

# CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

JULIO 1993

AÑO 5, N° 7

## DOCTRINA EXTRANJERA

Cárcel y derechos humanos

*Roberto Bergalli*

## DOCTRINA NACIONAL

Bien jurídico y derecho de castigar del Estado.

Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional

*Henry Isa El-Khoury y otro*

Aspectos históricos y económicos sobre el tráfico de drogas frente a las relaciones de cooperación internