son los bienes inmuebles por naturaleza y cuales lo son por disposición de la ley, y el artículo 256 siguiente establece que todas las cosas o derechos no comprendidos en los artículos anteriores, son muebles. Así, en cuanto interesa a este caso, tenemos que el inciso 2) del precitado artículo 254 define como bienes inmuebles por naturaleza a "las plantas, mientras estén unidas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas" (la nogrilla es suplida), de lo cual se colige sin mayor esfuerzo que si la cosa (planta) es separada de la cosa (tierra) a que estaba adherida, toma la condición de mueble (así, BRENES CORDOBA, *Op. cit.*, pág. 18), que es la categoría de cosa prevista en el artículo 208 del Código Penal. Si en sentencia se tiene por acreditado que el imputado se apoderó ilegítimamente de maderos ajenos, talados para su comercialización y que se encontraban en las inmediaciones del Río La Suerte para su traslado, debe entenderse que tales trozos de madera no solo son cosas muebles sino también bienes en sentido jurídico, de una utilidad representativa de un valor económico apreciable y susceptibles de ser enajenados, por lo que el motivo de impugnación alegado debe declararse sin lugar."

1991. SALA TERCERA, Nº 694-F de las 10,35 hrs. del 20 de diciembre.

**21- REINCIDENCIA - La cancelación de asientos de inscripción de sentencia por el transcurso de diez años, lo es para todos los efectos.**

"En el recurso por el fondo el señor defensor acusa violados los artículos 84 y 128 del Código Penal, porque se le suspendió la licencia para conducir vehículos al imputado tomando como base que es reincidente, sin embargo la condena anterior ocurrió hace más de diez años, es decir cuando ya estaba "prescrita". En efecto, de la certificación del Registro Judicial de Delinquentes se desprende que el imputado fue condenado en 1974 como autor del delito de lesiones culposas, y en abril de 1992 se le condena de nuevo por ese mismo ilícito, suspendiéndosele la licencia para conducir vehículos porque era reincidente. Sin embargo la reincidencia no puede ser una consecuencia jurídica permanente, de lo contrario se violarían varias garantías constitucionales básicas. El artículo 11 de la Ley N° 6723 del 3 de marzo de 1982 (Ley del Registro y Archivo Judicial) debe interpretarse en el sentido de que el asiento de inscripción de la sentencia se cancela para todos los efectos (incluidos los de la reincidencia) cuando transcurren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse una nueva inscripción, pues la Sala Constitucional declaró inconstitucional la frase siguiente de ese artículo que disponía que "Sin embargo, estos asientos se certificarán en los casos en que la solicitud provenga de los tribunales o del Ministerio Público". En tal sentido dicha Sala agregó que "...las certificaciones en las que consten asientos del Registro Judicial de Delinquentes, en relación a condenatorias con más de diez años de cumplida la condena, sin efectuarse una nueva inscripción, no podrán ser tomadas en consideración por los tribunales, a ningún efecto..." (Voto N° 1438 de 15 hrs. del 2 de junio de 1992, Sala Constitucional). Consecuentemente, en el caso de autos debe declararse con lugar el recurso por el fondo, y casar la sentencia en cuanto canceló la licencia de conducir al imputado por estimarlo reincidente, ya que de acuerdo con lo anterior no tiene esa condición jurídica."

1992. SALA TERCERA, N° 300-F de las 9,20 hrs. del 10 de julio.

**22- RESPONSABILIDAD CIVIL - Los camiones cisterna destinados al transporte de combustible entren en las previsiones del artículo 38 de la Ley de Tránsito.**

"El señor [...] en su condición de co-demandado civil en esta causa, alega como único motivo de casación por el fondo el quebranto del artículo 38 de la Ley de Tránsito por errónea aplicación, al estimar básicamente que ninguno de los supuestos contenidos en dicha norma permiten afirmar que "...la sola propiedad del vehículo causante de un accidente es suficiente para ser condenado responsable solidario al pago de los daños y perjuicios ocasionados en un accidente del que se deriven daños y perjuicios..." (sic). Con vista de lo anterior, solicita se case la sentencia y se declare que su responsabilidad se limita al valor del vehículo causante del accidente del que resultó ser propietario [...]. El reclamo no puede ser atendido. Aunque el impugnante lleva razón respecto a que no es sólo por el hecho de ser propietario de un vehículo que se responde solidariamente en el aspecto civil, resulta obvio en el presente caso, que el vehículo placas [...] -causante del suceso-, es un camión cisterna destinado al transporte de combustible [...], lo que entra

en las previsiones del artículo 38 de la Ley de Tránsito, puesto que ahí se dispone que todos aquellos propietarios de vehículos causantes de un accidente responden civilmente en forma solidaria cuando "...por cualquier título, explotaren vehículos en una empresa industrial o comercial, o en el transporte remunerado de personas o carga..."; supuesto en el cual se encuentra el co-demandado civil [...]. Ante tales circunstancias, y estando debidamente acreditado la propiedad del vehículo que ocasionó el hecho culposo por parte del recurrente, como también que a título personal se explota en una actividad comercial (transporte de combustible o de carga) y que al momento del accidente se estaba utilizando en dicha actividad, la declaratoria de responsable civil solidario resulta válida, debiéndose tener por corregida la fundamentación del fallo en ese sentido. Por lo dicho, procede a denegar el reproche."

1992. SALA TERCERA, N° 254-F de las 9 hrs. del 19 de junio.

**23- RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO - Naturaleza**

"Por otra parte, aunque no fue objeto del recurso, se observa en el considerando referente a la acción civil resarcitoria, que la juez a quo condenó "solidariamente al Estado al haberse determinado que el aqul encartado produjo las lesiones investigadas con un vehículo al servicio del Estado" [...]; sin embargo posteriormente, en la parte dispositiva del fallo, se incurre en el error de indicar que "Se adiciona en el punto cuatro sobre la Acción Civil Resarcitoria en cuanto a que se condena al Estado en forma subsidiaria toda vez que el encartado se encontraba al servicio, en un vehículo utilizado por el Estado, al momento de suceder el hecho". Se aprecia en este caso que se trata de un error material en el por tanto de la resolución, toda vez que la argumentación contenida en la sentencia, sustenta la condenatoria solidaria del Estado. Dicha conclusión resulta acorde con lo ya dispuesto por esta Sala, en punto a la responsabilidad solidaria del Estado: "En efecto, la Ley General de la Administración Pública (N°6227 de mayo de 1978 que entró en vigencia seis meses después de su publicación y que es posterior tanto a la ley que mantuvo la vigencia del artículo 137 inciso 6) del Código Penal de 1941, como al Código Penal actual que comenzó a regir a partir de noviembre de 1971) dispuso en su Título Séptimo (artículos 90 y siguientes) la normas a seguir en caso de la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público, para luego señalar en la Sección Segunda este Título, la Responsabilidad de la Administración por Conducta Ilícita (artículos 191 a 193), no haciendo distingo entre ilícitos civiles y penales. Establece el artículo 191 que "la Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo...", y posteriormente el 201 indica que "la Administración será solidariamente responsable con su supervisor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por esta Ley". Como puede observarse, existe una clara contraposición entre el tipo de responsabilidad civil que disponen para el Estado las leyes penales (subsidiaria), y la Ley General de la Administración Pública (solidaria), pero como bien afirma el apoderado del actor civil en su escrito [...], si aún quedara duda respecto de que la seguida -a pesar de disponer expresamente que es de orden público y deroga las que se le opongan (364 inciso 1)- es la que debe regular la materia que aquí se discute, el propio legislador la resolvió a favor de la Ley de Administración Pública referida, cuando determinó que "en

caso de duda, sus principios y normas prevalecerán sobre los de cualquiera otras disposiciones de rango igual o menor" (364 inciso 2) (El subrayado no es del original). Así pues, la responsabilidad solidaria del Estado por conducta ilícita de sus servidores, constituye un principio fundamental que la ley ha establecido en favor de los administrados, en razón de que los actos de aquellos -realizados durante el desempeño de las funciones encomendadas o con motivo de ellas- son sus propios actos, por cuyas consecuencias dañosas debe responder." (Cfr. Sala Tercera, V-114-F de las 9:05 horas del 22 de abril de 1988). En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, se corrige el error material consignado en la parte dispositiva del fallo, para que en lo sucesivo se lea que la responsabilidad civil del Estado es solidaria y no subsidiaria como incorrectamente se consignó."

1991. SALA TERCERA, Nº 632-F de las 14,20 hrs. del 20 de noviembre.

24- **ROBO - Violencia en las personas cuando el despojo vence la resistencia natural y espontánea que opone el cuerpo de la víctima.**

"En su recurso por violación de normas sustantivas, el sentenciado [...] expresa que el tribunal a-quo aplicó erróneamente el inciso 3) del artículo 212 del Código Penal, produciéndose además la inobservancia del inciso 1) del mencionado numeral, porque según su criterio "...reiterada jurisprudencia ha determinado que para que se produzca el delito de Robo con violencia sobre las personas, es necesario el empleo de la fuerza (sic) y eventualmente la producción de lesiones aunque fueran leves que presupongan un daño en el cuerpo o la salud que determinen una incapacidad para el trabajo por más de diez días y hasta por un mes. También se tipifica el delito anterior, si existe intimidación producida por arma que obligue al ofendido en salvaguarda de su integridad física a hacer entrega de lo suyo al agente infractor..." [...]. Agrega que en el presente caso la ofendida manifestó que fue sujeta fuertemente de tres cadenas de oro con unos "dijes" que portaba en su cuello, logrando el agresor arrebatárselo y huir solo con unos "dijes" pues las cadenas cayeron en sus manos. Pero carece de razón en sus argumentos, pues aunque alguna doctrina excluye el concepto de **violencia** en los también llamados delitos de rapiña o de arrebato a la víctima desprevenida o "descuidero" (así por ejemplo Rodríguez Devesa, J.M., en su obra Derecho Penal Español, Parte Especial, ed. Dykinson, Madrid, 1989, p. 431), lo cierto es que en nuestro país la opinión y jurisprudencia mayoritaria lo ha sido en el sentido inverso, esto es que se comete el ilícito con **violencia en las personas** y no **fuerza sobre las cosas** en situaciones como la que nos ocupa, puesto que para lograr el despojo se tiene que vencer la resistencia natural y espontánea que el cuerpo de la víctima opone (cfr. al respecto -entre otros- de Breglia Arias y Gauna, Código Penal, comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, ps. 547 y 548, en especial Nota N° 26). Ahora bien, de los hechos tenidos por acreditados se observa que el encartado, ante la resistencia de la ofendida, únicamente logró huir con dos "dijes", y aunque fue perseguido por unos particulares hasta que lograron su detención, aquéllos no aparecieron, con lo que se consumó el delito de robo por el que fue condenado, no dándose en la especie la **tentativa** que con apoyo en el artículo 24 del Código de la materia se reprocha en la parte final del recurso por el fondo."

1991. SALA TERCERA, Nº 571-F de las 8,55 hrs. del 25 de octubre.

25- a) **ROBO SIMPLE - La fuerza utilizado debe estar vinculada con el apoderamiento.**

b) **ESTAFA Y APROPIACION INDEBIDA - Diferencia en el abuso de confianza que comprenden ambos delitos.**

"Que los hechos acreditados por el a-quo, en lo que interesa, son los siguientes: "1) Que el imputado [...] laboraba para la [...], en tareas de contabilidad, empresa que a su vez es propietaria de [...]. 2) Que en horas de la noche del día catorce de febrero de mil novecientos ochenta y siete, [el imputado] se presentó en este último negocio, donde se encontraban la cajera [...] junto a otros compañeros en momentos en que la mujer preparaba el depósito nocturno correspondiente a la cuenta corriente número [...], para ser trasladado a la Agencia del Banco de Costa Rica, sucursal de Desamparados. 3) Que ante la circunstancia de que el Gerente General de la empresa [...] no se presentaba a efecto de llevar el depósito al mencionado Banco, como era su costumbre, acompañado de la cajera, el imputado [...] se ofreció a cumplir el mismo para lo cual recibió de manos de la [cajera] un bolso de cuero con la leyenda "Banco de Costa Rica D 7" debidamente cerrado con candado, en cuyo interior contenía la suma en efectivo de trescientos veinticinco mil quinientos colones, más el cheque número [...] por treinta y cinco mil doscientos setenta y un colones con setenta y cinco céntimos, al igual que la boleta de depósito número [...] de ese Banco donde constaba el monto del depósito y una boleta de buzón concerniente a la mencionada cuenta. 4) Que fue así como acompañado de la cajera el imputado abordó su automóvil... en el que se ubicada (sic) una mujer desconocida y en lugar de dirigirse a la entidad bancaria, primeramente tomó la determinación de trasladar a [la cajera] a su casa de habitación en [...] bajo la promesa de dirigirse a la ciudad de Desamparados para cumplir el encargo, a lo que mostró acuerdo la empleada por la confianza que tenía en el imputado tomando en consideración igualmente su alto cargo dentro de la Corporación. 5) Que posteriormente el encartado se devolvió con su vehículo y mediante el uso de un instrumento no determinado pero filoso, cortó la costura lateral del bolso de cuero apoderándose del dinero en efectivo, esto en la cantidad de trescientos veinticinco mil quinientos colones, resultando cortado parcialmente con su acción el cheque en referencia, para luego depositar en el buzón nocturno de la relacionada agencia bancaria el maletín en cuyo interior únicamente quedó el cheque y las boletas concernientes al depósito, siendo que al día siguiente se marchó a los Estados Unidos de América" [...]. En criterio del Tribunal de mérito, la anterior relación de hechos configura el delito de **ROBO SIMPLE CON FUERZA EN LAS COSAS**, básicamente, se considera en el fallo, porque el encartado violentó el bolso de cuero para apropiarse del dinero en efectivo que éste contenía.

Tal razonamiento es totalmente equívoco, si se toma en cuenta que el mismo Tribunal enfatizó la circunstancia de que el encartado recibió la bolsa de cuero sin que mediara al efecto "apoderamiento ilegítimo" del bien, que es un presupuesto esencial del tipo penal plasmado en el artículo 212 del Código Penal, sin que pueda estimarse que la posterior ruptura del bolso constituya la "fuerza en las cosas" a que alude dicho numeral, pues la fuerza utilizada por el encartado se aplicó para extraer el dinero del bolso que ya tenía en su poder, no para lograr el apoderamiento del bien en sí, el cual -valga insistir- llegó a manos del imputado en vista de la confianza que merecía por la alta posición que aquel detentaba dentro de la sociedad ofendida, según lo expresa la relación de hechos probados por

el Tribunal de Juicio, "con un encargo específico que él mismo prometió cumplir" (así se expresa el a-quo en sus consideraciones, [...]. La fuerza típica del robo tiene que estar vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento. Dice CREUS que "...la necesidad de dicha vinculación deja fuera del tipo la fuerza que se da en oportunidad del apoderamiento, pero sin relación con él" (*Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, pág. 443), y en el caso que nos ocupa no se constata la existencia del semejante vinculación. Luego, si bien los hechos acreditados no tipifican el delito de Robo con fuerza sobre las cosas, no es admisible la tesis de la defensa en el sentido de que aquellos, a lo sumo, configuran el delito de apropiación o retención indebida, pues la total consideración de circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se sucedieron aquellos indican la realización de otro delito, a saber, el de ESTAFA, previsto por el artículo 216 del Código Penal, el cual sanciona a quien "...induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno ...". La apropiación o retención indebida es una defraudación por abuso de confianza, originada en un negocio jurídico (así CREUS, *Op. cit.*, págs. 497 y 502). La comisión de este delito "presupone como antecedente la entrega voluntaria de la cosa al autor, y en virtud de un título (razón jurídica) que le obligue a entregarla a un tercero o a devolverla a quien la dio" (la negrilla es suplida, BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 609). Sin embargo, el abuso de confianza que presupone este delito es diferente a aquel que puede propiciar una estafa (el error en que se induce a la víctima de una estafa puede asumir variadas formas, entre ellas el abuso de confianza). De tal forma que estos criterios nos permiten establecer la diferencia entre los particulares perfiles del abuso de confianza que pueden comprender ambos delitos. Hay ESTAFA -entre otros supuestos hipotéticos- si abusando intencionalmente de la confianza es que el autor logra engañar a la víctima para que le entregue la cosa bajo un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla (o "depositarla", como en el presente caso), pues se excluye la Apropiación o Retención Indebida toda vez que la voluntad de entregar la cosa se halla determinada por el error a que se induce a la víctima. Por el contrario, hay APROPIACION O RETENCION INDEBIDA, como se señaló antes, cuando es voluntaria la entrega de la cosa al autor (sin que a ese efecto se haya inducido a error a la víctima, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos), en virtud de un título que le obligue a entregarla a un tercero o a devolverla a quien la dio y el agente no lo entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro. Sobre el punto de la estafa, acota Antolisei: "El consenso de la víctima, logrado fraudulentamente, caracteriza el delito y lo distingue tanto del hurto como de la apropiación indebida. Estos dos delitos suponen el disenso de la víctima, porque el primero exige el apoderamiento de la cosa en contraste con la voluntad de la víctima, mientras el segundo postula por parte del poseedor un arbitrario, y por eso no consentido, ejercicio de poderes que están reservados al propietario. En la estafa, en cambio, el agente, mediante artificios o engaños, logra obtener que la víctima se dañe a sí misma: entregue una cosa, asuma una obligación, renuncie a un derecho, etc., en fin, realice un acto de disposición perjudicial a su patrimonio y ventajoso a otro." (ANTOLISEI, Francisco: *Manuale de Diritto Penale*, Parte Especial, T. I, Giuffré Editore, Milán, 1977, p.p. 277-278).

Resumiendo, la diferencia estriba en el contenido del dolo del agente que pretende entrar en posesión del bien. Si se induce al otro en engaño para tomar posesión del bien, haciéndole creer que el bien le será devuelto o entregado a su destinatario, siendo que en realidad no es esa su intención, sino la de adueñárselo, se estaría frente a una estafa. "Estos contenidos psíquicos (el ardid y el engaño) deben integrar la acción misma desplegada por el autor para la estafa y, en consecuencia, ser anteriores al momento del despojo" (SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, T. IV., Tipográfica Editora Argentina, 1970, p. 330). Por otra parte, si el agente entró en posesión del bien con la obligación de devolverlo o entregarlo a un tercero, no induciendo para ello en error al dador, su entrada en posesión es legítima, pues no medió error o engaño, lo que, como se indicó, excluye la configuración de la estafa. Luego, si pretende apropiárselo o retenerlo y no lo entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, se configurará entonces el ilícito de Apropiación o Retención Indebida. Así, teniendo acreditado el Tribunal de mérito que el imputado -aprovechándose de la confianza que se le tenía- se comprometió falsamente ante la [cajera] a realizar el depósito, para que ella le entregara el bolso que contenía los valores, aún se manifiesta ulteriormente la constatación del dolo propio del ilícito de Estafa (conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo), cuando el a-quo considera que al encartado [...] "le convenía lanzar la cartera dentro del buzón ya perforada y que la sospecha enfrentara a otras personas, principalmente de la entidad bancaria...", [...] circunstancia calculada por el imputado para procurar mayor credibilidad a la falsa situación que pretendía hacer aparecer como verdadera: que el apoderamiento ilegítimo del dinero se suscitó luego de que él depositara el dinero en el buzón nocturno del Banco. Tal hecho viene a cerrar el malicioso despliegue engañoso desarrollado por él al aprovecharse de las circunstancias que rodearon el hecho, principalmente de la confianza que inspiraba su posición laboral dentro de la Sociedad ofendida, lo que determinó la entrega material del bolso de depósitos a [...].

En síntesis, en la sentencia se observa con claridad que la intención dolosa del encartado no se reducia a apropiarse o retener indebidamente el dinero de marras, sino que la motivación que animó su conducta fue la de producir el error de la cajera que le sirvió para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí, lesionando el patrimonio de la sociedad ofendida, delineando el error en la dadora de tal forma que se asegurara no solo la obtención del mencionado beneficio patrimonial (suficiente para configurar el delito), sino también su pretendida impunidad (al procurar aparentar que el dinero fue sustraído en la agencia bancaria)." (Hay voto salvado).

1991. SALA TERCERA, N° 690-F de las 10,10 hrs. del 20 de diciembre.

#### VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS GONZALEZ ALVAREZ Y HOUED VEGA:

Los suscritos magistrados con respeto nos permitimos disentir del criterio expuesto por la mayoría al recalificar los hechos al delito de estafa, por las siguientes razones: 1º. Como bien lo señala la mayoría, el Tribunal de instancia erró al calificar los hechos como constitutivos del delito de robo, porque en el presente caso, de acuerdo con los hechos probados en la sentencia, nunca hubo apoderamiento ilegítimo del dinero, sino que el acusado entró en posesión del mismo en forma legítima porque se lo entregó la funcionaria que debía depositar

la bolsa donde estaban los billetes. El apoderamiento ilegítimo es uno de los presupuestos básicos del delito de robo, según las exigencias del artículo 212 del Código Penal, el cual está excluido en los casos en que el agente tome la cosa porque se la entrega su legítimo tenedor, aún cuando ello ocurra por exceso de confianza o por error. El hecho de que el agente hubiere roto la bolsa posteriormente, para tomar el dinero, no constituye una forma de apoderamiento con fuerza en las cosas, porque él ya estaba en posesión de ese bien y no constituyó el medio para lograr apoderarse de la bolsa con dinero. En ello coincidimos plenamente con la mayoría. 2º. Sin embargo discrepamos al estimarse que los hechos configuran el delito de estafa. La sentencia del Tribunal de instancia tuvo por demostrado que la cajera del negocio le entregó al acusado, quien laboraba en la misma empresa en funciones de contabilidad, una bolsa de cuero debidamente cerrada con candado, que contenía más de trescientos mil colonos en dinero efectivo y otros valores, en virtud de que el acusado se ofreció llevar a la cajera en su vehículo al banco para depositar la bolsa en un "buzón nocturno". Luego de abordar el vehículo el sentenciado optó por llevar primero a la cajera a su casa de habitación, con la promesa de pasar posteriormente al banco a dejar el dinero, situación que aprovechó para tomar el dinero cortando la bolsa con un instrumento filoso. La mayoría estima que estamos en presencia de un ardid realizado por el imputado e idóneo para configurar el delito de estafa. Sin embargo, los suscritos estimamos que existen algunas circunstancias fácticas que nos impiden presumir que el imputado tomó el dinero desde un inicio porque llevaba el firme propósito de apropiarse del mismo, utilizando como ardid la confianza que se depositó en él por tratarse de un empleado de la empresa. En realidad de acuerdo con la sentencia se ignora si al entregársele el dinero al acusado éste ya tenía el propósito de apropiárselo, así como también se ignora si al momento de ofrecerse para llevar a la cajera al banco ya había planeado apropiarse del dinero y desplegaba un ardid. Lo anterior es de vital importancia que se hubiere establecido para poder llegar a calificar los hechos como constitutivos del delito de estafa, porque en éste, de acuerdo con el artículo 216 del Código Penal, se entra en posesión del bien utilizando un ardid que induce en error a la víctima o a quien posee el bien en nombre de la víctima, con el fin de apoderarse del mismo con perjuicio ajeno. El acusado entró en posesión de la bolsa con el dinero porque se lo entregó la cajera, pero ignoramos si a ese momento el imputado desplegaba un ardid para apoderarse de dicha bolsa, o si por el contrario decidió apropiarse del dinero con posterioridad, cuando se encontró que llevaba la bolsa para el banco, luego de dejar a la cajera en su casa de habitación. De ocurrir la segunda situación fáctica estaríamos en presencia del delito de apropiación o retención indebida, conforme lo señala la descripción del artículo 223 *ibidem*, porque en esta última el sujeto entra en forma legítima en posesión del bien, con una evidente y clara obligación de entregar o devolver y no lo hace, como ocurrió en el caso de autos. 3º. Como bien lo señaló la mayoría, el delito de apropiación o retención indebida es una defraudación por abuso de confianza, originada en un negocio jurídico que presupone como antecedente la entrega voluntaria de la cosa al autor, y precisamente en ello se diferencia de la estafa, porque en la primera existe el deseo (voluntad) de entregarle la cosa, en virtud del vínculo jurídico que le obliga a devolver o restituir posteriormente, mientras que en la estafa el sujeto logra entrar en posesión de la cosa venciendo la voluntad de la víctima con el ardid, con los medios artificiales, simulando hechos falsos o deformando u ocultando otros verdaderos, también para obtener la cosa. Como se indicó, desconocemos si el acusado realizó

un ardid pre-establecido al hacerse entregar la bolsa con dinero y ofrecerse llevar primero a la cajera a su casa de habitación, o bien si al momento en que se le entregó esa bolsa efectivamente pretendía llevarla hasta el "buzón nocturno" del banco para su respectiva custodia y posterior depósito, pero optó finalmente por no restituir. Se trata de un aspecto fáctico sobre el cual tenemos duda, razón por la cual estimamos de obligada aplicación el párrafo tercero del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales, que ordena estarse a lo más favorable al imputado en caso de duda sobre las cuestiones de hecho.

En consecuencia, no pudiéndose presumir el ardid para entrar en posesión de la bolsa, debemos concluir que nos encontramos en presencia del delito de apropiación o retención indebida citado que exige una prevención para devolver lo tomado en el plazo de cinco días. Por lo expuesto los suscritos votamos por declarar con lugar el recurso por el fondo, y casamos al sentencia al igual que la mayoría, pero resolvemos el caso de diferente manera, de acuerdo con la ley aplicable variando la calificación jurídica, del delito de robo al de apropiación o retención indebida, razón que obliga decretar una nulidad de todo lo actuado para que se proceda a formular la prevención que ordena la ley. Póngase en libertad al sentenciado si estuviere detenido."

1991. SALA TERCERA, N° 690-F de las 10,10 hrs. del 20 de diciembre.

## 26- TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS - Naturaleza del delito - Alcances de la descripción típica.

"En el recurso por el fondo se argumenta que la sentencia calificó erróneamente los hechos, solicitándose una absolutoria. Dicha petición se sustenta, en primer término, en que el sentenciado no pertenece a algún grupo de personas cuya finalidad sea atentar contra la seguridad pública, y por esa razón estima que la posesión de la subametralladora no configura una lesión al bien jurídico tutelado. Este reproche no es de recibo. En el artículo 56 de la Ley de Armas se definen dos formas de posesión de armas prohibidas, una forma simple y otra agravada. En la primera se sanciona con días multa o prisión hasta de cuatro años a quien poseyere armas prohibidas de las definidas en el artículo 10 de esa ley (ametralladoras, metralletas, bazucas, morteros, tanques, minas, cohetes, bombas, explosivos de alta potencia, etc.). Mientras que en la parte final de ese artículo se sanciona sólo con prisión de uno a ocho años cuando dichas armas son poseídas con el fin de atentar contra los poderes públicos o el orden constitucional. Como se aprecia, en la descripción típica de ese ilícito no se exige pertenecer a ninguna organización ni grupo dedicado a atentar contra la seguridad pública, pues en ambas formas punibles se sanciona la posesión de armas prohibidas y sólo en el tipo agravado se exige una finalidad específica de atentar contra los poderes públicos o el orden constitucional. En su concepción simple ese delito es de peligro abstracto, pues el legislador determinó una categoría de armas y explosivos a los que denominó prohibidos, y señaló que su sola posesión es motivo de sanción penal por significar un peligro objetivo y real para la seguridad común, la integridad personal de los ciudadanos, y el mantenimiento del orden constitucional, por el sólo hecho de la posesión de ese tipo de armas y materiales en manos de los particulares. En el evento de que el acusado hubiere pertenecido a una organización dedicada a atentar contra el orden constitucional o la seguridad común, y para esos fines poseyere armas prohibidas de las descritas en el artículo 10 citado, entonces podría haberse com-

figurado ese mismo ilícito en su fórmula agravada, o bien otro tipo de delito de mayor gravedad, pero no es la situación que describe la sentencia en los hechos probados. En **segundo lugar** en el recurso por el fondo también se argumenta que la calificación jurídica es ilegítima, porque se separa del alcance y contenido del artículo 56 de la Ley de Armas, en relación con el inciso a) del artículo 10 *ibídem*, al tener la sentencia incluidas entre las armas prohibidas a la sub-ametralladoras. Es cierto que esta última norma no cita textualmente y por su nombre a las sub-ametralladoras, sin embargo entre muchas otras define como armas prohibidas "aquellas que con una sola acción del gatillo disparen sucesivamente (en ráfaga) más de un proyectil, como las ametralladoras, fusiles ametralladoras y metralletas". El arma decomisada en el presente asunto dispara en ráfaga, razón por la cual el Tribunal estimó -con buen tino- que está dentro de las previsiones de ese inciso, aunque no hubiere sido citada en la frase siguiente, pues como bien lo señala el Jefe del Ministerio Público, esa lista que se agrega en la norma es ejemplificativa y no taxativa, al utilizar el adverbio "como" seguido de algunos ejemplos que reúnen las condiciones genéricas que se establecen antes. De lo contrario ninguna razón tendría que la norma defina en forma genérica lo que constituyen armas prohibidas, y de ser cierto lo que alega el recurrente se hubiera limitado a citar sólo las ametralladoras y metralletas, sin recurrir a una definición genérica. En efecto, ese inciso lo que define como armas prohibidas son aquellas que disparan sucesivamente o en ráfaga más de un proyectil, y el arma decomisada reúne esas condiciones. El Técnico en Balística de la Sección de Investigaciones Físicas del Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses examinó el arma decomisada y dictaminó que se trata de una "sub-ametralladora" en buen estado de funcionamiento, que dispara tiro a tiro (mecanismo semi-automático) y en ráfaga (mecanismo automático), lo cual se controla con una pieza denominada "selector de tiro".

El hecho de que el arma también dispare con un mecanismo semi-automático no significa que pierda su característica de disparar en ráfaga, ni la descarta como tal. Cabe agregar que en el presente caso no resulta de aplicación el artículo 21 de la Ley de Armas, en cuanto dispone que en caso de duda sobre la clasificación de alguna arma, como prohibida o permitida, debe decidir el Departamento de Control de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública, en primer término porque es evidente que la disposición rige en sede administrativa para diferentes efectos, como los del permiso de posesión y en segundo lugar, porque en el presente asunto no existe ninguna duda de que la sub-ametralladora decomisada es una arma que dispara en ráfagas. En consecuencia el argumento no es de recibo [...]. En **cuarto lugar** en el recurso por el fondo se argumenta que se aplicó erróneamente el artículo 56 de la Ley de Armas Prohibidas porque esa norma sanciona a "...quien poseyere armas prohibidas...", utilizando una fórmula en plural. Agrega el recurrente que el uso del plural tiene un hondo sentido toda vez que el bien tutelado no se pondría en peligro por la existencia de sólo una arma, salvo que se participara en algún grupo de personas para atentar contra la seguridad común. El argumento tampoco es de recibo. Para desentrañar los alcances de ese vocablo debe observarse que el bien jurídico tutelado en ese tipo de delito se pone en peligro tanto con la posesión de varias armas de las definidas como prohibidas, cuanto con la tenencia de una, de manera que resultaría un absurdo sancionar la tenencia de dos ametralladoras por tratarse de esa cantidad, pero permitir la posesión de un tanque de guerra, o una bomba de alto poder explosivo, o de cualquiera de las demás armas calificadas de prohibidas, por el solo hecho de tratarse de unidades singulares. Es evidente que en todas y

cada una de esas situaciones se pone en peligro el bien jurídico tutelado, es decir la seguridad común, la integridad física de las personas, entre otros valores básicos, además del mantenimiento del orden constitucional, de modo que no se evidencia que el propósito del legislador hubiere sido el de sancionar la posesión de cierta cantidad de armas y autorizar la posesión de una sola. Además, tampoco se desprende de la redacción del tipo penal ni del contexto de esa ley que ese hubiere sido el propósito del legislador. En la mayoría de las disposiciones de la Ley de Armas se utiliza el vocablo en forma plural (arts. 1, 2, 4, 5, 7, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, etc.), y solo por excepción se usa el vocablo singular. Así, se habla de armas en plural para regular lo relativo a la clasificación de esos objetos como armas prohibidas o permitidas, a las inscripciones y permisos para poseerlas o portarlas, así como también al momento de establecer las sanciones, sin que se evidencie que el propósito hubiere sido el de regular lo relativo a la tenencia, posesión o portación de una pluralidad de armas, sino de cualquier tipo de armas de las definidas como tales en esa ley, aún cuando se trate sólo de una. Para mayor claridad uno de los artículos que excepcionalmente utiliza el vocablo en singular (el artículo 18) precisamente viene a confirmar que lo regulado y sancionado en esa ley es también la posesión de una sola arma calificada como prohibida, al disponer que "toda arma prohibida decomisada por traficarse con ella en forma directa o indirecta en el país, pasará a formar parte del inventario en custodia del Departamento, con la finalidad de regular la defensa y seguridad nacional". La verdad es que cuando el legislador toma en cuenta una pluralidad de elementos o circunstancias para definir un tipo penal o establecer una fórmula de agravación, lo indica así en forma directa, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de daños agravados (art. 229.4 del Código Penal); resistencia agravada (304.4 C.P.); asociación ilícita (art. 272 C.P.); conspiración para traición (art. 279 C.P.); motín (art. 295 C.P.); conspiración genérica (art. 298 C.P.), etc. En sentido contrario, tampoco podría exigirse una pluralidad para aplicar la sanción penal sólo por utilizarse un vocablo de esa naturaleza, como ocurre, por ejemplo, en los diferentes delitos de encubrimiento (arts. 320 a 323 C.P.) que sanciona la receptación de cosas (en plural); en el delito de divulgación de secretos que sanciona la divulgación de hechos, actuaciones o documentos (en plural) (art. 337 C.P.), en el delito de corrupción agravada, donde se sanciona el cohecho con el fin de otorgar puestos públicos, jubilaciones, celebración de contratos (en plural) (art. 340 C.P.), etc. Es claro que la simple utilización del plural no permite concluir con certeza que el legislador esté exigiendo la concurrencia de varias situaciones para que pueda aplicarse la sanción penal, sino que ello debe extraerse del contexto de la norma y del resto de la ley, en relación con el bien jurídico tutelado. En el caso de autos, conforme se expuso, es evidente que la Ley de Armas regula la tenencia, posesión, uso y matrícula incluso de una sola arma, y no sólo de varias, aunque las normas de la ley citada lo refieran en plural, razón por la cual debe también interpretarse en igual sentido el tipo penal de comentario. Por lo expuesto tampoco este reclamo es de recibo."

1992. SALA TERCERA, Nº 97-F de las 8,50 hrs. del 27 de marzo.

27- **TENTATIVA DE HOMICIDIO - No es indispensable que el dictamen médico señale que las lesiones producidas pusieron en peligro la vida.**

"Asimismo, que en el dictamen médico no se dijera que las lesiones producidas pusieron en peligro la vida de la joven



agredida, no es obstáculo tampoco para que los juzgadores, de acuerdo con la apreciación de las circunstancias que rodearon el suceso, puedan considerar que sí lo hicieron, aunque ello no sea siquiera indispensable para establecer una tentativa de homicidio (podría ocurrir, por ejemplo, que sin sufrir lesión una persona hubiese sido objeto de un atentado contra su vida)."

1991. SALA TERCERA, Nº 648-F de las 8,55 hrs. del 29 de noviembre.

## 28- TENTATIVA DE VIOLACION - Algunas consideraciones sobre la tentativa.

"Esta Sala estima que el reclamo alegado por la representación del Ministerio Público es de recibo, toda vez que se constata claramente que se ha violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva. Sin embargo, al resolver el caso de acuerdo con la ley aplicable, los suscritos Magistrados discrepan del recurrente en el sentido que los hechos constituyan el delito de Abusos Deshonestos, estimando que los mismos configuran en realidad una Tentativa de Violación, por las siguientes razones. Para determinar si en la presente situación estamos o no en presencia de una tentativa de violación, es menester fijar los criterios para distinguir los actos preparatorios de los de ejecución. Al respecto ha señalado esta Sala que "Es cierto que para la existencia de la tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico, de los cuales pueda también deducirse la voluntad del agente y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor. La doctrina ha discutido mucho acerca de la distinción entre los actos preparatorios y los actos de ejecución. Una de las primeras concepciones, hoy muy superadas, fue la teoría de la Univocidad de Carrara, según la cual existen actos de ejecución cuando en forma unívoca y segura podemos concluir que tales actos fueron idóneos para producir el resultado delictivo y se dirigen a ese propósito sin duda alguna. Aplicando esa teoría al caso concreto debemos concluir que los actos desplegados por el imputado siempre serían de ejecución del delito de violación, según las circunstancias fácticas expuestas en la sentencia, porque de ellos podemos deducir en forma inequívoca que su propósito era el de tener acceso carnal con la ofendida en contra de la voluntad de ésta. Posteriores teorías han perfeccionado esa teoría carrarina. En la actualidad la doctrina moderna acepta, casi unánimemente, la teoría individual objetiva para explicar el deslinde entre actos preparatorios y actos de ejecución (ROXIN, JESCHECK, ZAFFARONI, BACIGALUPO, etc.). De acuerdo con esta tesis lo que debe tomarse en consideración es, en primer término, el plan del autor, así como también la proximidad del peligro corrido por el bien jurídico según la acción desplegada, y que tales actos sean típicos, aunque no necesariamente se inicie el desarrollo del núcleo o verbo del tipo penal. En otros términos, habrá tentativa (el inicio de los actos de ejecución) cuando el autor esté desarrollando su plan para afectar el bien jurídico, de manera muy próxima y eficaz para lesionar ese bien, al extremo de producir una afectación de la disponibilidad que el titular debe disfrutar de ese bien jurídico (JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, volumen 25, pp. 697 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1988, 6ª edición, pp. 601 ss.; y BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis-Ilanud, 1984, pp. 165 ss.) (V-48 F de las 14:40 horas del 30 de enero de 1991). En igual

sentido, se ha dicho que "La doctrina para resolver esta problemática ha recurrido a dos puntos de vista teóricos: el de la teoría formal-objetiva y la teoría individual-objetiva. De acuerdo con la primera, la acción de la tentativa es una parte de la acción consumada y habrá comienzo de ejecución cuando el autor haya penetrado con su obra en el "núcleo del tipo"; en consecuencia no sería punible la tentativa inidónea, en la que no se pone en peligro un bien jurídico. Debe rechazarse frente a nuestro Código Penal, ya que pena la tentativa inidónea (Art. 24). Aunque la solución al problema es complejo, la doctrina moderna se inclina por la Teoría individual-objetiva.

Habría que tomar en cuenta en primer lugar el **plan del autor** y luego, si, según ese plan, la **acción representa un peligro cercano para el bien jurídico**. Para esta teoría el comienzo de ejecución no necesita ser una parte de la acción típica (véase ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal, Ediar, Argentina, 1982, t. IV, ps. 452, 454; BACIGALUPO, Manual de Derecho Penal, Temis-Ilanud, 1984, pp. 168, 169)" (V-102-F de las 11:27 horas del 27 de marzo de 1991 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Es cierto que algunas veces en la práctica es difícil establecer la distinción entre una tentativa de violación y abusos deshonestos consumados (sobre esta cuestión véanse las valiosas consideraciones de ISSA EL KHOURY, Henry en la Revista Ciencias Penales: Las Garantías del Tipo Penal y la Misión Moralizante del Juez, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Nº 2, marzo de 1990, págs. 44 y ss.). Sin embargo, se ha establecido doctrinariamente que "La diferencia teórica entre ambos se encuentra en el dolo del autor: si este era de penetrar carnalmente a la víctima habrá tentativa de violación; si era simplemente de realizar tocamientos contrarios al pudor habrá abusos deshonestos" (LLOBET RODRIGUEZ, Javier y otro: *Comentarios al Código Penal*, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989, pág. 221. Véanse también CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, pág. 234, y; BREGLIA ARIAS, Omar y otro: *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición actualizada, 1987, pág. 381). Como se indicó anteriormente, para que exista tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico protegido, de los cuales pueda también deducirse la voluntad del agente, y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor, y lo cierto es que la conducta desplegada por el imputado [...] reúne todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 24 del Código Penal, porque plasma en primer término el elemento subjetivo (dolo de consumación) al evidenciar la decisión de realizar el tipo penal de violación y porque, en segundo lugar, dio inicio inmediatamente a la realización del tipo penal. En efecto, del cuadro fáctico transcrito se colige tanto el **plan del autor** (a saber la decisión de tener relaciones sexuales con la menor ofendida, aspecto individual de la Teoría individual-objetiva explicada en el Considerando anterior de esta resolución) como que la acción desplegada por el imputado [...] representa un **peligro inmediato para el bien jurídico** (aspecto objetivo de la Teoría), pues el imputado le propone a la menor ofendida ir a la playa a hacer el amor, resultando evidentes los violentos actos de acercamiento o contacto corporal de significación sexual con la víctima (la agarra con fuerza, tocándole los bustos y la vagina, en vista de su expresa intención dolosa de hacer el amor con ella), los cuales cabe estimar como actos ejecutivos del encartado encaminados a lograr en forma violenta la cópula con la ofendida (ante la oposición de ésta, quien a la postre contaba con once años y medio de edad), que se interrumpen por causas ajenas a su voluntad, cuando aquella logra que su agresor la suelte, diciéndole que iría con él

a la playa -lo que aceptó el imputado-, oportuna argucia que la ofendida aprovechó para huir del lugar con sus hermanos menores, según lo tuvo por establecido el a-quo en sentencia, por todo lo cual procede acoger el recurso por el fondo planteado para resolver el caso -según la ley aplicable- [...]."

1991. SALA TERCERA, Nº 643-F de las 8,30 hrs. del 29 de noviembre.

29- **TRAFICO DE DROGAS Y ESTIMULACION AL CONSUMO - La promoción indiscriminada del consumo no constituye un requisito de tipicidad.**

"[...], es cierto que el delito previsto en el artículo 16 de la Ley sobre sustancias psicotrópicas, en su texto vigente a la fecha de los hechos, supone un daño potencial a la salud pública mediante una actividad dirigida a fomentar el consumo de drogas, por medio de conductas de distribución, cultivo, suministro, fabricación, elaboración, refinamiento, transformación, extracción, preparación, comercio, producción, transporte, almacenamiento o venta de drogas. Sin embargo no es exacto afirmar que la promoción del consumo, fomentada a través de alguna de esas conductas, deba ser de tal magnitud al extremo de que en todos los casos sea calificada de indiscriminada. En realidad ese requisito no es posible extraerlo de la descripción normativa del tipo, aunque a ello se haya referido la doctrina. Es más, cuando la Corte Suprema de Justicia fue consultada sobre esa ley, en la época en que sólo era un proyecto, se mantuvo un criterio contrario a esa redacción, porque generalizaba la pena para una gran cantidad de conductas que merecían ser escalonadas, según la trascendencia y la magnitud social del resultado lesivo. Para entonces se señalaba la necesidad de establecer diferentes sanciones según ciertos criterios, tales como la cantidad de droga manipulada, el tipo de droga, la intervención o no de menores, el tamaño de los cultivos y de las plantaciones, etcétera. Se indicó en el pronunciamiento de la Corte Plena que en el proyecto (que fue luego aprobado como ley) "...algunas de las disposiciones que definen o tipifican los delitos, están concebidos en términos demasiado amplios, configurando tipos penales abiertos cuya legalidad es discutible, en virtud de la gran cantidad de conductas que puede abarcar...No contiene tampoco el proyecto (aprobado posteriormente como ley) una verdadera graduación o escalonamiento de las penas de acuerdo con el daño social que causan las diversas modalidades de los comportamientos delictivos propios del tráfico de drogas y actividades conexas...". Por esas razones el pronunciamiento fue negativo en cuanto a esos aspectos. (Véase Sesión de Corte Plena del 10 de setiembre de 1987, artículo VIII). Esa interpretación que ya hacía la Corte Plena cuando esa ley era sólo un proyecto, pone en evidencia que dentro del tipo penal de comentario se incluyeron una gama de conductas de consecuencias muy diferentes, que incluyen desde aquellas acciones de tráfico de drogas de grandes proporciones, hasta ínfimos suministros, sin que constituya un requisito de tipicidad el que se pretenda una **promoción indiscriminada** en el consumo de drogas, pues la verdad esa dimensión no la exige el tipo penal. Por ello tampoco es admisible un segundo criterio expresado por el Tribunal, al precisar que ese delito también requiere de una conducta que denote cierta gravedad según la calificación que puedan hacer los jueces. En realidad el legislador se encargó de apreciar el disvalor de la conducta, e incluyó en un mismo tipo penal una gama de acciones delictivas que pueden merecer diferente reproche, según la consecuencia social que produzcan, y le dejó a los

juzgadores únicamente la posibilidad de apreciar esa gravedad para imponer la pena entre los extremos mayores y menores, pero no para excluir la prisión cuando estimaran de poca gravedad la conducta. Además, es relativo en un determinado caso, que el hecho pueda revestir poca gravedad tomando en consideración la cantidad de droga suministrada, o que el destinatario de la droga ya fuere un consumidor, pues la verdad algunos traficantes de droga venden sólo pequeñas porciones sin que por esa razón pueda concluirse que no producen ningún peligro para la salud de los ciudadanos y para los demás bienes jurídicos tutelados. Por lo general quienes adquieren droga son consumidores consuetudinarios, y aún así podemos definir a quienes la suministran como promotores del consumo, independientemente de que el suministro se efectúe a título gratuito, como en el caso de autos, o a título lucrativo. Otro aspecto básico que debe descartarse en esta clase de ilícitos, es que el suministro a que se refiere la norma aplicada deba efectuarse como una actividad típica de comercialización. En realidad es cierto que todos los verbos del tipo penal de comentario están preordenados a una actividad común: el tráfico de drogas. Pero a esa actividad común se puede llegar de muy diversas maneras, incluso suministrando drogas a título gratuito, y sin que implique una actividad típica de comercio, es decir sin fines de lucro. En realidad lo típico y lo lesivo para el bien jurídico tutelado no lo constituye el provecho que obtienen los traficantes de droga, sino las consecuencias que producen para la salud de los ciudadanos, así como en la vida social y política de un país. Debe indicarse también que el haber reconocido esta Sala que nuestro Derecho Penal es de hechos y no de autor, a pesar de todas las excepciones contempladas en nuestro Código Penal al tomar en consideración la peligrosidad, no significa que deba concluirse que en nuestro sistema no existen los delitos de peligro abstracto, como resulta ser el delito de comentario. En efecto, es cierto que todos los delitos requieren de una consecuencia lesiva para el bien jurídico, sin excepción, y que la consecuencia en algunos tipos penales consiste en un efectivo daño al bien jurídico, mientras que en otros -como ocurre en el caso de autos- sólo consiste en poner en peligro ese bien jurídico tutelado. Lo anterior en realidad no releva exigir, en todos los casos, una consecuencia lesiva para el bien jurídico tutelado, incluso en los delitos de peligro abstracto, sólo que en estos últimos la consecuencia lesiva no requiere de una específica demostración en el caso concreto, porque el legislador valoró la conducta y estimó que ella lesiona el bien protegido, aunque desde luego admite prueba en contrario. Por otra parte, tampoco resulta admisible la posición del Tribunal en cuanto señaló que el tipo penal previsto en el artículo 18 de la ley vigente a la fecha de los hechos (similar al artículo 20 de la ley actual) exija como un requisito indispensable que la acción de estimular o promover el consumo de drogas debe dirigirse contra un sujeto pasivo que no sea adicto. Esta posición no resulta admisible porque el tipo penal no la contiene. El delito previsto en esa norma sanciona a quien, por cualquier medio, promueva o estimule el consumo no autorizado de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, sin exigir que la acción deba ser encaminada a involucrar en el consumo de drogas a personas que no sean adictas. En realidad se puede promover o estimular el consumo de drogas incluso en perjuicio de sujetos adictos, quienes ante esos estímulos recaen en el vicio, aunque la adicción la hubieren adquirido de otro modo. Conforme se indicó en el Considerando Primero los hechos ocurrieron en mayo de mil novecientos noventa, cuando estaba vigente la anterior ley "sobre sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas" Nº 7093 de 22 de abril de 1988, publicada

en el Alcance N° 16 a La Gaceta N° 83 del 2 de mayo de 1988, la que en el artículo 18 sanciona con prisión de 4 a 8 años "...a quien, por cualquier medio, estimule o promueva el consumo no autorizado de las sustancias estupefacientes, psicotrópicos o inhalantes..."(sic). Esta norma no contiene ninguna fórmula especial para ser desplazada y para aplicar en su lugar la figura principal de tráfico de drogas (en cualesquiera de sus modalidades), a diferencia de lo que ocurre con el nuevo texto de la ley vigente, el cual en el artículo 20 señala que ese tipo penal se aplica "...siempre que la acción penal no esté más severamente penada...". En consecuencia, con aplicación de la ley anterior -por resultar más favorable frente al nuevo texto- y tomando en cuenta las circunstancias fácticas muy especiales del presente caso, según la descripción que contiene la sentencia del Tribunal, debemos concluir que nos encontramos frente a un concurso aparente de delitos, entre el tráfico de drogas genérico sancionado en el artículo 16 de esa ley y el delito de estimulación al consumo de drogas definido en el 18 ibídem, porque la acción atribuida a la acusada se adecúa en ambos tipos penales, pero éstos se excluyen entre sí porque no pueden ser aplicados ambos. En efecto, en el presente caso la conducta de la acusada se encuentra descrita en ambas normas, en donde la figura general es desplazada por la especial. El tráfico de drogas es la figura general y la estimulación al consumo la figura especial, resultando aplicable esta última con fundamento en el artículo 23 del Código Penal. La acción de la acusada iba dirigida en forma particular y específica a entregar drogas, por una única vez, a su compañero mediante el suministro gratuito y desinteresado de una pequeñísima porción de marihuana, sin que existan bases para sospechar siquiera que su propósito fuere el de intervenir en forma constante y permanente en el trasiego de drogas. Se trata de una acción aislada mediante la cual se intentó el suministro de la droga, es decir se pretendía estimular el consumo no autorizado de marihuana. Por todo lo expuesto y con base en las razones que se han señalado procede declarar con lugar el recurso conforme se dirá y casar la sentencia impugnada. En su lugar debe declararse a la acusada [...] autora responsable del delito previsto en el artículo 18 de la ley citada, según su texto anterior, ya que esa norma resulta aplicable sobre la genérica de tráfico de drogas prevista en el artículo 16 de esa ley."

1991. SALA TERCERA, N° 683-F de las 9,05 hrs. del 13 de diciembre.

30- **TRAFICO DE MARIHUANA - El concepto "dependencia" debe extraerse de otras normas que regulan la materia, sin que su ausencia incida en la tipicidad.**

"Se reclama la violación de los artículos 1, 2, 3, 11, 12, 30, 45 del Código Penal; 16 de la Ley N° 7093 del 2 de mayo de 1988 y 18 de la Ley N° 7223 del 21 de mayo de 1991, por cuanto no se logró acreditar que la droga decomisada cause dependencia y en tal medida la conducta desplegada por el encartado [...] al momento de la comisión, resultaba atípica, no resultando factible la aplicación de la ley 7223 que es posterior y que no resulta favorable a los intereses del imputado bajo la errónea apreciación de que resultaba más favorable. El reclamo no procede. El recurrente estima que al no citarse expresamente en la Ley N° 7093 del 22 de abril de 1988, a la marihuana como una droga que causa dependencia, de conformidad con su numeral 16 no se puede estimar la ilicitud en relación con ésta. Tal apreciación resulta errónea, toda vez que obvia el impug-

nante la circunstancia de que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra integrado por una serie de normas que se interrelacionan entre sí, de tal manera que para poder apreciar el alcance de la citada ley al hacer alusión al concepto de dependencia, resulta necesario apreciar entre otras las normas contenidas en los tratados internacionales suscritos por Costa Rica bajo parámetro de cumplimiento obligatorio-. Entre estas se cita la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes aprobada por nuestro país mediante Ley N° 4544 del 18 de marzo de 1970, que contempla la planta de la Cannabis, su resina y los extractos y tinturas de la misma, como un estupefaciente, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita por Costa Rica en 25 de abril de 1989 y aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 7198 del 25 de setiembre de 1990, que dispone en su artículo 3, la ilicitud en cualesquiera de las modalidades: producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, así como la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención Unica de 1961, en su posterior enmienda y en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas del 21 de febrero de 1971. En efecto, no sólo la dependencia de la marihuana o cannabis sativa, se extrae de las normas que regulan la materia concerniente a los estupefacientes, sino que por tratarse de una droga de amplia difusión en nuestro país -por lo que se conocen las consecuencias de su uso- la consideración que hace el impugnante sobre la necesidad de indicar expresamente que causa dependencia, no incide en el tipo penal, bastando en este caso para tales efectos, el tener por acreditada la existencia de la droga."

1992. SALA TERCERA, N° 386-F de las 9,25 hrs. del 26 de agosto.

31- **USURPACION - Restitución de la posesión en vía de ejecución aunque no se ordenara expresamente en la sentencia.**

"El artículo 103 [del Código Penal], en lo que interesa, establece que: "Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor..." (la negrilla es suplida). Por su parte, también en relación a la condena, el artículo 399, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales señala que "...la restitución del objeto material del delito podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada". Luego, si bien es cierto la sentencia condenatoria no ordenó expresamente que se instalara al ofendido en la posesión del inmueble usurpado por el encartado [...], debe estimarse -en el caso presente- que tal efecto legal es propio de la condenatoria recaída contra aquel, dada la naturaleza del delito en cuestión (el delito de Usurpación protege como bien jurídico el uso y goce pacífico de un bien inmueble por hecho de posesión, de tal forma que esta omisión del dispositivo no importa el vicio que acusa al recurrente. Debe admitirse que lo óptimo es que, en casos como el presente, la restitución de la posesión se ordene en la misma sentencia que condena por el delito de usurpación, a efecto de no retardar innecesariamente el regreso del ofendido al poder de hecho por el cual sometía a su control y voluntad el inmueble usurpado, sin embargo, si tal disposición se omite en la sentencia, nada impide que con posteriori-

dad a ella se dicte una resolución que -en ejecución de aquella condena- venga a ordenar el desalojo del inmueble por parte del usurpador para que el ofendido entre en su posesión, como sucedió en el caso en examen. No sobra decir que tal solución es no solo la que deriva de la correcta aplicación y entendimiento de la ley, sino que además es la que imponen las normas más elementales del sentido común: resultaría absurdo que el imputado, amparándose a la sentencia que le condena por el delito de Usurpación, legitimara y mantuviese la posesión del mismo inmueble a que accedió en forma típica, antijurídica y culpable."

1992. SALA TERCERA, Nº 107-F de las 8,55 hrs. del 3 de abril.

### 32- USURPACION - Restitución del bien a la poseedora.

"Ahora bien, analizado el objeto de la figura de usurpación, se aprecia que se tutela tanto la posesión como la tenencia o el ejercicio de un derecho real ejercido sobre un bien inmueble (artículo 225 del Código Penal), en tal medida que "La tutela penal se aplica a la posesión real y efectiva, ejercida con prescindencia del derecho o título; por ello comprende tanto la posesión legítima como la ilegítima, sea ésta de buena o mala fe o viciosa" Levene, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial. Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía. 1978, pág. 365. Por su parte, los numerales 122 y 123 del Código Penal de 1941 indican, entre otras cosas, al regular aspectos concernientes a la reparación civil, la restitución de la cosa objeto del hecho punible al ofendido, indicando incluso que "La restitución se ordenará aún cuando la cosa se hallare en poder de un tercero, dejando a salvo los derechos que la ley civil confiera a éste". En el presente caso, el juzgador de mérito tuvo por acreditado que la ofendida [...] poseía el inmueble del que fue despojada por los encartados, quedándose a vivir en tal sitio [...]; sin embargo, consideró que en este caso no procedía la restitución del bien a favor de la ofendida, al no haber sido demandada la empresa propietaria del mismo, criterio que resulta erróneo, ya que como se indicó, en esta sede penal no se está dirimiendo el derecho de propiedad, toda vez que éste resulta independiente del derecho de posesión que venía ejerciendo la actora civil [...]; así las cosas, procede en este caso, aplicando los principios del derecho civil, al haberse acreditado el despojo ordenar la restitución del inmueble poniéndolo en posesión de la actora civil, volviendo así las cosas al estado en que se encontraban antes de que se diera la usurpación, situación que no perjudica a la empresa dueña del bien, al no estarse discutiendo en esta sede el derecho de propiedad."

1992. SALA TERCERA, Nº 95-F de las 8,40 hrs. del 27 de marzo.

### 33- VIOLACION - Agravación por concurso de varias personas no requiere acceso carnal de todos.

"Efectivamente les asiste razón en lo que afirman con relación a que solamente si hubo acceso carnal puede configurarse el tipo penal que establece la autoría para el delito de Violación, no pudiendo estimarse como coautor a quien no realiza ese acceso sino que presta colaboración necesaria para reducir los esfuerzos de la víctima para evitarlo, coadyuvando a que el autor obtenga su propósito. Pero debe tenerse presente que en este asunto los hechos tenidos por acreditados determinan que los tres sentenciados tuvieron relaciones sexuales en

contra de la voluntad de la ofendida, uno después de otro, turnándose en su actividad delictiva, pues mientras uno tenía acceso carnal, los otros dos sujetaban fuertemente a aquélla, y así sucesivamente. Tal cuadro fáctico configura el delito de Violación Agravada que señala el artículo 158 del Código Penal (para los que tuvieron acceso carnal) y el correspondiente grado de complicidad (para los que sujetaban a la víctima mientras cada uno tenía, sucesivamente, relación sexual) del modo que más adelante se indicará. Cabe aclarar, sin embargo, que en ningún momento esta Sala estableció en la sentencia que el tribunal de mérito menciona (V-351-F de las 9:35 hrs. del 23 de noviembre de 1990), que el "concurso" de una o más personas a que alude la norma penal anteriormente referida, supone que pueda estimarse como "coautores" del delito de Violación a quienes no tuvieron acceso carnal, pues reconociéndose éste como un delito denominado de "propia mano", como bien lo afirman los recurrentes, sería erróneo estimar como coautor a quien no realiza el tipo que describe el delito de comentario (comete delito de Violación quien tiene acceso carnal con persona de uno u otro sexo en las situaciones que contempla la ley, entre otras, cuando media intimidación o violencia; cuando la víctima es menor de doce años, etc.). Lo que esta Sala manifestó en la resolución de cita, fue tan solo que la "concurcencia" de una o más personas a que se refiere el artículo 158 *ibid.*, debe darse a nivel de "autoría", para que se produzca la circunstancia de agravación ahí contenida; es decir, lo que se dijo entonces es que el delito de Violación se agrava cuando quienes intervienen en tal ilícito lo hacen a nivel de autores, teniendo cada uno acceso carnal, y no propiamente a nivel de "complicidad", lo que es diferente a la interpretación que le dio el a-quo. Sin embargo también debe rectificarse el criterio anterior, pues aunque éste ha sido admitido por un sector de la doctrina (Cfr. al respecto obra de Llobet y Rivero, *Comentarios al Código Penal*; Ed. Juricentro, 1989, p. 244 punto Nº 3), luego de un nuevo examen del mismo punto y con otra integración (parcial) de esta Sala, se concluye que la agravación por concurso de varias personas puede darse sin que sea necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal, pues basta que concurren para que otro (que podría ser solo uno) lo tenga (Cfr. al respecto -entre otros- ob. de Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, T.E.A., Buenos Aires, 1976, p. 291). De no ser así se podría llegar al contrasentido de que en una Violación en que intervienen por ejemplo cuatro personas pero solo uno de ellos tiene relación sexual con la víctima mientras los otros la sujetan, el primero sería responsable de una Violación Simple y los tres restantes de complicidad en la misma, siendo que el fundamento de la agravación reside precisamente en que la concurrencia de varios facilita de modo notable la ejecución de esta clase de delitos. Así entonces, si solo un sujeto tiene acceso carnal con la víctima, pero para ello requirió la necesaria colaboración de otros tres individuos cuya participación fue la de inmovilizar a aquélla, se estaría en presencia del delito de Violación Agravada (para el que realizó el tipo penal) y de complicidad en el delito de Violación Agravada (para los que colaboraron con el autor)."

1992. SALA TERCERA, Nº 121-F de las 9,50 hrs. del 15 de abril.

### 34- VIOLACION DE DOMICILIO - Requisitos para su configuración.

"[...] el recurrente aduce que no se configuró el delito de Violación de Domicilio porque no se estableció en la sentencia que, cuando ocurrieron los hechos, el presuntó ofendido

estuviera habitando efectivamente la casa a la cual se introdujo el imputado [...]. Alega, además, que no se determinó si dicho encartado entró a esa vivienda contra la voluntad expresa o presunta de quien tenía derecho a excluirlo. Sin embargo, esos extremos sí fueron tenidos por ciertos en el fallo, tal y como se desprende de la lectura de los hechos probados (primer considerando). El juzgador señala expresamente que el ofendido [...] vivía en el inmueble y que el encartado [...] se aprovechó de su ausencia temporal para fracturar un vidrio del ventanal e introducirse a la vivienda [...]. Hay que recordar que para la configuración del delito de Violación de Domicilio es suficiente con que se trate de un lugar habitado, independientemente de que los moradores estén o no presentes en el momento en que se comete el hecho. Por lo demás, el haber ingresado a la casa en ausencia del ofendido y empleando fuerza sobre las cosas, permite concluir que el sujeto activo carecía de autorización o, dicho de otra forma, que actuó contra la voluntad presunta de quien tenía derecho a excluirlo de esa habitación."

1992. SALA TERCERA, Nº 276-F de las 10,25 hrs. del 26 de junio.

## B- DERECHO PROCESAL PENAL

### 35- ACCION CIVIL RESARCITORIA - La facultad de dejar las conclusiones por escrito no autoriza la inasistencia al debate.

"En el segundo motivo del recurso por la forma se acusa la violación de los artículos 3 y 146 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 69 ibídem y 41 de la Constitución Política, porque se tuvo por desistida la acción civil resarcitoria no obstante haberse elaborado las conclusiones por escrito. De acuerdo con las constancias de proceso, el representante de la Procuraduría General de la República que actúa como representante del actor civil (el Estado) no se apersonó a ninguna de las dos audiencias del debate, sino que en su lugar el día anterior a la primera audiencia se limitó a presentar ante el Tribunal un escrito que tituló "conclusiones de acción civil resarcitoria" [...]. Ante tal proceder, como bien lo resolvieron los juzgadores, se imponía declarar desistida la acción civil con fundamento en el artículo 69 ibídem, porque éste dispone que "...se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate..."- Es cierto que esa misma norma agrega que el desistimiento también se produce cuando el actor "...no presente conclusiones, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado oportunamente", pero tal posibilidad no lo exime de la obligación de apersonarse a la primera audiencia del debate a ratificar su acción, pues ésta se perfecciona en ese momento cuando se concretan las pretensiones y se permite a los demandados impugnarlas. El artículo 69 citado se refiere a la posibilidad señalada también en el párrafo primero del artículo 389 ibídem, y facultan al actor civil a alojarse de la audiencia y dejar sus conclusiones por escrito para que sean leídas oportunamente, pero de esas normas no se infiere una autorización para no presentarse del todo al debate sin consecuencias para su acción. Por lo expuesto y por las razones señaladas por el Tribunal en el fallo, debe declararse sin lugar el motivo."

1991. SALA TERCERA, Nº 604-F de las 9,25 hrs. del 7 de noviembre.

### 36- ACCION CIVIL RESARCITORIA - Posibilidad de incorporar de oficio prueba para mejor resolver referida a aspectos civiles del delito.

"El licenciado [...] en su carácter de representante de la Procuraduría General de la República y del Estado como demandado civil, reclama violados los artículos 106, 393 y 395 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 400.4 ibídem, al estimar que hubo falta de fundamentación en la sentencia. Tal reproche lo sustenta en que la juzgadora ordenó incorporar al debate, de oficio y para mejor resolver, prueba que correspondía ofrecerla a la parte civil, con lo cual trasladó características propias de la acción penal a la acción civil, tales como el principio de oficiosidad y la búsqueda de la verdad real. El reclamo no es de recibo. Es cierto, conforme lo sostiene el recurrente, que la acción civil resarcitoria se diferencia de la acción penal, aún en los casos en que se ejerza conjuntamente en un proceso penal, porque su promoción es facultativa, renunciabile, y el actor goza de un amplio poder de disponibilidad sobre el curso de la misma, incluso puede negociar con la contraparte sobre ella en los términos que lo estime conveniente, por tratarse de intereses de orden patrimonial de carácter privado. Sin embargo, lo anterior no significa que al juzgador le esté vedado incorporar por lectura al debate, como prueba para mejor resolver y de oficio, determinados documentos relativos a las repercusiones civiles del delito y sobre la indemnización pecuniaria, porque también constituye un anhelo de la justicia penal disponer la indemnización sobre parámetros fidedignos y certeros, máxime en un caso como el presente en que la acción civil resarcitoria fue delegada en el Ministerio Público. Además, la prueba para mejor resolver no es una institución procesal extraña a la justicia civil. El artículo 331 del Código Procesal Civil dispone que antes del dictado de la sentencia "...los tribunales podrán acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier medio probatorio...o la ampliación de los recibos", para concluir que lo dicho en ese artículo resulta aplicable a todo tipo de proceso civil. Por lo expuesto el recurso debe declararse sin lugar."

1992. SALA TERCERA, Nº 419-F de las 10,20 hrs. del 16 de setiembre.

### 37- ACCION CIVIL RESARCITORIA - Pretensiones pueden concretarse por escrito, desde el inicio y reiterarse en el debate.

"En el segundo motivo se acusa la violación del artículo 106 en relación con el 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales al estimarse que hay falta de fundamentación en lo que se refiere a la condena civil. Estima la defensa que constituye un vicio a la fundamentación el hecho de haberse aceptado como desglose de cada una de las partidas de la acción civil, el escrito inicial en que se constituyó como parte el actor civil, sin importar que durante el debate lo hiciera. Es cierto, como lo afirma el recurrente, que es en el debate cuando el actor civil tiene la oportunidad procesal para concretar sus pretensiones, sin embargo ningún vicio en la fundamentación podría existir en perjuicio de los demandados civiles si el actor concreta sus pretensiones desde antes, como ocurrió en el presente caso. Por el contrario, podríamos decir que constituye una mayor garantía para los demandados el hecho de haber concretado el actor civil sus pretensiones desde el escrito inicial, permitiéndole a los demandados ejercer oportunamente su derecho de defensa,

y prepararse adecuadamente para ofrecer sus respectivas pruebas en juicio o combatir las aportadas por el actor. La ley exige que el actor civil concrete sus pretensiones, señalando el monto de lo que reclama, durante las conclusiones del debate, pero ningún vicio podría existir en perjuicio de los demandados si el actor concreta esa pretensión por escrito desde antes, siempre que reitere su acción en forma oral durante las conclusiones del juicio, o deje un expreso memorial si deseara estar ausente, conforme lo autorizan los artículos 69 y 389 *ibídem*. Por lo expuesto el reclamo debe rechazarse."

1991. SALA TERCERA, Nº 590-F de las 9,10 hrs. del 1 de noviembre.

**38- ACCION CIVIL RESARCITORIA - Si la condena en abstracto perjudica al actor civil, el demandado civil carece de legitimación para reclamar el vicio.**

"Alega el recurrente, en representación del Estado, violación de los artículos 106, 393, párrafo primero, 395, incisos 2) y 4) y 399, en relación con el 400, incisos 4) y 5), todos del Código de Procedimientos Penales, pues considera que la sentencia impugnada carece de fundamentación. Según lo hace ver, el vicio radica en que el juzgador condenó solidariamente al Estado a pagar los diferentes rubros de la acción civil resarcitoria; pero lo hizo en abstracto, remitiendo a las partes al trámite de la ejecución de sentencia, sin cumplir con los requisitos que la jurisprudencia ha señalado para que proceda ese tipo de condena, ya que omitió considerar el material probatorio, pese a que existían pruebas suficientes para determinar el "quántum", omitiendo también utilizar las facultades que le confiere la ley para valorar prudencialmente ciertos rubros. El reclamo carece de razón. El principal argumento del recurrente está centrado en la falta de valoración de pruebas que, a su entender, hubieran permitido efectuar una condena civil en concreto. Sin embargo, ese aspecto lejos de favorecer al Estado, en su condición de demandado civil, más bien le hubiera causado perjuicio. En efecto, la condena en abstracto permite una amplia defensa de los intereses del Estado en la fase de ejecución de sentencia, defensa que se ve restringida cuando los rubros ya han sido fijados con anterioridad. En consecuencia, si las pruebas permitían concretar los rubros y pese a ello el Tribunal condenó en abstracto, el único perjudicado es el actor civil. Por ello, la parte demandada civil carece de legitimación, en este caso, para reclamar el vicio. Ese aspecto es suficiente para rechazar el reclamo. Sin embargo, vale la pena agregar que, en el presente asunto, el juzgador señaló las razones por las cuales procedía -a su entender- la condena en abstracto [...], de modo que, si llegáramos a la conclusión de que su razonamiento es incorrecto, no estaríamos en presencia del vicio de falta de fundamentación por preterición de prueba, sino que estaríamos más bien ante una violación a las reglas de la sana crítica, vicio este último que no fue alegado."

1992. SALA TERCERA, Nº 355-F de las 11,15 hrs. del 31 de julio.

**39- ACTA DEL DEBATE - Causales de nulidad.**

"[...] reclama el impugnante que el acta de debate no contiene las firmas a que se refiere el inciso 7) del artículo 390 del Código de Procedimientos Penales y que la falta de esas

firmas acarrea la nulidad de la sentencia. En cuanto a este punto el reclamo no es atendible por cuanto el impugnante omite señalar la norma que sanciona con nulidad la inobservancia del artículo cuya infracción acusa. Sin embargo, no sobra decir que en el caso en examen lo que debe controlarse por esta Sala es la posible producción de nulidades absolutas que afecten la defensa del imputado. Anteriormente se ha señalado que "Se acepta en doctrina la causal de nulidad absoluta cuando para demostrar o ejercer algún derecho a la defensa deba contar con el acta de debate, o no obstante existir el acta, por insuficiencia en sus enunciaciones no pudiere ejercerse un derecho sustancial". Pero en esta oportunidad ninguna de esas situaciones (de indefensión) se dan. 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 Procesal 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 sean 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, de modo que la falta de acta o la inexistencia de un acta incompleta imposibilite a cualquiera de las partes el ejercicio de posteriores derechos derivados de la conclusión del juicio por sentencia definitiva, derecho que para ser ejercido debidamente resulta menester contar con un acta que contenga determinadas enunciaciones. Si por falta de enunciaciones o por insuficiencia de ellas no pudiera determinarse un defecto sustancial de procedimiento que pueda abrir la instancia de casación, de toda evidencia está imposibilitado el ejercicio de un derecho sustancial de procedimiento en virtud de esa falta o de esa insuficiencia de acta de debate. En tal caso la nulidad es absoluta, y lo es del debate, a causa del acta. Por eso se ha distinguido en un comienzo entre la nulidad del acta (relativa) que no causa nulidad del debate y por ende de la sentencia, que es su consecuencia, y la nulidad del acta (absoluta) que causa la nulidad del debate y de la sentencia" (V-321-F de 10:00 horas del 30 de octubre de 1987 y, en este mismo sentido, V-107-F de 11:42 horas del 27 de marzo de 1991). En razón de lo expuesto, el recurso debe declararse sin lugar, pues ninguna indefensión ha provocado para el imputado la situación alegada en cuanto a las actas del debate se refiere."

1991. SALA TERCERA, Nº 553-F de las 9,15 hrs. del 18 de octubre.

**40- ACTAS DE SECUESTRO - No existe prohibición que impida a la policía auxiliar ser asistida por testigos que pertenecen al mismo cuerpo policial.**

"No existe prohibición alguna de acuerdo a nuestra legislación que impida a la policía auxiliar hacerse asistir por

testigos que pertenezcan a ese mismo cuerpo policial. En efecto, el artículo 97 del Código Procesal Penal establece que los oficiales y auxiliares de policía deberán ser asistidos "por dos testigos" para la realización y documentación del acto, de lo que se colige que no existe expresamente limitación alguna sobre las calidades de esos testigos, como lo sería en este caso que éstos pertenezcan al mismo cuerpo policial. De otra parte, cabe advertir que no consta en autos que la impugnante se haya opuesto a la incorporación de esas actas, siendo además, que la descripción de los elementos de convicción y el lugar donde fueron hallados aparecen consignados en el informe policial que se hizo acompañar a dichas actas."

1992. SALA TERCERA, Nº 334-F de las 11,30 hrs. del 24 de julio.

**41- BENEFICIO DE EJECUCION CONDICIONAL -  
Modificación incorrecta por vía de aclaración y adición.**

"Reclama la violación de los artículos 110 y 460 en relación con el 400 inciso 3), 471 inciso 2) y 483 todos del Código de Procedimientos Penales en relación con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, pues dice don [...], que incorrectamente a través de la adición del fallo, se revoca al imputado [...] la concesión del beneficio de ejecución condicional, con lo que se modificó lo resuelto. El reproche no resulta de recibo. Si bien es cierto se aprecia en el expediente la existencia de dos "Por Tantos" contradictorios entre sí [...], tal situación en este caso, no reviste ninguna trascendencia, ya que aunque resulta evidente el error del Tribunal al conceder en primer término el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena a favor del encartado [...], ese beneficio resultaba ilegal por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, al no ostentar el beneficiado la condición de delincuente primario. En efecto, bajo este parámetro no sólo carece de interés el reclamo, pues la resolución final es correcta, señalando las razones que se tomaron en consideración para no otorgar el beneficio a [...] con arreglo a derecho y corrigiendo así el error inicial de los juzgadores, sino que tampoco se observa ningún tipo de indefensión del imputado, ya que la certificación de juzgamientos fue del conocimiento suyo y de su defensor e incluso en las conclusiones, el Licenciado [...] no solicitó a favor de su patrocinado el beneficio tantas veces aludido [...]. Cabe destacar, no obstante lo expuesto, que la actuación del tribunal no fue la más indicada, ya que por vía de adición y aclaración no resultaba pertinente modificar la parte dispositiva leída originalmente al concluir el debate, pero sin embargo, en vista de lo anterior y ante la evidente falta de interés que revestiría una nulidad de esta naturaleza por un error que ya fue corregido (aunque de manera incorrecta), además de que resolver en contrario a lo que aquí se dispone, implicaría mantener la concesión de un beneficio ilegalmente otorgado, por lo que de acuerdo con lo expuesto, debe rechazarse el reclamo. Sin embargo, se llama la atención al Tribunal para que evite volver a incurrir en este tipo de situaciones, en lo sucesivo." (Hay voto salvado).

1992. SALA TERCERA, Nº 268-F de las 9,25 hrs. del 26 de julio.

**42- COMPETENCIA - Criterios de determinación en casos de acumulación de conformidad con la gravedad del delito.**

"El criterio de determinación de la competencia en casos de acumulación de causas establecido en el inciso 1 del artículo 22 del Código de Procedimientos Penales, la otorga al órgano competente para conocer "el delito más grave", en singular, y no al competente para conocer el cúmulo mayor de eventuales delincuencias, ni en número ni en posible gravedad global estimada. Por eso, resulta errado sumar la posible pena total a imponer por los delitos endilgados para confrontarla con otra sanción y así definir la competencia, pues la estimación de la gravedad de la pena, como se señaló, debe ser hecha por cada posible delito, individualmente considerado. Tampoco resulta acertado apreciar la gravedad del asunto partiendo de circunstancias de atenuación o agravación, dado que, conforme lo sostuvo esta Sala en su resolución 288-A de las 10:30 del 11 de junio de 1992, la pena que fija la competencia es la ordinaria de cada figura típica, y no la virtualmente imponible en aplicación de las citadas circunstancias."

1992. SALA TERCERA, Nº 398-A de las 10,15 hrs. del 14 de agosto.

**43- DECLARACIONES RENDIDAS ANTE LA POLICIA -  
Introducción ilegal de versión policial distinta a la declaración rendida ante los juzgadores.**

"La Licenciada [...], en su carácter de defensora pública de los sentenciados [...], reclama en el primer motivo de su recurso la violación de los artículos 106, 395 inciso 2 y 400 incisos 3 y 4 del Código de Procedimientos Penales, al estimar que el fallo se sustentó en prueba ilícita. Señala la defensa que uno de los elementos de prueba más importantes en los cuales se fundamentó el Tribunal para condenar a sus defendidos lo fue la declaración rendida por uno de los acusados cuando estaba detenido, declaración que se introdujo al debate por medio de informe policial. Efectivamente es cierto lo que indica la defensa, pues en forma directa el Tribunal señaló que la condena de los imputados la sustentaba esencialmente en lo que el co-imputado [...] había declarado en sede policial, cuya versión se introdujo al debate por medio del informe y las declaraciones de los investigadores [...]. El Tribunal, consciente de que introdujo al debate la versión rendida ante la policía por uno de los acusados valiéndose del testimonio de los policías y de un informe policial, señaló al respecto que "...los dos testimonios de los agentes policiales, confirman plenamente la versión inicial de [...], la que brindó ante la policía, sin que pueda considerarse, de ninguna forma, que se trata de una prueba prohibida o irregular, ya que estimamos, en primer término, que [...] nunca debió ser acusado, y en segundo lugar, tal como lo expresamos, su relato en ningún momento lo compromete en un hecho delictivo, de tal forma que consideramos que la referencia a la declaración de [...] en sede policial, a través de los testimonios de los policías, es absolutamente legítima..." [...]. En realidad en sede jurisdiccional dicho acusado no declaró lo mismo que indicaron los investigadores y el informe policial. Ante el juez instructor declaró que fue requisado por los co-imputados y niega haber entregado suma alguna de dinero, no involucrándolos en el delito de concusión; mientras que según los investigadores y el informe policial él declaró haber entregado a los co-imputados una suma de dinero a

cambio de su libertad. Al respecto y en forma reiterada esta Sala, desde hace varios años, ha sostenido que no puede introducirse al debate la declaración policial del imputado que no fue rendida con las garantías de la instrucción, ni tampoco es admisible que los oficiales de investigación informen en esa audiencia lo que supuestamente les confesó o declaró uno de los acusados, pues ello viola el principio de defensa en general y la libertad de declarar en particular, que se acuerdan en su favor en los artículos 36 y 39 de la Constitución Política, y 274 y 275 del Código de Procedimientos Penales (Véanse, entre muchas, Casaciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N.º 126-f de 10:40 hrs. 11 de julio 1984; N.º 14-f de 10:10 hrs. 16 enero 1987; N.º 401-f de 15:30 hrs. 31 julio 1991). En el presente caso debe reiterarse ese criterio, porque independientemente de las observaciones del Tribunal respecto de la condición procesal del señor [...], lo cierto es que ha venido figurando como acusado y la absolutoria no autoriza para lesionar principios básicos del debido proceso con el fin de afectar a otros acusados. Más aún, en el supuesto de que [...] hubiere sido un testigo, tampoco encuentra autorización legal ni constitucional el proceder de los juzgadores, pues introducir al debate una versión policial distinta a la que el testigo rinde ante los juzgadores, utilizando el testimonio de los propios investigadores y un informe policial, quebranta los principios de oralidad e inmediación de la prueba y afecta en forma evidente el derecho de defensa de los demás acusados, ante la imposibilidad de formular preguntas para ampliar o aclarar su dicho, y al no poderse apreciar de viva voz su testimonio para aplicar las reglas de la sana crítica, con el fin de examinar el grado de credibilidad que pueda merecer y otros aspectos básicos en la función de juzgar. En el presente caso se utilizó en forma básica y esencial el testimonio de los investigadores y el informe policial para introducir al debate como elemento de prueba la supuesta declaración de uno de los acusados en la cual involucra a los demás, razón por la cual el vicio no es subsanable ni siquiera recurriendo a la supresión hipotética."

1991. SALA TERCERA, N.º 653-F de las 9,20 hrs. del 29 de noviembre.

**44- DEMANDADO CIVIL - Posibilidad de continuar trámite aunque no se haya declarado su rebeldía.**

"[...], cabe indicar que la declaratoria de rebeldía a que se ha venido aludiendo, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 74 del Código de rito, será declarada cuando el interesado así lo solicite, (facultativo), ante la no comparecencia del demandado civil en el plazo de citación a juicio, aunque no obstante, independientemente de tal declaratoria, el Tribunal podrá continuar con el trámite y para que no se le pudiera condenar ausente, debería darse la circunstancia de que no se le citare a juicio, lo que no se observa en este caso, donde [...], se le notificó esa citación, [...], se le notifica la admisión de prueba y la fecha señalada para la celebración del debate, así como [...], se le notificó que se prescindía de prueba y se mantenía el señalamiento en la fecha fijada para la celebración del juicio oral y público. De lo expuesto se desprende, que el recurrente estuvo en todo momento informado acerca de los trámites de la causa, de tal manera que no resulta factible alegar indefensión, pues evidentemente se le dio la posibilidad de defender sus intereses. En punto a que no se indicó en el encabezado de la sentencia su actuación en la causa, tal circunstancia se ajusta al mérito de los autos, ya que el recurrente no

asistió al debate, sin que se aprecie en tal caso, que se hubiere incurrido en algún vicio que afecte negativamente el fallo. Así las cosas, al no estarse en presencia de ninguna vulneración de orden constitucional, ni de las otras normas citadas, procede rechazar este extremo del recurso."

1992. SALA TERCERA, N.º 128-F de las 14,10 hrs. del 22 de abril.

**45- DERECHO DE ABSTENCION - Alcances en cuanto a personas protegidas por ese derecho.**

"En la parte sustanciada del recurso por la forma, el defensor del imputado [...], reclama la violación de los artículos 228 del Código de Procedimientos Penales y 36 de la Constitución Política, al considerar que el Juez de Juicio omitió hacer la prevención de abstención de declarar en el debate al señor [...], padrastro de la ofendida [...] y suegro del imputado. El aspecto que ocupa el presente recurso de casación por la forma, muestra que ha llogado a existir cierta confusión con los límites que señala nuestra legislación procesal penal acerca de las posibilidades de abstención de declarar por parte de testigos que se encuentran protegidos por el ordinal 36 de la Constitución Política y el numeral 227 y 228 ambos del Código Procesal Penal. Tal protección se ha visto ensanchada -sin justificación alguna- ante interpretaciones ampliativas de las normas dichas y ha logrado verificar una sensible confusión entre los administradores de justicia penal. En tal estudio, contamos inicialmente con el artículo constitucional supra citado, el cual nos brinda el acceso a tener un régimen especial en cuanto a protección del núcleo familiar y sus relaciones; seguido nos encontramos con los numerales 227 y 228 ambos del Código Procesal supra citado, que consagran en detalle los casos específicos en los cuales ciertos testigos tienen la posibilidad de acogerse al derecho de abstenerse de declarar. Como vemos, ambas normas son facultativas, con lo cual se quiere indicar, que al testigo le queda la posibilidad de declarar en contra de ese pariente próximo o abstenerse de hacerlo; aunado a ello, la Sala Constitucional por medio de su voto número 264-91 de las 14:30 horas del seis de febrero de 1991, estableció que la facultad de abstención no es renunciable en forma absoluta. De lo anterior resulta, que a un testigo al cual le asiste la posibilidad de abstención y renuncia a la misma en la fase instructiva, puede ser, que al momento de encontrarse en el debate, decida no abstenerse de declarar y proceder a manifestar acerca de su conocimiento sobre los hechos; encontrándose obligado el juzgador a realizarle la prevención antes dicha en todo caso. En la especie, no nos encontramos ante una de las hipótesis indicadas, ya que entre el imputado y el testigo no existe vínculo alguno que obligara al Juez a proceder de tal forma; en efecto, nuestro sistema en materia de abstenciones de los testigos a realizar su deposición, viene a proteger en forma directa el círculo familiar conformado mediante relaciones de derecho, así como otras que la misma ley ha considerado importantes, pero muy diferentes a las que ahora nos ocupan. La relación entre el penado y el testigo [...], se encuentra fuera de la protección legal y debe de ser así. El Juez de Juicio en forma correcta apreció el error en que se había incurrido al momento de la fase instructiva y procedió a hacer caso omiso a las prevenciones realizadas al testigo dicho, deponiendo el mismo en forma llana y clara, como era su obligación. Por lo dicho, se considera que no cuenta con asidero legal la pretendida advertencia de abstención a realizar al testigo [...], declarándose sin lugar el recurso de casación por la forma en



su único motivo."

1992. SALA TERCERA, Nº 320-F de las 9,10 hrs. del 17 de julio.

**46- DERECHO DE DEFENSA - Limitación arbitraria al ejercicio de codefensa - Incompatibilidad entre la condición de testigo y defensor.**

"En el primer motivo de la impugnación, bajo la denominación A-1) se reclama la vulneración de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 3, 80, 81, 85 interpretado a contrario sensu, 88, 82, 106, 393 párrafo tercero incisos 2) 3) y 4), 400 incisos 2), 3), 4) y 5) todos del Código de Procedimientos Penales, por impedir el tribunal el ejercicio del derecho de defensa, al disponer que los Licenciados [...] debían actuar conjuntamente dándoles la condición de co-defensores, pese a que los profesionales indicados, actuaban en representación del mismo imputado, pero en causas diferentes. Asimismo, que como el Licenciado [...] era testigo en la causa, se le ordenó salir de la sala de juicio, permaneciendo el recurrente [...] indefenso entonces en dos de las causas que se estaba juzgando en su contra, en las que lo defendía precisamente, el citado profesional. Agrega además el recurrente, que ambos defensores se vieron obstaculizados por decisión del tribunal en el ejercicio de la defensa, pues únicamente uno de ellos pudo interrogar a los testigos y el otro expresar conclusiones sobre la totalidad de las causas acumuladas. Efectivamente, lleva razón el recurrente. El tribunal de instancia incorrectamente estimó que en este caso los abogados [...] actuaban en condición de co-defensores del encartado [...], sin tomar en consideración que actuaban por separado según se desprende del expediente, pues presentaron al mismo imputado en causas diferentes: en efecto, [...] en las causas donde figuraban como ofendidos los señores [...] defendía al imputado, en las causas en perjuicio de [...]. Se suma a lo anterior lo que expresamente manifestó [...] el Licenciado [...], a quien de manera impropia le había sido notificada una resolución correspondiente a una de las causas defendidas por el Licenciado [...], la que fue conocida en este juicio, por la Acumulación ordenada. Además, en la resolución del Juzgado de Instrucción de [...], de las 10:15 horas del doce de enero de mil novecientos ochenta y ocho, se indica que los defensores de [...] actuaban en causas diferentes [...], razón por la que el Tribunal Superior local, al observar que se trataba de defensores independientes, ordenó se notificara al Licenciado [...] el auto de elevación a juicio, lo que por error se había omitido hacer [...], y desde ese momento cada profesional fue puesto en conocimiento separadamente de las resoluciones y actuaciones celebradas por el tribunal y ofreciendo los defensores por aparte, las pruebas correspondientes a sus causas. Finalmente, se aprecia que el imputado estuvo en la audiencia carente de patrocinio letrado en cuanto a dos causas se refiere, durante el lapso en que el Licenciado [...] se encontraba fuera de la sala de juicio, para intervenir luego como testigo, en vista de lo que el imputado [...] debió rendir declaración ante el tribunal, sin contar con la presencia de su representante y además en cuanto impidió que ambos defensores pudieran repreguntar y expresar conclusiones, en las causas en que intervenían como defensores independientemente uno del otro [...]. Así las cosas, se ha violado la garantía constitucional relativa al derecho de defensa (artículo 39), durante la etapa de debate, por impedir el tribunal de mérito ese ejercicio a los Abogados, al limitarse arbitrariamente la labor de los defensores del encartado y porque al

existir incompatibilidad entre la condición de testigo y defensor del Licenciado [...], se debió prevenir al imputado, para que nombrara otro defensor de su confianza, o en su defecto, nombrarle un defensor público. Dice al respecto la doctrina, que "Si el defensor que el imputado elige ha sido testigo del hecho de alguna circunstancia valiosa, como ambas calidades son incompatibles, debe admitirse que el letrado es relativamente incapaz y que el juzgador no lo debe nombrar. De lo contrario, excluiría del proceso un elemento probatorio útil, para hacer prevalecer erróneamente el interés del imputado" (Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 3a. edición; 1982, Tomo II, pág. 418). En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, procede declarar con lugar este extremo del recurso, declarándose la nulidad del fallo impugnado y el debate correspondiente y ordenándose el reenvío ante el a quo para una nueva sustanciación, con arreglo a derecho. Debe tenerse presente, que si bien esta Sala según resolución N° 112-F de las diez horas diez minutos del dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve, resolvió que la exclusión de uno de los defensores del imputado en este asunto, no afectó su derecho de defensa, dicho fallo no resulta aplicable en este caso, ya que las circunstancias no resultan similares en ambas causas, pese a que se trata del ejercicio de la defensa por dos profesionales en Derecho, a favor del mismo imputado, en causas acumuladas."

1991. SALA TERCERA, Nº 516-F de las 8,45 hrs. del 4 de octubre.

**47- IN DUBIO PRO REO - Naturaleza de la duda.**

"Es importante señalar que no todo razonamiento hipotético debe conducir necesariamente a crear un juicio de duda en el ánimo de los juzgadores, cuando se busca la aplicación del principio indubio pro reo. La duda debe ser cierta, esencial, fundada, es decir sustentada en el análisis de los elementos probatorios, y de tal magnitud que no permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido. Es por ello que el Tribunal está en el deber de explicar en forma adecuada las razones por las que duda cuando aplica el principio del indubio pro reo."

1992. SALA TERCERA, Nº 75-F de las 8,55 hrs. del 13 de marzo.

**48- INCIDENTE DE EJECUCION - La posibilidad de utilizarlo para declarar inexistencia de sentencia penal requiere el examen previo de algunos aspectos.**

"[...] el recurrente pretende, por la vía del incidente de ejecución, que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria que se dictó en contra de su defendido, sentencia que ya había recurrido en Casación en el momento procesal oportuno, gestión que fue declarada inadmisibles. En materia de recursos en nuestro sistema procesal impera el principio de taxatividad, según el cual no pueden alegarse causales distintas para deducir impugnaciones de las consagradas en el respectivo precepto. La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que el Código de Procedimientos Penales no autoriza la procedencia de un recurso de casación contra sentencias penales que tengan la categoría de inexistentes según la calificación de la parte interesada (ver entre otros el Voto No. 15-A de las 14:00 hrs. del 11 de enero de 1984; el Voto No. 43-A de las 8:52 hrs. del 28 de enero de 1987;

el voto No. 74-A de las 9:00 hrs. del once de marzo de 1988 y el Voto 149-A de las 8:30 hrs. del quince de abril de mil novecientos ochenta y ocho). Si bien es cierto la doctrina nacional se pronunciado favorable a la utilización del artículo 502 del Código de rito como un remedio procedimental a fin de declarar la inexistencia de una sentencia penal, también es cierto que dicho remedio no se establece a ultranza contra cualquier fallo sino que también deben examinarse, entre otras cosas, la entidad del defecto que está presente en éste, la posibilidad de plantear la subsanación o corrección jerárquica del defecto, si está abierta la vía de la revisión penal o bien, según las últimas modificaciones constitucionales, si queda abierta la vía del Hábeas Corpus contra la sentencia correspondiente en la medida que pone en peligro o lesiona directamente la garantía de libertad individual (la doctrina patria se ha pronunciado en favor de la declaratoria de inexistencia por vía de ejecución: CASTILLO GONZALEZ (Francisco), La Sentencia Penal Inexistente, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1986, LLOBET RODRIGUEZ (Javier), Código de Procedimientos Penales Anotado y Comentado, San José, Editorial Juricentro, Segunda Edición Revisada y Actualizada, 1991 y DALL'ANESE RUIZ (Francisco) y LLOBET RODRIGUEZ (Javier), La imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal, en: Revista Judicial, San José, Corte Suprema de Justicia, Año XI, Número 40, marzo de 1987). Analizando el Incidente de Ejecución que formuló en su oportunidad el recurrente se nota que la parte medular de la incidencia va dirigida a indicar que el a-quo aplicó un tipo penal derogado, siendo así nunca debió ser dictada una sentencia con base en dicho numeral, según la tesis del recurrente, y, en consecuencia, la sentencia no puede ser ejecutada ya que se le daría validez a un acto judicial de aplicación de la Ley Penal que contiene un defecto insubsanable. Siendo así es evidente que la utilización de la incidencia cuestionada no es correcta para impugnar un fallo condenatorio, mucho menos a través del recurso de casación. La no existencia de esta incidencia, junto a lo ya indicado sobre la taxatividad del recurso de casación, impide la admisión del recurso intentado por la defensa."

1992. SALA TERCERA, Nº 442-A de las 10,50 hrs. del 16 de setiembre.

**49- INDAGATORIA - Posibilidad legal de incorporarla por lectura.**

"La defensa también tiene razón al estimar violados los derechos del imputado al negarse el Tribunal a incorporar por lectura la indagatoria rendida en la instrucción. En efecto, es cierto que al declararse inconstitucional la frase "...se negare a declarar o..." contenida en el párrafo segundo del artículo 373 citado (Sentencia Nº 323-92 de 16 hrs. del 11 de marzo de 1992 de la Sala Constitucional), se eliminó la posibilidad de que el Tribunal, de propia iniciativa y sin el consentimiento de las partes, pudiera incorporar por lectura la indagatoria del imputado rendida en la instrucción, cuando éste se niegue a declarar durante el debate; sin embargo, como bien lo afirma la recurrente, ello no significa que exista una prohibición a que esa declaración se incorpore mediante lectura, máxime cuando la solicitud de incorporación la hace la propia defensa del interesado. Obsérvese que la posibilidad de incorporar por lectura al debate la indagatoria de la instrucción aún subsiste, según lo define el resto del párrafo segundo del artículo 373 citado, al autorizarse al Tribunal para hacerlo, incluso de oficio, cuando

el imputado incurre en contradicciones. Lo mismo puede decirse sobre otras declaraciones indagatorias prestadas por co-imputados absueltos, condenados o prófugos, así como de cualquier otro documento de importancia para la decisión del asunto, cuya incorporación por lectura, incluso de oficio, lo autoriza el artículo 385 ibídem."

1992. SALA TERCERA, Nº 329-F de las 8,55 hrs. del 24 de julio.

**50- INHIBITORIA - Trámite cuando se inhiben todos los miembros de un Tribunal.**

"No existiendo norma específica que resuelva la presente incidencia, debe venir en aplicación supletoria la directriz dictada en lo atinente a los jueces de instrucción por la Corte Plena, en su sesión del 12 de julio de 1976, en el sentido de que cuando alguno deba separarse del conocimiento de un asunto, "...se suplirán entre sí, por su orden numerario y en rotación". De tal forma que, cuando la totalidad de los Jueces Integrantes de una sección de un Tribunal Superior Penal deba inhibirse de resolver algún asunto, éste será remitido para su conocimiento, en aplicación del artículo 29, párrafo tercero de la Ley Especial de Jurisdicción de Tribunales, a otra sección del mismo tribunal, si la hubiere. Sin embargo, cuando todos los miembros del Tribunal deben inhibirse, la causa deberá ser asumida por la sección y Tribunal análogo numéricamente siguiente y en rotación."

1992. SALA TERCERA, Nº 358-A de las 11,15 hrs. del 24 de julio.

**51- INTERPRETACION RESTRICTIVA DE NORMAS - El artículo 3 del Código de Procedimientos Penales no se aplica en relación con normas sustantivas.**

"En el primer motivo del recurso, [...], bajo la palabra SEGUNDO, se reclama la inobservancia del artículo 3 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 223 del Código Penal, al no aplicarse de manera restrictiva la norma de fondo. El reproche no resulta de recibo. Como ya lo ha estimado esta Sala (ver Sala Tercera, Nº 342-A de las 8:36 horas del 15 de julio de 1988), el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales, resulta aplicable en relación con las circunstancias contempladas en la normativa procesal penal y no en relación con las normas sustantivas contenidas en el Código Penal, como aquí se pretende."

1992. SALA TERCERA, Nº 41-F de las 8,58 hrs. del 23 de enero.

**52- LIBERTAD CONDICIONAL - La apelación a que se refiere el artículo 515 del Código de Procedimientos Penales debe conocerla el Tribunal que dictó la resolución que se ejecuta.**

"El sentido del artículo 515 del Código de Procedimientos Penales es aprehensible al relacionar esta norma con los artículos 500 y 518 del mismo cuerpo de leyes. Efectivamente,

si bien el Código establece en su artículo 515 que la resolución que da origen a este conflicto de competencia tendrá apelación ante el "Tribunal de Apelación" (y no "Tribunal de Apelaciones", como en el resto de su articulado se refiere al Tribunal que conoce en alzada de las resoluciones interlocutorias), el sentido de la expresión debe relacionarse necesariamente con el artículo 500, el cual prescribe que las resoluciones serán ejecutadas por el tribunal que las dictó, y con el artículo 518, que dispone la consulta de la resolución dictada respecto a la libertad condicional por el Juez de Ejecución de la Pena, ante el tribunal que dictó la sentencia. Resultaría absurdo que si la resolución es recurrida deba conocer el tribunal de apelaciones; mas si no lo es, deba conocer otro en consulta. Ha de entenderse, entonces, que al hacer alusión el artículo 515 al "Tribunal de Apelación", se refiere al Tribunal que dictó la resolución que se ejecuta. Cabe destacar que a pesar de que tal denominación llama a confusión, esta no deja de ser correcta, pues para el caso concreto es ante éste que cabe el recurso de apelación, conforme se expuso arriba. Si a los anteriores argumentos se suma que la finalidad de la existencia del Tribunal Superior Cuarto Penal es el conocer en alzada de las resoluciones interlocutorias, se impone declarar competente para conocer de la apelación en este asunto al Tribunal Superior [...] Penal de San José, Sección Segunda, que fue el que dictó la sentencia."

1992. SALA TERCERA, Nº 119-A de las 11,20 hrs. del 20 de marzo.

53- **NULIDAD DE SENTENCIA - La nulidad de sentencia por recurso de coimputado no puede afectar la sentencia del absuelto, aunque no se indique expresamente.**

"La resolución de esta Sala a la que alude el Tribunal de mérito [...] resuelve en su parte dispositiva "POR TANTO: Se declara con lugar el recurso por la forma y se declara la nulidad de la sentencia y del debate que la precedió. Se ordena el reenvío de esta causa al Tribunal de origen para su nueva sustanciación. Tome nota el a-quo de lo que le resulta del considerando anterior" [...]. El correcto entendimiento de dicho dispositivo -estima esta Sala- no ofrece mayor dificultad, si se tienen presentes las disposiciones generales del Código de Procedimientos Penales en materia de recursos. Cuando el motivo del recurso de casación se refiere a la inobservancia de formas procesales prescritas bajo pena de nulidad o inadmisibilidad o caducidad (v. artículo 471 inciso 2º del Código de Procedimientos Penales), la Sala, si es el caso, anula la resolución impugnada, el debate en que ella se hubiere basado o los actos cumplidos de modo irregular y remite el proceso al Tribunal que corresponde para la nueva sustanciación que determine (v. artículo 483 ídem), no pudiendo intervenir ninguno de los jueces que concurrieron a dictar la sentencia anulada (esto por aplicación analógica del artículo 496, párrafo 1º y además por lo dicho en el artículo 29 inciso 1º, ambos del mismo texto legal). Cuando no anula todas las disposiciones de la resolución, la Sala establece qué parte de ella queda firme por no depender ni estar esencialmente conexa con la parte anulada (artículo 483, párrafo segundo, ídem). Ahora bien, es sabido que el efecto extensivo de los recursos a que se refiere el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales solo funciona para favorecer al imputado no para perjudicarlo, esto no sólo como consecuencia del artículo 455 (que indica que "Cuando el delito que se juzgue apareciera cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los

demás, a menos que se trate de motivos exclusivamente personales"), sino también del artículo 459, párrafo tercero (non reformatio in peius), según el cual cuando la resolución hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la misma no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados. Así, pues, como la competencia funcional de la Sala ha estado en todo momento determinada y limitada por los agravios del recurrente, si el recurso de casación resuelto por este Despacho fue deducido a favor del imputado [...] (quien fue condenado por el a-quo), una decisión agravatoria sería nula por falta de competencia de esta Sala, tanto con respecto al imputado [...], como en relación al coencartado [...] (quien fue absuelto por el Tribunal de mérito). Es decir, la absolutoria acordada por el Tribunal a-quo constituye objeto de la prohibición de la reformatio in peius; su inmodificabilidad en perjuicio del coencartado [...] rige aun cuando esta Sala haya anulado la sentencia y el debate que la precedió al conocer del recurso interpuesto por el coimputado [...]. Otro entendimiento no es posible conceder a la resolución de esta Sala que el a-quo refiere en su resolución, quien, en este caso concreto, ciertamente no tiene competencia para anular la referida sentencia de casación, nulidad que no es menester declarar -en tanto no existe- si se advierte al Tribunal de mérito la correcta comprensión del contenido y alcances de la parte dispositiva de aquella."

1992. SALA TERCERA, Nº 42-A de las 9,55 hrs. del 23 de enero.

54- **PLAZOS - Forma de computarlos cuando median asuetos parciales.**

"En este asunto, la lectura integral de la sentencia fue realizada el 2 de julio del presente año [...]. El plazo para recurrir corría, pues, a partir del día siguiente, ocurriendo su vencimiento el 23 de ese mismo mes. El recurso que interesa, sin embargo, fue presentado hasta el día 24 de julio. No obstante, el a quo lo admitió alegando que, al haber concedido la Corte Plena un asueto parcial el día once de julio (durante la segunda audiencia, según acuerdo tomado en sesión extraordinaria de las nueve horas del nueve de ese mismo mes), debía aplicarse al caso el precedente establecido por Corte Plena en el artículo LII de la sesión ordinaria de 29 de abril del año en curso, en el cual se acordó que, habiéndose limitado parte de la jornada del día 22 de ese mes por razones de fuerza mayor, los plazos que vencieron ese día se tenían por suspendidos y continuarían corriendo a partir del 23. Tal precedente, sin embargo, no es aplicable en el caso que nos ocupa. En efecto, en el presente asunto el término para recurrir no vencía el día que se concedió el asueto parcial (11 de julio), sino que vencía ocho días hábiles después. En consecuencia, ningún perjuicio pudo ocasionarle al recurrente la existencia del asueto en mención, el cual no limitó en forma alguna su facultad de impugnar. Vale la pena señalar que el Código de Procedimientos Penales no contiene ninguna norma que resuelva expresamente el problema; pero la situación sí está contemplada por el artículo 147 del Código Procesal Civil vigente. De acuerdo con esta norma: "Si el día final de un plazo fuere inhábil, se tendrá por prorrogado hasta el día hábil siguiente. La misma regla se aplicará cuando se declare de asueto parte de ese día final." Como se observa con facilidad, la regla seguida es la misma que se enunció líneas atrás. La concesión del asueto parcial debe tenerse en consideración para los plazos que vencían el día que

se otorgó; pero carece de importancia (no produce efectos jurídicos) en relación con los términos cuyo vencimiento es posterior. En el caso bajo examen, el día once de julio debe tomarse en cuenta al computar el plazo para impugnar. En consecuencia, el recurso de casación interpuesto es extemporáneo, por lo que, de conformidad con los artículos 452, 458, 477 y 479 del Código de Procedimientos Penales, debe declararse erróneamente concedido."

1992. SALA TERCERA, Nº 24-A de las 10,27 hrs. del 10 de enero.

55- **PRUEBA - Facultades del Tribunal de Juicio para ordenar prueba pertinente.**

"Señala la defensa que constituye una grave violación al principio constitucional del favor rei, el haber interpretado el Tribunal de instancia que es permitido reabrir el debate incluso para hacer llegar prueba de cargo, sustentándose en el artículo 394 [del Código de Procedimientos Penales], porque en su criterio sólo es posible reabrirlo para hacer llegar prueba en favor de la defensa. Agrega el recurrente que es al órgano acusador a quien compete acreditar la culpabilidad del imputado, es a él a quien le corresponde la carga de la prueba sobre la existencia del hecho y sus posibles autores, de manera que al reabrirse el debate para ordenar la recepción de una prueba que se echó de menos en las conclusiones constituye una severa violación al principio del favor rei. El reproche no es de recibo. Es cierto que en principio el Tribunal de Juicio no debe asumir una posición activa en la búsqueda de las pruebas, sino que corresponde al Ministerio Público el deber de aportar las pruebas de cargo. También es cierto que la culpabilidad debe demostrarse en forma expresa, de tal manera que no es a la defensa a quien compete probar la inocencia del imputado. Sin embargo se trata de situaciones de principio, no de reglas inflexibles, pues la verdad es que de acuerdo con nuestro sistema jurídico el juzgador puede hacer llegar pruebas al proceso en uno u otro sentido, el Ministerio Público puede aportar incluso prueba en favor del acusado, y la defensa puede aportar prueba para descartar la culpabilidad o establecer la inexistencia del hecho aunque la Constitución señale que la culpabilidad debe probarla el Estado. Todas estas posibilidades se encuentran sustentadas jurídicamente. En el caso del Tribunal de Juicio esa posibilidad se desprende, sin la limitación a que hace referencia el recurrente, de los artículos 352 in fine, 353.1, 361.6, 385, 386, 387, y finalmente del 394 del Código de Procedimientos Penales. En efecto, esas normas autorizan al Tribunal de Juicio para ordenar la recepción de la prueba pertinente y útil para descubrir la verdad real, cuando ninguna de las partes ofrezca prueba; le autorizan también para ordenar, de propia iniciativa, la práctica de inspecciones, de pericias, la lectura de documentos durante el debate, así como disponer la recepción de cualquier prueba, si en el curso del debate resultare indispensable para esclarecer la verdad, y la verdad puede significar también demostrar la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado, sin que exista un límite en ese sentido más que la pertinencia y utilidad de la prueba para descubrir la verdad real. En consecuencia, es en ese contexto en el que debe interpretarse el artículo 394 citado, en cuanto el Tribunal está autorizado para disponer la recepción de nueva prueba, ordenando la reapertura del debate, cuando lo estime indispensable para descubrir la verdad, por ello esa norma hace referencia también al artículo 387 *ibidem*. Por lo expuesto el reclamo

debe rechazarse. En igual sentido debe rechazarse la solicitud del señor defensor para que esta Sala formule una consulta a la Sala Constitucional, pues ninguna duda surge sobre la constitucionalidad de las normas citadas."

1992. SALA TERCERA, Nº 87-F de las 9,15 hrs. del 20 de marzo.

56- **PRUEBA - Obligación de cumplir requisitos mínimos de seguridad en la cadena de custodia de la prueba.**

"[...] la Sala estima conveniente agregar la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el que los representantes del Ministerio Público y los jueces, pero sobre todo los oficiales de policía, cumplan con los requisitos mínimos de seguridad en la recolección o extracción, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros elementos de convicción levantados en el lugar de los hechos, de tal manera que se garantice, con plena certeza, que las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos. Debemos reconocer que en nuestro sistema nos hemos preocupado muy poco por garantizar lo que algunos denominan la "cadena de custodia", y tienen toda la razón los señores Jueces Superiores al afirmar en este caso concreto en la sentencia que "...el Tribunal no se puede basar únicamente en versiones ofrecidas por los miembros de la policía y tenerlas como verdaderas, si éstas no se apoyan en técnicas científicas, como sería haber realizado la cadena de custodia hasta hacer llegar los objetos del ilícito hasta el juez, como hubiera sido que cada sobre y envoltorios de cocaína decomisada se hubiera introducido en una bolsa plástica en el momento del decomiso, indicar con una marca o cualquier otro símbolo que correspondía al caso en estudio, llevarlo de esa forma hasta el Organismo de Investigación Judicial e indicarse cuál investigador lo pasaba a la sección correspondiente para su respectivo análisis, y así en una secuencia lógica y de custodia llegara hasta el Juez...". Pero debemos agregar que ese deber va dirigido a todos los funcionarios que intervienen en las diferentes fases y etapas del proceso, no sólo a los policías, pues los objetos y las muestras o elementos de prueba son manipulados también por conserjes, escribientes y Secretarios de los Despachos Judiciales; por los jueces, defensores y fiscales; por auxiliares administrativos de transportes; por funcionarios auxiliares del Departamento de Medicina Legal y Laboratorio Forense; por los técnicos, médicos, microbiólogos, químicos y demás peritos profesionales, entre muchos otros. Hay cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber: el momento de la extracción o recolección de la prueba; el momento de la preservación y empaque; la fase del transporte o traslado; y, finalmente, la entrega apropiada de la misma. De seguido surge la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del análisis de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba. Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice con absoluta certeza que los elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que

por diferentes razones deben manipular dichos elementos.

Este aseguramiento constituye una de las recomendaciones básicas y elementales que se hacen en diferentes manuales de investigación policial (Véanse, por ejemplo, BRENES ACUÑA, Rafael Guido, CHAVARRIA GUZMAN, Jorge Alberto, y RESCIA CHINCHILLA, Juan Antonio. **Una marca en el hombre. Sistema de clasificación dactilar Henry.** Organismo de Investigación Judicial, Archivo Criminal, San José, 1978, en especial pp. 163 ss. y 216 s.; VANDERBOSCH, Charles G. **Investigación de Delitos.** Editorial Limusa, México, quinta reimpresión 1988, pp. 79 ss.; FOX, Richard y CUNNINGHAM, Carl. **Manual para la investigación de la evidencia física y requisita en la escena del crimen**, edit. Miranda Associates Inc., 1989, sobre todo pp. 14 ss., 35 ss., y 64 ss.; ICITAP. **Impresiones digitales. Descripción general de las técnicas de investigación.** Edit. Miranda Associates Inc., 1988, pp. VIII-3 ss.; ICITAP. **Estudios básicos de técnicas investigativas.** Edit. Miranda Associates Inc., 1988; e ICITAP. **Requisita en la escena del crimen.** Curso General de Investigación Criminal. Edit. Miranda Associates Inc., 1988, pp. 5 ss.). Además de extraerse del principio general sobre el descubrimiento de la verdad, ese deber de garantizar y asegurar la cadena de custodia se desprende en forma clara de varias disposiciones legales, y no se trata de una interpretación extensiva de los juzgadores. Así, por ejemplo, de los artículos 161 y 164 incisos 2º y 4º del Código de Procedimientos Penales, artículos 3, 4 incisos 2, 4 y 5, y artículos 5 y 9 todos estos últimos de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto disponen que es obligación de la Policía Judicial, entre otras cosas, "...reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación...", "...cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados..." y "...hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica...". Pero de todas esas disposiciones legales conviene destacar el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto dispone que "los elementos de prueba así obtenidos deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvo, firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre." Esta norma exige en forma directa y expresa la necesidad de garantizar la cadena de custodia que se siguió al momento de levantarse y manipularse un elemento de prueba con valor decisivo en la causa, y está dirigida no sólo a los oficiales de policía que deben cumplir esos requisitos, sino además a todos los otros operadores del sistema penal que intervienen en el proceso, que por razones del cargo deben manipular los elementos de convicción y quienes también deben respetar las medidas adoptadas para garantizar la autenticidad de la prueba. Es así como el artículo 218 del Código de Procedimientos Penales señala que los efectos y cosas secuestradas deben inventariarse y ponerse bajo segura custodia, agregando que "las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del juez y secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas. Si fuere necesario remover los sellos se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos y todo se hará constar". En igual sentido el artículo 246 del Código de Procedimientos Penales dispone que "tanto el juez como los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que el peritaje pueda repe-

tirse. Si fuere necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancia sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar al juez antes de proceder". Estas disposiciones, que no ameritan mayor comentario, exigen de parte de todos los funcionarios penales el respeto a la seguridad durante los seis diferentes momentos que antes señalábamos para que un elemento se utilice como prueba en un proceso (recolección, extracción o levantamiento; preservación y empaque; transporte; entrega a las autoridades jurisdiccionales; análisis pericial; custodia definitiva hasta el final del juicio)."

1992. SALA TERCERA, Nº 368-F de las 8,55 hrs. del 14 de agosto.

#### 57- PRUEBA - Omisión ilegítima por estar al alcance los medios técnicos para obtenerla.

"Existen dos aspectos de importancia que, pese a ser alegados de modo separado como lo exige la ley, esta Sala estima deben ser resueltos en un solo motivo por referirse básicamente al mismo punto. Se reclama la violación del artículo 39 de la Constitución Política y de los artículos 196, 238, 349, 351, 352, 353; 106, 198, 393 y 395 en relación con el 145 y 146, todos del Código Procesal Penal. En el primer caso por cuanto atribuyéndosele a [...] -entre otros hechos- el delito de Violación calificada de su propia hija, quien a su vez dio a luz una niña producto del embarazo que aquélla refiere haberle producido su progenitor, no se aceptó la prueba de marcadores genéticos que ofreció la defensa con el fin de establecer si efectivamente se da o no esa compatibilidad parental entre las personas involucradas. Asimismo se reclama -en un tercer motivo- que el tribunal de mérito tuvo por demostrado que imputado y ofendida son padre e hija con base en declaraciones testimoniales y en el documento de [...] que es una copia al carbón de un acta de reconocimiento, pues no solicitó al Registro Civil la certificación que correspondía. Al igual que lo hace el representante del Ministerio Público en su escrito [...] avalando los reclamos del impugnante, esta Sala considera que, estando al alcance los medios técnicos para complementar la prueba gestionada (relativa a los marcadores genéticos) así como el instrumento idóneo para acreditar el estado civil de las personas (en el caso de la comprobación del parentesco), no se justifica que el a-quo omita tales elementos probatorios que, por su propio contenido, son esenciales para averiguar la verdad real de los graves hechos que se investigan. Incluso el artículo 198 del Código Procesal Penal excluye del principio de libertad de prueba lo concerniente al estado civil de las personas, que únicamente podría ceder ante la imposibilidad material de obtener ese dato en el Registro citado, por razones ajenas a su control (por ej. si se trata de un extranjero de paso por nuestro país, o si por alguna razón no se inscribió el niño al nacer, etc.). Sin embargo no es este último el caso de autos. Lo mismo cabe decir con relación a la prueba de los marcadores genéticos, ya que ésta podría constituir un medio idóneo para obtener una orientación científica y definida respecto a la autoría responsable o no del embarazo, y por ende -eventualmente- de la violación, que la ofendida atribuye a su padre. Nótese que se dice "eventualmente" por cuanto la violación podría haberse cometido, aunque aquél no fuese el autor del embarazo, ya que el estado de gestación solo constituiría un indicio del ilícito. Al rechazar tales probanzas, el a-quo incurrió en los vicios que se alegan por lo que se debe declarar con lugar el recurso interpuesto. Solamente cabe aclarar que esta Sala pudo haber solicitado al Registro Civil, como prueba para mejor resolver, la certificación

que se echa de menos, pero no siendo ese el único motivo de cuestionamiento, debe procederse como se dispuso. En razón de lo expuesto, se anula la sentencia y el respectivo debate y se ordena el reenvío de la causa al tribunal de origen para nueva sustanciación conforme a derecho."

1992. SALA TERCERA, Nº 189-F de las 14,25 hrs. del 4 de junio.

58- a) PRUEBA EN CASACION - Posibilidad de ordenarla para acreditar hechos del proceso.

b) Estado civil - Alcances del concepto.

"En el primer motivo del recurso por la forma, acusa la defensa del imputado [...] vicios en la fundamentación de la sentencia, pues estando en presencia de un delito de acción pública dependiente de instancia privada, "la acción penal sólo puede ser instada por quien tenga la capacidad legal para hacerlo, según lo establecen los artículos 6 y 152 del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 81 bis del Código Penal". Se agrega que en lo relativo a la filiación o estado civil de las personas, "la misma normativa penal se somete a las pruebas tasadas de la materia civil" y no estando demostrado con la certificación correspondiente la relación de parentesco entre denunciante [...] y la ofendida [...] la sentencia se fundamenta en prueba ilegítima para acreditar el parentesco o estado civil", reclamándose la violación de los artículos 106 y 400 inciso 4º del Código Procesal Penal. Para resolver el fondo de esta cuestión es menester hacer las siguientes consideraciones. Los Artículos 81 bis del Código Penal y 6 del Código de Procedimientos Penales, en casos como el presente, exigen que la denuncia sea hecha por el ofendido y cuando estuviese imposibilidad legalmente, por sus representantes o el guardador, en orden excluyente. Apunta la doctrina que "Por motivos de política criminal, que ahora no interesan, la ley penal concede al ofendido..., una facultad singularísima, que también se encuentra en otras legislaciones y que ha dado ocasión a múltiples teorías... En cualquier caso (aunque nosotros creemos que es una condición de perseguibilidad), el Código Procesal Penal sólo puede regular la forma en que esa facultad puede ser ejercida. En estas acciones dependientes de instancia privada el ofendido juzga sobre la conveniencia y oportunidad de provocar el proceso penal; la ley deja a su arbitrio la apreciación de los intereses familiares y sociales que pueden estar en pugna; le acuerda la facultad de instar la promoción de la acción no la promoción misma" (Vélez Maricó, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, págs. 280 y 281). El artículo 198 del Código de Procedimientos Penales dispone (para la etapa instructoria, al igual que lo hace el numeral 378 para la fase de juicio) que "No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas (el subrayado es suplido). Ello obliga a determinar si las relaciones de parentesco forman parte del denominado estado civil de las personas. Ni la legislación procesal penal, ni la civil, ni la de familia, dan una definición exacta sobre qué debe entenderse por estado civil. Sólo lo pretende hacer, sin conseguirlo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, que en lo que interesa (relaciones de parentesco), en el artículo 42 determina que "El Departamento Civil comprende: a) La Sección del Estado Civil y; b) la Sección de Opciones y Naturalizaciones. Agrega el numeral 43 que se inscribirán en el Departamento

Civil, mediante asientos debidamente numerados, los nacimientos, los matrimonios y las defunciones. Además, el artículo 51 ibídem, entre los requisitos de inscripción de nacimiento, exige "C) los nombres, apellidos, estado civil, profesión y oficio, nacionalidad, y domicilio de los padres, cuando ambos hubieren de ser declarados, y sólo los de progenitor que hiciera la declaración en los demás casos". Por último, "Lo referente al estado civil, se prueba con la correspondiente inscripción practicada en el Departamento Civil" (Artículo 45 de la ley citada). Siempre referido a la relación de parentesco, la jurisprudencia de esta Sala no ha sido uniforme.

Así, en sentencia Nº 205 F de las 15:35 horas del 15 de octubre de 1985 se indicó: "Según el artículo 198 ídem no regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas. Esto significa que en cuanto al parentesco, que es el punto que ahora interesa, sólo puede probarse por medio de certificaciones expedidas por el Registro Civil. Así las cosas, no cabe duda que el medio aceptado por el Tribunal de juicio para tener por cierto que el imputado es el padre de la ofendida, sea la partida de bautizo y la correspondiente prueba testimonial, resulta ilegítimo en virtud de expresa disposición del precitado artículo 198". En sentencia Nº 115-F de las 14:40 horas del 9 de julio de 1985, se afirmó: "El nacimiento y la edad de las personas, no integran el concepto de estado civil. Se trata el nacimiento y el estado civil, de dos concepciones distintas: con el primero se demuestra la acción y efecto de nacer y con el segundo la calidad de estado civil, o más claramente aun, si la persona es soltera, casada, viuda, divorciada, por ejemplo. La prueba documental que el tribunal de mérito tuvo para acreditar la edad de la ofendida, no está dentro de la que excluye el artículo 198 precitado, pues éste se refiere al estado civil. De manera que el medio probatorio usado para demostrar la edad de la ofendida es idóneo, ya que se trata de la certificación de bautismo emanada de la respectiva Parroquia Eclesiástica". La contradicción existe porque al negarse, en el segundo fallo, que el nacimiento integra el concepto de estado civil, se está rechazando también el parentesco como parte de ese estado, pues, como ya se indicó, al certificarse el nacimiento se indica quienes son los progenitores, de acuerdo a la declaración rendida por ambos. Los inconvenientes expuestos obligan a recurrir a la doctrina, a efectos de determinar qué conceptos integran el estado civil y en ello sí hay absoluta concordancia: "Estado civil: a) Modo de comprobación de los principales hechos que interesan al estado de una persona (nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, reconocimiento de hijos naturales, adopción, legitimación, etc.)" (Capitant, Henri: *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Argentina, 1981, pág. 261). "El estado civil es la situación que, entre el nacimiento y la muerte, ocupa la persona en el ámbito del Derecho Privado; en una acepción más precisa, el estado civil es la situación familiar con arreglo a la filiación y el matrimonio" (Carbonier, Jean: *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosh, 1960, página 284). Para Ricardo C. Núñez, el asunto se reduce a "la prueba de la filiación y de la edad a los fines penales" (Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Ediciones Lerner, 1978, página 191). Sobre el tema, ha dicho José I. Cafferata Norez: "Se ha entendido sometida a esta limitación de la prueba de la filiación, el matrimonio, la adopción y la edad" (La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones Depalma, 1986, página 28). Establecido como ha quedado líneas atrás, que el parentesco forma parte del concepto de estado civil, entonces ha de considerarse que rigen las limitaciones del artículo 198 del Código Procesal Penal. Con examen del presente expediente se nota que no existe certificación alguna

emanada del Registro Civil, que compruebe que la denunciante es la madre de la ofendida María Gregoria. Lo único que consta [...] es una fotocopia certificada de una constancia de declaración de nacimiento de esa menor. Lo anterior obliga a la Sala a examinar si, por el incumplimiento mencionado, debe anularse la sentencia, conociendo del recurso por la forma o si la Sala puede ordenar prueba, cuando conozca de un recurso casación para, luego de evacuada ésta, entrar a resolver el o los reclamos formulados. Al respecto, si bien el Código Procesal Penal no tiene ninguna disposición sobre este punto, la doctrina más reconocida sí admite la recepción de pruebas en Casación. Así, se ha dicho que: "Se advierte que no se prevé oportunidad alguna para el ofrecimiento de prueba. Ello es una consecuencia evidente de la naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: solamente de derecho. Los hechos de la causa no pueden ser revisados por el tribunal de casación o de inconstitucionalidad. Sin embargo, pueden darse dos situaciones, en las cuales se hace necesario diligenciar algunas medidas probatorias como paso previo a la discusión final de la vista, a saber: 1) Cuando el recurso se motive en un vicio in procedendo (casación) que exija analizar hechos del proceso (no de la causa) cuya existencia o inexistencia no surja en forma evidente de los elementos acumulados en el expediente. Específicamente se tratará de demostrar casos de omisión o de falsedad en el trámite procesal, oportunamente invocados para motivar el recurso" (la negrilla es suplida, Clariá Olmedo, Jorge A.: Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, 1967, página 198).

"Desde este punto de vista el Tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos del procedimiento. Los actos del proceso constituyen aquí para la Corte el *thema decidendum*, respecto del cual tiene que comprobar si es verdad (*quaestio facti*) que no se ha realizado, o que no se ha realizado en las formas debidas, la actividad procesal; y hasta puede, excediendo la simple comprobación de las constancias de la causa, producir una investigación para indagar el efectivo cumplimiento de las formas, cuando la demostración de los motivos alegados dependa de un procedimiento probatorio. Aunque la recepción de pruebas no está prevista expresamente en el juicio de casación, negar su posibilidad implicaría la arbitraria exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por la falsedad u omisión no consten en el proceso. Esto es consecuencia de la regla por la que cualquier Tribunal tiene facultad de resolver todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las prejudiciales. Pero esa prueba no procede cuando se quiera demostrar que la prueba del debate fue diversa a la fijada por la sentencia, o que ésta ha omitido alguna" (DE LA RUA, Fernando: El Recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino, Víctor P. de Zavallía, Editor, 1968, páginas 126 y 127). En el presente asunto, como se adelantó en los Considerandos anteriores, la denuncia fue formulada por quien dijo ser la madre de la menor ofendida, sin que se demostrara tal aserto con la certificación emanada del Registro Civil, lo que era necesario acreditar por formar parte el parentesco del concepto de Estado Civil (existiendo entonces las limitaciones del artículo 198 del Código de Procedimientos Penales). Tal demostración es obligatoria, se repite, pues de ella depende el inicio de la correspondiente instrucción, por tratarse de un requisito de procedibilidad o de perseguibilidad, dado que estamos en presencia de un delito de acción pública, depen-

diente de instancia privada (artículos 6 del Código Procesal Penal y 81 bis del Código Penal). Tratándose entonces de un caso de omisión en el trámite procesal, esta Sala -con fundamento en la doctrina anteriormente citada, y al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, que establece el deber de lograr una justicia pronta, cumplida y sin denegación- ordenó enviar mandamiento al Registro Civil para que certificara el correspondiente parentesco, si lo hubiera, entre la denunciante [...] y la ofendida [...], a efecto de corroborar la veracidad de la suposición del a-quo en el sentido de que la denunciante [...] es jurídicamente la madre de la ofendida [...], presupuesto que sirvió de antecedente a la causa seguida contra el imputado [...] y desembocó en la sentencia condenatoria aquí impugnada, pues sólo de esta manera puede acreditarse la existencia de un hecho del proceso (no de la causa) como lo es que la denuncia haya sido formulado por uno de los sujetos titulares del ejercicio de la facultad de instar que enumera la legislación indicada. Y es que aparte de las razones anteriormente esbozadas, debe tomarse en cuenta que de no practicarse esta constatación, podría llegarse a la situación absurda -y contraria a los principios de economía y celeridad procesal- de que no obstante ser la denunciante realmente la madre de la menor ofendida, tendría que anularse las actuaciones respectivas, con todos los atrasos e inconvenientes que esta solución conlleva, en aras de cumplir "formalmente" una ley de orden público, aun cuando se contraviniera clara y abiertamente el espíritu e inteligencia de la misma."

1992. SALA TERCERA, N° 35-F de las 11,15 hrs. de 17 de enero.

#### 59- PRUEBA TESTIMONIAL - Posibilidad de valorar las declaraciones recibidas en fase inestructiva frente a las otorgadas en audiencia oral.

"A mayor abundamiento debe decirse, con relación a la veracidad que el tribunal de mérito otorgó a las declaraciones de los menores rendidas durante la etapa de instrucción -con excepción de la de Carolina- descartando la versión dada por ellos oralmente durante el debate, que la misma ley faculta esa apreciación cuando en el artículo 384 inciso 2) del Código de la materia autoriza la incorporación de los testimonios recibidos en aquella fase si hubiere contradicciones con los vertidos en la audiencia oral, siendo su lógica consecuencia que así se haga con el fin de averiguar -en la medida de lo posible- la verdad real de lo acontecido. En caso contrario (o sea impedir que los jueces valoren y otorguen credibilidad a las declaraciones de la fase inestructiva) no tendría lógica ni fundamento alguno el permitir su incorporación por lectura, lo que supondría modificar la potestad soberana de los jueces en la valoración de las pruebas y contradecir el sistema de sana crítica que lo rige. Inclusive la doctrina más autorizada se ha pronunciado al respecto, cuestionando que deba otorgarse preferencia solamente a las declaraciones orales, pues si existe discrepancia entre éstas y las escritas, debe ser el juez el que en cada caso concreto forme su convicción libremente, sin fijarle una regla o pauta general que le obstaculice su función. Así se ha dicho que "...unos y otros, jueces y jurados, continúan siendo tan libres en la formación íntima de su convicción, (que) nada les impide preferir una deposición escrita, si les parece más segura que la oral. En definitiva, tienen que pesar en la balanza las diversas deposiciones según su respectivo valor interno, sea cual fuere su forma. No cabría desconocer que, en principio, las deposiciones orales presentan más garantía que las escritas. Mas la

comparación debe efectuarse *in specie*: tan pronto parecerá más exacta la declaración oral, hecha en último término, con calma y tras reflexión como por el contrario, la deposición escrita, realizada al principio, con la impresión fresca de los hechos, se estimará más espontánea y sincera". (Gorphe, Francois; De la Apreciación de las Pruebas; Ed. Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1955, p. 384). En similar sentido ya se había pronunciado la Sala Tercera en Resolución N° 32-F de las 17:20 hrs. del 14-5-81 cuando señaló que "...si bien la declaración del plenario no puede ser sustituida por la sumarial, es posible su utilización al dictar sentencia si se le introduce mediante lectura; de ahí que si en el subjuídice se incorporó de esa manera la prueba testimonial, se integró al debate ese elemento probatorio y el tribunal de juicio quedó facultado para extraer conclusiones de la relación del testimonio sumarial con el recibido en la audiencia...". Por todo lo expuesto debe declararse sin lugar este extremo del recurso."

1991. SALA TERCERA, N° 656-F de las 9,35 hrs. del 29 de noviembre.

60- **QUERRELLA - La omisión de notificar a la querellada el cambio de hora para la conciliación no produce nulidad.**

"Como único motivo admitido del recurso por la forma se alega la violación de los artículos 123, 127, 128, 130 y 133 inciso 2 y 138, en relación con el numeral 145 inciso 2), todos del Código de Procedimientos Penales, argumentándose que al cambiar el Juzgado Penal de [...] la hora para la audiencia de conciliación, la resolución correspondiente no se le notificó al recurrente en forma personal, como tampoco se notificó a la querellada y que "la esencia misma de las notificaciones es citar directamente a las partes, cuando haya un hecho que pueda afectar su legítima comparecencia". Por ello se pretende la nulidad de la resolución en que se cambió la hora de la comparecencia. El reclamo no es de recibo. La resolución en que se transfiere la hora para la audiencia de conciliación fue dictada a las trece horas del siete de enero del presente año [...] y notificada al querellante, a las dieciséis horas y quince minutos del diez de enero siguiente [...]. Como puede observarse, si la conciliación era para el veintinueve de enero, suficiente tiempo tenían el querellante y su abogado para tomar las previsiones y hacerse presentes a esa diligencia. Su incuria no puede dar lugar a la nulidad solicitada. Por otra parte, la no notificación de la querellada, no tiene ninguna trascendencia respecto a los intereses del querellante, pues si la primera no se hubiera hecho presente a la audiencia de conciliación, el único efecto es que el juicio continúa (artículo 436 *in fine* del Código de Procedimientos Penales), aunque evidentemente hubiera podido interponer la nulidad por falta de notificación. Si bien podría alegarse que por esa falta de notificación de la querellada, la audiencia de conciliación, no hubiera podido efectuarse, tal afirmación no es del todo certera porque aún en ese supuesto, pudo ocurrir que la acusada se hubiera enterado por otro medio y se hubiera hecho presente. En todo caso, la parte debe cumplir con las obligaciones procesales que emanan de las normas respectivas, independientemente de la actuación de la contraria, pues de no hacerlo, acarrearla con las consecuencias previstas, como ocurrió en el presente caso. Además, contrario a lo que expresa el recurrente, la notificación en los asuntos de acción privada, en general, no es personal, sino en el lugar señalado para tal fin, siguiéndose para ello las normas generales de notificación (ar-

tículos 123 y siguientes *ibidem*), que sólo impone tal obligación cuando el imputado estuviere preso (artículo 125, párrafo segundo). Por lo expuesto, sin lugar el reclamo." (Hay voto salvado)

1992. SALA TERCERA, N° 341-F de las 8,50 hrs. del 31 de julio.

**HAY VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO GONZALEZ ALVAREZ:**

"El suscrito respeta el criterio señalado por la mayoría de la Sala, para denegar el recurso de casación, pero no comparte esa tesis por las siguientes razones: La querrela formulada por el recurrente fue tramitada en debida forma por el Juzgado Penal de [...], el cual mediante resolución del 23 de diciembre pasado le dio curso y convocó a las partes a una audiencia de conciliación que debía realizarse a las quince horas treinta minutos del 29 de enero del año en curso. Sin embargo, posteriormente el propio Juzgado varió esa hora mediante otra resolución, dictada el 7 de enero del año en curso, en la cual convocó a las partes para ese mismo día pero a las once horas treinta minutos. El treinta de enero pasado tanto el querellante como su apoderado presentan un escrito al Juzgado indicando que se apersonaron a ese Despacho el día anterior pero a la hora señalada en la resolución inicial, y que no tuvieron noticia del anticipo de la hora por las razones que indican en ese escrito. Independientemente de que las razones esgrimidas excusen o no al querellante y a su apoderado de la incomparecencia, estimo que no puede tenerse por desistida la querrela en virtud de que la resolución que varió la hora para realizar la conciliación nunca le fue notificada a la querellada, de manera que esa variación no podía surtir efectos jurídicos, al no ser idónea para celebrar conciliación alguna. El artículo 434 inciso 2° del Código de Procedimientos Penales expresamente dispone que la acción privada se tiene por desistida "cuando el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa...", pero en el presente caso no había ninguna audiencia de conciliación que realizar porque no fue notificada la parte contraria sobre la posibilidad de llevar a la práctica una audiencia de conciliación. Obsérvese que el Código de Procedimientos Penales señala como causa del desistimiento tácito la inasistencia a una actividad procesal muy concreta y expresa que denomina audiencia de conciliación, pero jamás podría pensarse que existió la posibilidad jurídica de realizar ese acto, cuando una de las partes (y nada menos que la parte acusada) no ha sido notificada de la resolución que ordena esa "audiencia" para conciliarse. La mayoría le da efecto de audiencia de conciliación a una resolución notificada a sólo una de las partes, para que se concilie con la contraria, cuando lo propio era no darle ningún efecto jurídico a esa imperfecta convocatoria. Además, en el presente caso, si el querellante y su abogado hubieron concurrido a la nueva hora fijada, sea a las once horas treinta minutos del 29 de enero pasado, no es cierto que el procedimiento pudo seguir y que a la parte acusada le asistía el derecho de pedir la nulidad de la "audiencia de conciliación", como afirma la mayoría. En realidad estimo que de haber concurrido el querellante y su abogado a la nueva hora señalada, lo que correspondía era volver a señalar una nueva hora y fecha para celebrar la audiencia de conciliación, precisamente porque no se había notificado a la querellada, de lo contrario se estaría violentando su derecho de defensa. En consecuencia, al no existir en este asunto, hasta la fecha, una



convocatoria idónea para celebrar la audiencia de conciliación o el debate, en mi criterio no puede aplicarse el inciso 2º del artículo 434 citado. Por esas razones me aparto del criterio de la mayoría, y estimo que debe declararse con lugar el recurso, anulando la sentencia de sobreseimiento. Además de los razonamientos anteriores, creo que la sentencia de sobreseimiento debe anularse también porque tiene como probados dos hechos falsos, y esos hechos constituyen el fundamento esencial de la resolución, para tener por desistida la acción privada. En efecto, la sentencia del señor Juez Penal de [...] tiene como cierto que la primera resolución, que convocó a las partes para una audiencia de conciliación a celebrarse a las quince horas del 29 de enero del año en curso, fue "**debidamente notificada**" a todas las partes, y ello es falso porque sólo se notificó al querellante y su abogado. Luego, también se tiene como un hecho probado que la resolución posterior, que anticipó la hora para celebrar la audiencia de conciliación, también fue "**notificada debidamente**" a todas las partes, y ello también es falso, porque no se notificó a la acusada. En otros términos, la sentencia de sobreseimiento tiene como ciertos hechos que son falsos, y cuya falsedad se constata en forma simple en el expediente. Para tales efectos debe tenerse presente de lo que nuestro sistema procesal penal denomina notificaciones en los artículos 123, 124 y en especial en los artículos 128 y 129 del Código de Procedimientos Penales. Por todo lo expuesto voto por declarar con lugar el primer motivo del recurso por la forma, anular la sentencia de sobreseimiento y disponer la continuación de los procedimientos conforme a la ley."

1992. SALA TERCERA, Nº 341-F de las 8,50 hrs. del 31 de julio.

61- **QUERRELLA - La omisión del querellante de solicitar imposición de pena le impide recurrir en casación.**

"[...], de conformidad con los artículos 443 y 446 del Código de rito y en cuanto a la acción penal se refiere, el querellante puede formular recurso de casación en los mismos casos en que está autorizado para hacerlo el Ministerio Público. El artículo 473, inciso 2), ibídem faculta a este último órgano (y al querellante, en su caso) para impugnar la sentencia absoluta dictada por el Juez Penal "cuando la pena pedida sea superior a seis meses de prisión o un año de inhabilitación, o de sesenta días multa". Sin embargo, en el presente caso, al examinar el acta del debate se nota que el representante de la querellante no solicitó la imposición de pena alguna, pues se limitó a pedir que la querrela fuera acogida y que se condenara al encartado al pago de los rubros de la acción civil [...]. Ciertamente en este caso sí hubiera sido viable la impugnación en cuanto a los extremos civiles, pero los alegatos no versan sobre ese particular. Por ende, de acuerdo con lo expuesto y artículos 446, 447, 458 y 479 del Código de Procedimientos Penales, el recurso de casación que nos ocupa debe ser declarado sin lugar."

1992. SALA TERCERA, Nº 31-F de las 10,35 hrs. del 17 de enero.

62- **RECONOCIMIENTO JUDICIAL - El que se señale en el debate a una persona para especificar a quién se refiere el deponente no constituye reconocimiento judicial, pero puede ser valorado por el juez.**

"En el segundo motivo del recurso el señor defensor estima violado el derecho de defensa, con base en los artículos

37 y 39 de la Constitución Política, 106, 145.3, 255, 256, 257, 378, 395 y 400 incisos 3 y 4 del Código de Procedimientos Penales. Señala el señor defensor que los artículos 255, 256 y 257 citados disponen el procedimiento a seguir para practicar un reconocimiento de una persona, en defensa de los derechos del imputado. Que no obstante esas normas, durante el Debate el Ministerio Público le preguntó al ofendido si reconocía a alguno de sus asaltantes en la audiencia, a lo cual el defensor se opuso, pero que el Tribunal le permitió tal proceder, y en efecto el ofendido señaló a uno de los imputados, lo cual fue tomado en cuenta en la sentencia. El reproche no es atendible, pues no existe ningún impedimento legal para que una persona que declara en el debate señale a otra, para especificar a quién se refiere, aún cuando señale a uno de los acusados. Lo anterior puede hacerlo el testigo de propia iniciativa o a requerimiento de una de las partes. Esta indicación o señalamiento, desde el punto de vista probatorio, no puede ser equiparado a un reconocimiento judicial, pues este último debe realizarse siguiendo las reglas señaladas por la defensa, sin embargo nada impide que el juzgador lo valore de conformidad con las reglas de la sana crítica y funde alguna de sus apreciaciones, en virtud del principio de libertad de la prueba. Por lo expuesto debe rechazarse el motivo."

1992. SALA TERCERA, Nº 331-F de las 9,05 hrs. del 24 de julio.

63- **RECURSO DE CASACION - Necesaria indicación separada de cada motivo con sus fundamentos.**

"Se acusa el quebranto de los artículos 106 y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales por vicios en la fundamentación de la sentencia, alegándose que el a-quo infringió "las normas del recto razonamiento". La manera en que la defensa formula su reclamo resulta del todo informal y por ello deviene inatendible. En efecto, el párrafo segundo del artículo 477 del Código de Procedimientos Penales señala que en el recurso de casación deben indicarse **separadamente** cada motivo con sus fundamentos, y el recurrente mezcla cuestiones afines al vicio de falta de fundamentación, con vicios por violación a las reglas de la sana crítica racional, aspectos que nuestra legislación separa. Nótese que es el artículo 106 ibídem el que se refiere a la fundamentación de la sentencia, mientras que el párrafo segundo del artículo 393 se refiere a las reglas de la sana crítica y el 400 inciso 4) establece la sanción de nulidad para cada uno de esos diferentes aspectos. Sobre la separación de motivos afirma la doctrina que "el escrito debe expresar separadamente, en capítulos, números o párrafos o en otra forma, cada uno de los motivos por los que se impugna la resolución... El incumplimiento de esta condición respecto de los motivos expuestos, basta para que el recurso sea inadmisibles"; y luego se dice que los aspectos relacionados con la inobservancia de las reglas de la sana crítica son distintos a los referentes a la falta de fundamentación (NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, págs. 479 y 394 in fine. En igual sentido véase DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallá-Editor, 1968, págs. 160 ss. y 175 ss., así como las resoluciones de esta Sala V-115 F de las 14:40 horas del 19 de mayo y V-325 F de 10:35 horas del 17 de noviembre, ambas de 1987."

1992. SALA TERCERA, Nº 35-F de las 11,15 hrs. de 17 de enero.

**64- RECURSO DE CASACION - Omisión de cita de norma que prevé la nulidad por falta de aplicación de las reglas de la sana crítica.**

"En los motivos segundo, tercero y cuarto se alega que la valoración de la prueba no fue realizada de conformidad con las reglas de la sana crítica, inobservándose los artículos 226 y 393 ambos del Código de Procedimientos Penales. Esta forma de elaboración de los reclamos resulta improcedente, toda vez que se omitió en los motivos indicados, la cita de la norma que prevé la sanción de nulidad correspondiente, situación que no subsana con la cita global de artículos que se hace al final del recurso, incumplándose así con la debida separación de motivos que ordena el artículo 477 del Código ibídem. En consecuencia, se rechazan los extremos indicados."

1992. SALA TERCERA, Nº 41-F de las 8,58 hrs. del 23 de enero.

**65- RECURSO DE REVISION - Improcedencia en materia de faltas y contravenciones.**

"No se desconoce el respetable criterio expuesto por el profesor Castillo González en su obra sobre "El Recurso de Revisión en Materia Penal", donde afirma que ese tipo de recurso cabe también contra las sentencias dictadas en materia de faltas y contravenciones, haciendo una interpretación ampliativa del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales (Colegio de Abogados. San José, 1980, pág. 53). Sin embargo esta Sala reiteradamente se ha apartado de esa opinión con fundamento en el artículo 426 ibídem, ubicado en el Capítulo relativo a los juicios por faltas y contravenciones, el cual textualmente dispone que "la sentencia dictada en esta clase de juicios no tendrá recurso alguno". Esa norma no hace ninguna excepción, y es categórica al excluir cualquier tipo de recurso (incluso el de revisión) contra las sentencias dictadas en faltas o contravenciones. Además, tampoco es posible afirmar que esa norma está modificada por la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ésta faculta al imputado para recurrir de las sentencias condenatorias, porque este derecho se dispuso en relación con los delitos y no incluyó las contravenciones. Es por esa razón que en el auto recurrido se indicó que el legislador costarricense no estableció el recurso de revisión contra las sentencias dictadas en materia de faltas y contravenciones."

1991. SALA TERCERA, Nº 460-A de las 9,22 hrs. del 18 de octubre.

**66- REPOSICION DE EXPEDIENTE - Requisitos de las fotocopias.**

"De conformidad con la resolución [...], en el presente asunto se ordenó inicialmente una reposición del expediente, pues el original se extravió. Tal procedimiento, en lo que interesa, se llevó a cabo con base en el artículo 114 del Código de Procedimientos Penales. De acuerdo con ese numeral, cuando haya que reponer determinadas piezas, "la copia auténtica" tendrá el valor de los documentos originales. Ahora bien, copia auténtica es aquella que ha sido legalizada o acreditada como cierta, para lo cual basta -en casos como el presente- con que reproduzca fielmente el original y haya sido expedida por orden del Tribunal, bajo la fe del respectivo funcionario. Tales

requisitos fueron cumplidos en las fotocopias que interesan. En efecto, el Despacho ordenó -como ya se dijo- la reposición de los autos y los duplicados se obtuvieron a consecuencia de esa orden. Las copias [...], presentan el sello del Despacho y la firma del funcionario respectivo. Además, esas reproducciones, al igual que las que ocupan los folios [...], están incluidas en el testimonio de piezas de folios [...]. Este último, por su parte, fue legalmente expedido, según se desprende de las razones visibles a folios [...], rubricadas por la Juez [...] de Instrucción y el respectivo Secretario. En consecuencia, no existe ningún vicio de nulidad. Por otra parte, ni en la instrucción ni en el debate rigen las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas (artículos 198 y 378 del Código de Procedimientos Penales). Además, la impugnación no acusa ninguna inexactitud o falsedad de las piezas que interesan, ni señala cuál es el perjuicio en concreto que produjo su incorporación. En esa tesitura, el reclamo debe ser declarado sin lugar."

1991. SALA TERCERA, Nº 660-F de las 14,05 hrs. del 5 de diciembre.

**67- REQUERIMIENTO DE ELEVACION A JUICIO - Posibilidad de subsanar defectos u omisiones sin recurrir a la nulidad.**

"La nulidad del requerimiento fiscal ha llegado a tal magnitud en nuestro país, que el año pasado representó la segunda causa, en orden de importancia numérica, por la que se suspendieron juicios en el mismo acto del debate, mientras que la incomparecencia del imputado fue la primera causa. Esos datos reflejan que en esta materia es posible que exista una actitud negligente de los Agentes Fiscales al momento de formular los requerimientos de elevación a juicio, ante la reiteración de las nulidades de esa pieza por defectos en la redacción; o bien que nuestros Tribunales Superiores, y Jueces Penales son demasiado exigentes al examinar la redacción; o, finalmente, estén ocurriendo ambos problemas al mismo tiempo. Una cosa es cierta: se impone reiterar la necesidad de que nuestros Jueces examinen con mucho detalle el asunto antes de proceder a citar a juicio a las partes, para que no dejen posibles nulidades ocurridas en la instrucción para ser declaradas con lugar durante el curso del debate, sea meses después de haber recibido la causa, cuando ya todos los ciudadanos involucrados en el juicio han sido convocados por el mismo Tribunal, con las nocivas consecuencias para ellos y para la administración de justicia, al tener que suspender el procedimiento y reenviar el asunto a instrucción, y ante los graves atrasos que implica. En lo que se refiere al problema jurídico es necesario resaltar que esta Sala reiteradamente ha afirmado que la existencia de un vicio en el procedimiento, aún cuando constituya una nulidad absoluta, no debe declararse como tal cuando no exista interés procesal en hacerlo (Véanse, por ejemplo, Casaciones Nº 261-F de las 9:50 hrs. del 20 de diciembre de 1985; Nº 208-F de 9:45 hrs. del 7 de agosto de 1987; Nº 330-F de las 9:00 hrs. del 9 de noviembre de 1990; y Nº 83-F de 8:55 hrs. del 20 de marzo de 1992). Ahora bien, falta ese interés en aquellos supuestos en los cuales la repetición del acto viciado no trae ninguna ventaja procesal para la parte que la alega, o para el objeto del procedimiento. Ese interés procesal está circunscrito al acto viciado, y no debe confundirse con el interés de la parte en que se repitan otros actos del procedimiento que le son adversos. Por un lado ello constituye una garantía de que el examen sobre el interés

en decretar la nulidad se realice sobre los actos cuestionados, y no sobre otros actos del procedimiento que como consecuencia pueden ser anulados. Así, por ejemplo, si la parte solicita la nulidad del auto de citación a juicio, debe examinarse el interés en que se reproduzca esa resolución, pero no en que se repita la sentencia adversa. Por otra parte, ese límite evita la nulidad por la nulidad misma y el excesivo formalismo, sobre todo en aquellos casos en que la repetición del acto viciado no se traduce en alguna garantía para el objeto del procedimiento o para las partes.

Sin embargo, estas restricciones no han sido suficientes para evitar el excesivo uso de la sanción de nulidad frente a requerimientos fiscales defectuosos. Ello hace necesario que la Sala resalte ahora otro requisito más para que las nulidades puedan ser decretadas, y que también se deduce de nuestro ordenamiento jurídico. Las nulidades, incluso las absolutas, **no deben ordenarse en aquellos casos en que sea posible subsanar los vicios sin necesidad de repetir todo el procedimiento**, y es precisamente lo que ocurre con las irregularidades en la redacción del requerimiento, como veremos. Es cierto que en los artículos 341, 344, y 412 del Código de Procedimientos Penales se establece que los requerimientos fiscales y los autos de elevación a juicio deben contener, **bajo pena de nulidad**, una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho acusado. Una interpretación automática de esas normas, con prescindencia de un análisis ponderado del entero sistema procesal penal, nos conduce a afirmar, inflexiblemente, que cualquier defecto en la redacción de esas piezas debe ser corregido sólo con la nulidad, es decir ordenando corregir el acto viciado por medio de su repetición, para lo cual deben retrotraerse los procedimientos a la fase de instrucción, con todas sus consecuencias. Pero esa aplicación automática de esas normas olvida y deja de lado otras importantes disposiciones que permiten corregir los defectos y las omisiones en la redacción de la acusación, sin necesidad de retrotraer los procedimientos a la fase instructiva. En efecto, nuestro sistema procesal penal prevé varios tipos de vicios en la redacción del requerimiento fiscal de elevación a juicio o citación directa, y distintas soluciones para cada caso. **En primer término** todos los posibles defectos y omisiones del requerimiento fiscal pueden ser subsanados por el auto de elevación a juicio, cuando éste realiza también una descripción circunstanciada del hecho, por haberse opuesto la defensa. En esas circunstancias, cualquier defecto de la acusación puede ser corregido por el instructor, ya que ambas piezas (el requerimiento y el auto de elevación a juicio) constituyen la base de la acusación. Es por ese motivo que el artículo 370 del Código de Procedimientos Penales establece que la intimación durante el debate debe hacerse ordenando la lectura del requerimiento fiscal "...y en su caso, del auto de remisión", cuando éste constituya un complemento de aquel. Por esa misma razón el artículo 376 *ibídem* dispone que el requerimiento no debe ser ampliado, cuando el hecho omitido en la acusación está contenido en el "auto de remisión". En consecuencia, aún frente a omisiones o defectos graves en la descripción del hecho contenida en el Requerimiento Fiscal, nuestro sistema no prevé la nulidad si el auto de remisión subsana los defectos. Se trata de un primer caso donde se evidencia que no debe aplicarse automáticamente la nulidad prevista en el artículo 341 citado. **En segundo lugar**, debemos mencionar como casos en los cuales tampoco procede la aplicación automática de la nulidad, cuando la acusación (sea tanto el requerimiento como el auto de elevación a juicio si lo hubiere) **omite describir un circunstancia que agrave el delito**, como sería por ejemplo no mencionar que el imputado era el Director de una Escuela, de la cual se le acusaba haber

substraído bienes, lo que podría convertir el hecho de hurto a peculado; o bien omite describir un hecho que integre el delito continuado, sobre todo en esos casos en que existen reiteración de delitos en perjuicio de muchos ofendidos, como las estafas múltiples cuando no se describe uno o varios de los hechos que constituyen unidades delictivas. Frente a omisiones tan graves como esas en la descripción del hecho acusado, a pesar de no existir una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, nuestro sistema procesal no dispone la nulidad automática como solución del vicio. Al contrario, señala el artículo 376 *ibídem* que en estos supuestos el Fiscal puede ampliar la acusación, y si lo hace debe recibírsele declaración al imputado sobre los nuevos hechos que integran la acusación, con posibilidad para la defensa de solicitar una suspensión del debate por un plazo razonable que no puede exceder de diez días, cuando ello sea absolutamente necesario para ofrecer nueva prueba o preparar la defensa. Este posible "atraso" evidentemente no resulta significativo frente a las consecuencias provocadas por una nulidad de todas las actuaciones de la etapa de juicio, y posibilita que sean recibidos todos los testigos y peritos que se hubieren hecho presentes en la audiencia oral, sin necesidad de esperar meses, incluso en algunos casos años, para que vuelva a celebrarse el debate.

En tercer lugar, otra posibilidad que establece nuestro sistema procesal es que del debate resulte que el hecho es diverso del enunciado en la acusación. Esta fórmula parte del supuesto de que el hecho acusado sea totalmente distinto al que se evidenció durante el debate, por ello la solución que establece nuestro Código es que el Tribunal debe remitirle las actuaciones al Ministerio Público para que formule de nuevo una requisitoria (Artículo 397 *in fine* del Código de Procedimientos Penales). Pero obsérvese que se trata de un caso en que el hecho resultó diverso, es decir diferente al que fue objeto de la acusación, en que se justifica prácticamente reiniciar todo el procedimiento de nuevo. En tal supuesto -como lo hace ver Nuñez- deben remitirse los antecedentes al Agente Fiscal para que, si lo considera procedente, requiera la instrucción o practique la información sumaria, es decir para que inicie todo de nuevo, porque en relación con el hecho no ha existido proceso (NUÑEZ, Ricardo. **Código Procesal Penal**. Lerner, Córdoba, 2ª edición, 1986, p.386, 387). Como puede apreciarse, nuestro sistema procesal prevé diferentes vicios en la descripción de los hechos acusados, los cuales no necesariamente remedia con la nulidad. En ninguno de los supuestos citados se regula la situación, muy frecuente en la práctica, de aquellos casos en que la descripción del hecho no falta, sino que contiene algunas diferencias con lo que resulta de la prueba. Nos referimos al vicio de redacción defectuosa o errónea al momento de describir el hecho o alguna de sus circunstancias esenciales, aunque no necesariamente agraven el delito. Frente a una irregularidad de esa naturaleza nuestros Tribunales han venido aplicando la nulidad automática señalada en los artículos 341 y 344 del Código de Procedimientos Penales, pues les ha bastado comprobar que el requerimiento o el auto de elevación a juicio no contienen una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, para que en su criterio se justifique repetir el acto, regresando el procedimiento a la fase de instrucción. Esta solución, además de resultar perjudicial para la administración de justicia, para el objeto del proceso, para las partes, y para los ciudadanos, en realidad no está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, si analizamos cuidadosamente los tres supuestos anteriores. En efecto, resulta un absurdo concluir por la nulidad cuando el hecho está mal descrito, si nuestro Código Procesal señala que no debe anularse el requerimiento cuando falta totalmente un hecho de trascendencia al extremo de cons-

lituir una circunstancia agravante o integre el delito continuado. Se trata de un absurdo porque estaríamos admitiendo que ante un vicio más grave, como sería omitir una circunstancia agravante o un hecho que integre el delito continuado, el problema pueda ser corregido durante el curso del mismo debate, mediante la ampliación de la acusación y de la intimación; pero que ese mismo procedimiento correctivo no lo podamos aplicar cuando se trata de errores en la redacción y en la descripción del hecho, es decir en vicios que podrían lesionar menos que los primeros el derecho de defensa. Desde ese punto de vista es necesario integrar la interpretación de estos correctivos, para señalar que el propósito del legislador fue que la actividad defectuosa del Ministerio Público se corrigiera, pero de manera que afecte lo menos posible el mismo derecho de defensa, pues los retardos que ocasionan las constantes nulidades de los requerimientos fiscales, finalmente se traducen en un perjuicio para la propia investigación, y para los ciudadanos en general, ofendidos o no con el delito, que demandan justicia pronta y cumplida, pero sobre todo para el propio acusado, quien desea que se resuelva su situación jurídica lo más pronto posible. En consecuencia no debe recurrirse a la nulidad automática cuando encontremos errores en la redacción del requerimiento fiscal corregidos por el auto de elevación a juicio. Tampoco debemos aplicar la sanción de nulidad frente a requerimientos mal redactados, confusos, equívocos en la descripción del hecho. En tales supuestos, lo que procede es aplicar los correctivos establecidos en nuestro sistema procesal, por medio del cual es posible para el representante del Ministerio Público realizar una **acusación supletoria**, corrigiendo los defectos que estime ser esenciales, para que se le otorgue la oportunidad al imputado y a su defensa de contestarlos adecuadamente. En ese sentido debe proceder a formular oralmente la corrección en el curso del propio debate, de lo cual se dejará constancia en el acta, precisando con cuidado los cambios que se le hacen a la acusación. Si el hecho que motivó la corrección del requerimiento ya se desprendía de la propia instrucción, la defensa no habrá sido tomada de sorpresa, pues fue invitada durante varios actos procesales previos al debate para que examinara todas las actuaciones y resoluciones del expediente; y si el hecho surge en el curso mismo del debate, siempre tendrá, como en el primer caso, la posibilidad de solicitar la suspensión del mismo hasta por diez días, para prepararse adecuadamente o bien para ofrecer nueva prueba, si fuere necesario. Como bien se señala en doctrina, "... es posible de este modo ampliar durante el juicio el tema de la discusión, en nombre de una exigencia de economía procesal. Es decir, se piensa que sería un excesivo dispendio de energía procesal y sería peligroso para la investigación de la verdad de los hechos si se debiese remitir todo al Fiscal para iniciar ex novo un segundo procedimiento. Es ésta la hipótesis de la llamada **notificación oral supletoria**, en la que falta una notificación escrita de la acusación, mientras que en la hipótesis normal la notificación oral en el juicio (que debe siempre tener lugar) sirve para esclarecer e indagar sobre los términos de la notificación escrita" (BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Bosch, Barcelona, 1977, pp. 258 y 259). Lo importante es que esas variantes fácticas en la acusación sean adecuadamente imputadas al acusado, y se le permita declarar, así como defenderse de ellas. El correctivo tiende precisamente a garantizarle su derecho de defensa, puesto que de lo contrario se violaría también el principio de correlación entre la acusación y la sentencia.

Esta acusación correctiva es particularmente desarrollada por la jurisprudencia y por la doctrina italiana, con sustento en los dispositivos del Código Procesal Penal de 1930, del cual el nuestro tomó sus bases, por medio de la versión cordobesa

(Particularmente véanse las siguientes monografías específicas sobre el tema: SANSÓ, Luigi. **La correlazione tra imputazione contestata e sentenza**. Giuffrè, Milano, 1953, en especial pp. 367 ss.; BRICHETTI, Giovanni. **La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale**. Jovene, Napoli, 1956, en especial pp. 191 ss.; y LEMMO, Elio. **L'accusa suppletiva nel dibattimento penale**. Giuffrè, Milano, 1972, en especial pp. 31 a 195. Entre los argentinos, el tema de la ampliación de la acusación lo desarrolla particularmente TORRES BAS, Raúl Eduardo. **El procedimiento penal argentino**. Lerner, Córdoba, 1987, tomo II, pp. 396 ss.). Ante la posibilidad de que también incurramos en un uso excesivo de este mecanismo por medio del cual es posible corregir los defectos en la redacción de los requerimientos fiscales, conviene agregar que los vicios deben ser esenciales para que justifiquen ser corregidos, es decir debe ser de tal magnitud que incidan en la labor de defensa del imputado, pues la verdad es que la acusación no tiene que describir en forma idéntica el hecho básico tenido por demostrado en la sentencia. Cuando se habla del principio de correlación entre acusación y sentencia, se ha querido establecer un marco fáctico, como límite de la actividad jurisdiccional, en resguardo de los derechos del acusado, en especial del derecho de defensa. La acusación constituye el límite de su juzgamiento. Al respecto se señala que "...la voz correlación no es utilizada aquí como sinónimo de identidad o adecuación perfecta en toda su extensión. No se extiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes en ellos hasta el punto que la defensa haya podido ser afectada si la sentencia condenatoria se aparta de ese material..." (CLARIA OLMEDO, Jorge A. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, Ediar, Buenos Aires, 1960, tomo I, p. 508). No se puede exigir una identidad absoluta porque ello resulta prácticamente imposible. Como bien se agrega, "...no es preciso que exijamos una identidad absoluta o matemática entre los dos términos de la correlación, hasta el extremo de que deba referirse a las menores modalidades de la conducta humana... vale decir, que la identidad de que se trata es naturalmente relativa: atañe a los elementos fácticos relevantes... es admisible la diversidad entre ambos actos, siempre que ello no implique privar a aquél de su defensa." (VELEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. Lerner, Córdoba, 1982, tercera edición, primera reimpresión, tomo II, pp. 238, 239, 240). Se trata de buscar un justo equilibrio para establecer cuándo debemos recurrir a los correctivos de la acusación y cuando no. Ese parámetro será siempre el derecho de defensa. En tal sentido se afirma con propiedad que "la base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que, en la sentencia, signifique una **sorpresa** para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado" (MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Volumen b, p. 336). Por el contrario, aquellos datos fácticos intrascendentes desde el punto de vista defensivo, no justificarán utilizar la ampliación de la acusación como correctivo, porque no existe vicio procesal que lo justifique. Recordemos en tal sentido el requisito del interés procesal para corregir un vicio en el procedimiento. Desde luego, tampoco se justifica utilizar el correctivo de la ampliación de la acusación en aquellos supuestos en que el cambio favorezca la posición de la defensa. "Lo que no es necesario, por el contrario, es la indicación de las circunstancias atenuantes o de todo lo que atenúa de cualquier modo el peso de la acusación, pudiendo el juez tener presente todo lo que alivie la posición del

imputado independientemente de que se le haga una comunicación al mismo", es decir con independencia de que ello estuviere descrito en la acusación (BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 256). Desde luego, en aquellos casos en que se dude sobre la posible afectación al derecho de defensa del imputado, lo recomendable es que se proceda a ampliar la acusación, y sobre los cambios se le reciba nueva declaración al imputado, con la posibilidad de suspender el proceso si fuere indispensable para preparar la defensa u ofrecer nuevas pruebas."

1992. SALA TERCERA, Nº 137-F de las 9,10 hrs. del 24 de abril.

**68- RESPONSABILIDAD CIVIL - Propietario de vehículo con carta de venta protocolizada sin inscribir**

"Se reclama la errónea aplicación de los numerales 12 y 38 de la Ley de Tránsito y 1045 del Código Civil, al condenar el a quo al recurrente, a pagar en forma solidaria los daños y perjuicios causados, pese a que tuvo por acreditado que al momento de la colisión, el vehículo ya no le pertenecía, lo que constaba en carta-venta debidamente protocolizada y en tal sentido de proceder la condenatoria, la misma correspondería únicamente al valor del vehículo que seguía inscrito a su nombre. Los argumentos expuestos resultan de recibo. El juzgador de mérito tuvo por acreditado en lo pertinente "14. Que el vehículo placas [...] se encuentra inscrito (sic) en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos a nombre [del demandado civil]. 17). Que bajo razón de fecha cierta, el veintiuno de mayo de mil novecientos noventa, el Licenciado [...], hizo constar haberle puesto razón notarial de fecha cierta a la compra-venta en la que [el demandado civil] venió (sic) a [...], el vehículo [...]", y en tal sentido dispuso, que como el vehículo aparecía a nombre de [...], como propietario debía responder en forma solidaria al pago de los daños, en aplicación del artículo 38 de la Ley de Tránsito, que dispone que el propietario del vehículo es quien responde solidariamente junto con el conductor, aunque el artículo 12 de la misma ley, refiere en lo conducente que "En caso de traspaso no presentado al Registro Público de la Propiedad de Vehículos Motorizados si acaeciere un accidente será responsable civil de sus consecuencias el propietario del vehículo cuyo documento de traspaso tuviere fecha cierta anterior al suceso". Lo expuesto, nos permite apreciar que en este caso quien era propietario del vehículo y en consecuencia el posible responsable civil era el señor [...], a favor de quien se había suscrito la carta venta y a quien incluso, [...], en tal condición se le hizo entrega del automotor, mientras que el [demandado civil] sólo aparecía como propietario desde el punto de vista registral, por lo que de conformidad con la normativa indicada, no resultaba responsable de los daños y perjuicios causados."

1992. SALA TERCERA, Nº 128-F de las 14,10 hrs. del 22 de abril.

**69- RESTITUCION DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO - No es necesario ejercer la acción civil para disponer la restitución.**

"El representante legal del Estado, apersonado en autos como actor civil, alega en el primer motivo del recurso por la forma, la violación de los artículos 106 y 399 del Código de Procedimientos Penales en relación con el 400 inciso 5º ibídem y el 103 del Código Penal, porque la sentencia no dispuso la

restitución de las cosas en favor del Estado o en su defecto de su valor, no obstante que declaró al acusado autor del delito de peculado. El mismo vicio se reclama en el recurso por el fondo (cuarto motivo), donde se señalan como violados los artículos 103 del Código Penal, 122, 123 del Código Penal de 1941, y el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, porque en criterio del recurrente esas normas establecen en forma imperativa que toda sentencia condenatoria debe ordenar la restitución del objeto material del delito, aunque la acción civil no hubiere sido intentada. El reclamo por el fondo es procedente, puesto que el artículo 103 del Código Penal vigente señala que una de las consecuencias civiles de todo delito es la restitución de las cosas objeto del hecho punible o en su defecto el pago del respectivo valor; aspecto que reitera el artículo 123 del Código Penal de 1941 también en forma imperativa, al disponer que el condenado deberá restituir al ofendido la cosa objeto del hecho punible y si no pudiere hacerlo, estará obligado a satisfacer su valor. Estas disposiciones deben necesariamente relacionarse con la normativa procesal, en especial con el párrafo final del artículo 399 del Código de Procedimientos Penales, al señalar que **la restitución del objeto material del delito podrá disponerse aunque la acción civil no se hubiere formulado**, aunque no lo ordena en forma imperativa. En otros términos, el reclamo de los daños y perjuicios provenientes del delito debe hacerse por medio de la acción civil resarcitoria, porque así lo condiciona la normativa procesal; sin embargo esa misma condición no existe cuando se trata de la restitución del objeto material del delito. Ello es así, conforme lo ha interpretado anteriormente esta misma Sala, porque la restitución no constituye una forma de indemnización en sentido estricto (Sentencia Nº 52-F 10:35 hrs. 31 enero 1990, Sala Tercera)."

1991. SALA TERCERA, Nº 604-F de las 9,25 hrs. del 7 de noviembre.

**70- SENTENCIA - Fundamentación contradictoria.**

"[...] el vicio de fundamentación contradictoria existe cuando la sentencia contiene partes, elementos, afirmaciones o conclusiones que se excluyen entre sí, pero no cuando existan elementos de prueba que se contradigan, o contradigan conclusiones del fallo. En la mayoría de los procesos penales existe contradicción, es más el contradictorio es uno de los elementos básicos de un sistema de administración de justicia de mayor garantía, en el sentido de que lo afirmado por los sujetos procesales (por ejemplo defensa y acusación) normalmente no siempre es coincidente. También es frecuente que existan elementos de prueba contradictorios, no coincidentes, y que el Tribunal deba apreciarlos con base en las reglas de la sana crítica para sustentar sus conclusiones, pero no constituye el vicio de fundamentación contradictoria el hecho de que una de las pruebas (por ejemplo el dicho de un testigo) no coincida con las conclusiones del fallo, que se ha sustentado en otros elementos de prueba (por ejemplo el dicho de otros testigos)."

1992. SALA TERCERA, Nº 75-F de las 8,55 hrs. del 13 de marzo.

**71- SENTENCIA - Omisión de lectura por inasistencia de las partes no provoca nulidad.**

"Como otro extremo del recurso por la forma se alega la violación del artículo 396 del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 421 ibídem, por cuanto la sentencia

recurrida no se redactó ni firmó de acuerdo a lo dispuesto por esas normas. Agrega el recurrente que "...el señor juez manifestó concluido el debate, que la sentencia sería leída horas más tarde, pero nunca lo hizo; incluso el Juzgado estaba cerrado para la hora señalada de la lectura, agregando que al día siguiente un escribiente, el señor [...], ante mi pregunta sobre el fallo manifestó que lo estaba terminando de pasar o de mecanografiar..." [...]. No le asiste razón en su reparo. Consta en el acta de debate que éste se realizó el 21 de noviembre de 1991 y que se señaló para la lectura de la sentencia las 19 hrs. del mismo día [...], y esa es la hora y fecha que lleva el fallo respectivo. Igualmente, con vista de las aclaraciones solicitadas por esta Sala a la constancia que en su oportunidad realizó el Secretario del respectivo Juzgado y cuya falsedad no ha sido acreditada, queda establecido que a la hora de la lectura del fallo no había imposibilidad material para el ingreso a la sala de audiencias y que si tal acto no se ejecutó fue "...porque no se encontraba nadie..." [...], lo que en modo alguno afecta la publicidad o notificación a los interesados -pese a la irregularidad-, puesto que la lectura de la sentencia se hace "...ante los que comparezcan..." (ver art. 396 en relación con el 421, ambos del Código de la materia), y no por el mero requisito de la formalidad ante la ausencia de concurrentes. En todo caso también resulta claro que en ningún momento se afectó -por tal razón- el conocimiento efectivo que las partes tuvieron del documento que aquí se discute. Con sustento en lo dicho debe desestimarse el reclamo."

1992. SALA TERCERA, Nº 324-F de las 8,30 hrs. del 24 de julio.

**72- SUSPENSION DEL DEBATE - Forma de computar plazos cuando median asuetos concedidos por Corte Plena.**

"La defensa del imputado [...] acusa, como primer motivo de su recurso por la forma, la nulidad del debate celebrado por violación de los artículos 361, párrafo final, 194 y 145 del Código de Procedimientos Penales, al haberse excedido la suspensión de aquel más allá de los diez días que permite la ley. Para la mayoría de esta Sala el reclamo no es de recibo, por las razones que de seguido se dirán. A) Examinando el expediente se observa que la primera audiencia del debate se inició a las quince horas del día 14 de diciembre de 1990, suspendiéndose a las diecisiete horas con veinte minutos de ese mismo día y señalándose las trece horas con treinta minutos del 26 de diciembre próximo para la continuación del mismo, fecha en que efectivamente se reanudó el debate, para suspenderse nuevamente a las quince y treinta horas de ese mismo día, señalando entonces el a-quo las trece y treinta horas del día 2 de enero de 1991 para la continuación del mismo, hora y fecha en que ciertamente se reanudó el debate, el cual se dio por concluido a las quince horas y cuarenta y cinco minutos de ese día [...]. B) El problema lo presentan los días 24 y 31 de diciembre en que, por disposición de la Corte Plena, sólo se trabajó durante la primera audiencia. La defensa alega que el a-quo debió contar como hábiles estos dos días, por lo que entonces el término de diez días debía tenerse por vencido el día 31 de diciembre. Por su parte, el a-quo hizo el respectivo cálculo para fijar la tercera audiencia del debate a partir de la "fecha de inicio del debate" (14 de diciembre) y restando las dos audiencias o jornadas de trabajo que fueron declaradas de asueto por la Corte Plena (computando, aparentemente, las dos primeras audiencias de

los días 24 y 31 de diciembre, como si sumaran entre las dos un día hábil). C) Ambos criterios (el de la defensa y el del a-quo) son parcialmente errados. Ciertamente la Corte Plena puede determinar los días y horas de servicio en las oficinas judiciales, conforme al inciso 14) del artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (adicionado por Ley N° 4087 de 8 de abril de 1968). Las normas del Código de Procedimientos Penales a considerar sobre esta cuestión son las contenidas en los artículos 140 y 141. El primero en cuanto dice que los términos -sean individuales o comunes- "... 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"; y el segundo (artículo 141) que indica que "En los términos por días no se contarán los feriados; y si vencieren en día feriado se considerarán prorrogados de derecho hasta el día hábil siguiente" (la negrilla es suplida). Como se ve, nuestro Código de Procedimientos Penales no prevé el caso de los días de media jornada de trabajo -como lo fueron los referidos días 24 y 31 de diciembre de 1990-, como tampoco los días de asueto que concede el Poder Judicial a sus servidores (los cuales no puede equiparse a los días "feriados"), es decir, no existe norma expresa en dicho texto legal para resolver la situación. Entonces, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (reformado por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986) procede aplicar supletoriamente el párrafo primero del artículo 147 del Código Procesal Civil, que a la letra dice "Si el día final de un plazo fuere inhábil, se tendrá por prorrogado hasta el día hábil siguiente.

La misma regla se aplicará cuando se declare de asueto parte de ese día final". Así, efectuando el cálculo correspondiente, tenemos que contar el término máximo de diez días hábiles a que se refiere el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales desde el día hábil siguiente al 14 de diciembre -tomando el día 24 de diciembre, como día hábil completo (toda vez que fue feriado parcialmente y no es día final)- y así tenemos que el día final de dicho término lo fue el día 31 de diciembre y en vista de que para este día la Corte Plena concedió asueto para la segunda audiencia del día, se entiende que dicho plazo se tiene por prorrogado hasta el día hábil siguiente, a saber, 2 de enero de 1991, fecha en que se reanudó y concluyó el debate celebrado en esta causa, por todo lo cual debe declararse sin lugar el reclamo." (Hay voto salvado).

1991. SALA TERCERA, Nº 694-F de las 10,35 hrs. del 20 de diciembre.

**VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO CASTRO MONGE:**

"El suscrito Magistrado Castro Monge, salva su voto únicamente con respecto a la decisión de mayoría en relación al primer motivo del recurso por la forma, con base en las siguientes razones: [...]. En el primer motivo de la impugnación se reclama la vulneración del artículo 361 párrafo final, 194 y 145 del Código de Procedimientos Penales, al haber excedido la suspensión del debate los diez días otorgados por ley, ya que el debate se inició en la segunda audiencia del 14 de diciembre, se continuó el 26 de diciembre y se concluyó el 2 de enero del año en curso, no siendo atendible la excusa del a-quo de que los días 24 y 31 de diciembre de 1990 no contaban, por ser de asueto. Efectivamente, lleva razón el reclamo. Según acuerdo de Corte Plena tomado en la sesión número 89-90 del 26 de noviembre de 1990, artículo XXX, se concedió asueto a las oficinas judiciales de todo el país, durante la segunda audiencia de los días 24

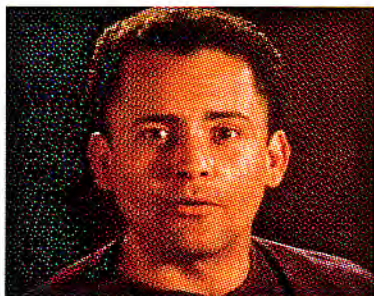
y 31 de diciembre del mismo año. En este caso, el debate fue iniciado el 14 de diciembre, siendo suspendido y reiniciado el 26 de diciembre, en ambas ocasiones en la segunda audiencia de la tarde, por lo que ya habían transcurrido siete días del término legítimo de suspensión; posteriormente se volvió a suspender y se reabrió el día dos de enero de 1991 a las trece horas con treinta minutos, cuando ya se habían cumplido los tres días que restaban para vencer el término citado, pues habían sido hábiles los días 27 y 28, así como la primera audiencia del 31 de diciembre. El tribunal de instancia consideró que las audiencias de los días 24 y 31 de diciembre, por trabajarse únicamente en la mañana, no se computaban dentro del término de diez días antes citado, apreciación que resulta incorrecta si tomamos en consideración que antes del 15 de setiembre de 1971 (ver sesión de Corte Plena, artículo VIII de 19-08-1971) se trabajaba en algunos despachos el día sábado durante la primera audiencia y este día se consideraba hábil para todos los efectos; además en relación con el mismo tema, esta Sala al conocer la interposición de un recurso, consideró que "el hecho de que el despacho en donde deba presentarse la articulación trabajare uno o varios días solamente durante una audiencia, no es motivo legal para ampliar el término, pues el artículo 140 *ibídem* establece que los términos comienzan a correr "desde que comience el día subsiguiente a aquel en que se efectuó la notificación y vencerán en el instante que, según ley, debe cerrarse el despacho..." sin hacer salvedad alguna respecto a que ese cierre se produzca o no en la segunda audiencia. (el

subrayado no está en el texto). Si legalmente el término puede fenecer en un día que se trabaje sólo durante la audiencia de la mañana y no existe motivo alguno para variar el criterio respecto al cómputo del día trabajado en defecto, cuando ese día laborable se ubica en día distinto a aquel que finaliza el término, debe concluirse que el recurso fue bien rechazado," ..., "razón por la cual contaban para el término de interposición del recurso establecido por la quejosa, los días veinticuatro y veintisiete" (Sala Tercera, V-87-A de las 15:30 horas del 26 de marzo de 1985).

El artículo 3 del Código de Procedimientos penales ordena además, que toda disposición legal que establezca sanciones procesales, deberá interpretarse restrictivamente; en este caso, el debate, de conformidad con el numeral 361 *ibídem*, sólo podrá suspenderse por un término, máximo de diez días bajo pena de nulidad, por lo que según lo expuesto, obviamente el tribunal de mérito excedió dicho término, según se puede apreciar en la transcripción del acta del debate, que corre a folios [...]. En punto al vicio alegado, se observa [...], que el recurrente interpuso incidente de nulidad que fue declarado sin lugar, razón por la que hizo la correspondiente reserva, para recurrir en casación. De conformidad con lo expuesto, al haber incurrido el juzgador de instancia en la vulneración que se alega, procede declarar con lugar el recurso."

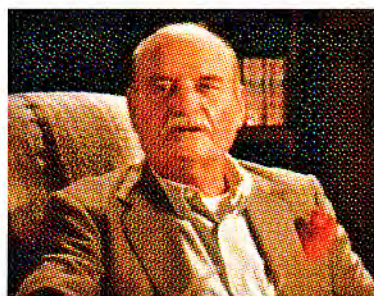
1991. SALA TERCERA, N° 694-F de las 10,35 hrs. del 20 de diciembre.

# Ante el futuro, hay diferentes actitudes:



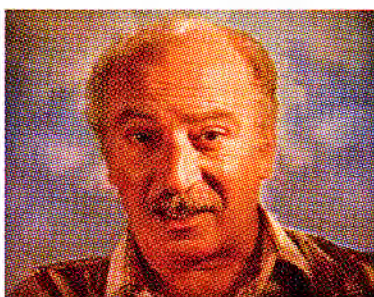
**El que ahorra.**

Hay personas a quienes les gusta disfrutar de la vida con sus propios medios, y desean continuar así cuando se pensionen. Por eso ya han adquirido un Plan de Pensiones del INS.



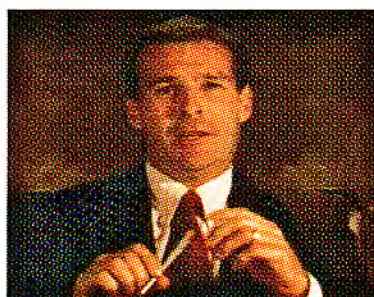
**El que ahorró.**

Otros ahorraron mientras trabajaban, y hoy pueden vivir dignamente sin depender de nadie.



**El que no ahorró.**

Sin embargo, hay otros que se lamentan hoy porque nunca ahorraron durante su vida laboral: hoy tienen que depender de otros para poder subsistir.



**El empresario responsable y visionario.**

También están los empresarios que colaboran para que sus empleados adquieran un Plan de Pensiones. Ellos reconocen que el Plan ofrece atractivos beneficios, tanto para el patrono como para el empleado, lo que al final favorece al país en general; por eso lo recomienda a sus colegas.

Pero en algo todos coinciden: en que el futuro se debe asegurar ahorrando hoy. Y la mejor manera de hacerlo es adquiriendo un Plan de Pensiones del INS. Con él usted

podrá seguir disfrutando de su vida con sus propios medios, aún después de jubilarse, sin depender de nadie, como lo hace hoy.



**PATRIMONIO DE TODOS**

Piense hoy en su mañana y adquiera un

## Plan de Pensiones del INS

Ejemplo: Una persona de 30 años que aporta €5.000 por mes durante 20 años, y escoge el beneficio de una Póliza de Vida por €1.000.000,00, puede acumular al final del periodo una suma de €14.515.167,00.\*

\* Tasa vigente durante el mes de julio de 1992.



**Seguridad**



**Solidez**



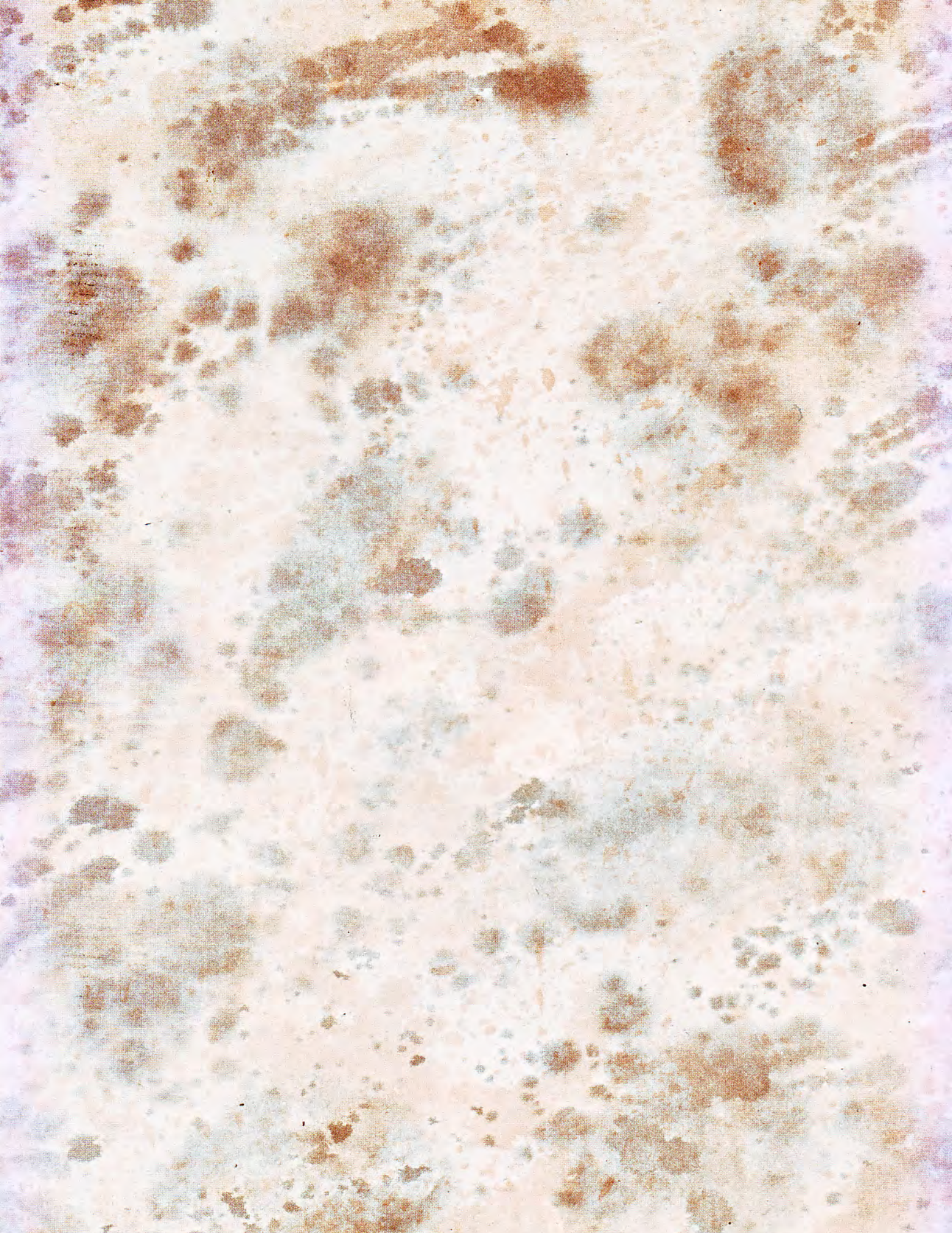
**Respaldo**



**Garantía**

Para obtener más información llame al teléfono 33-3097 o visite el Departamento de Vida, Mezzanine 2 de las Oficinas Centrales Consulte en la Agencia del INS más cercana o a su Agente de Seguros.





PRECIO @ 500.00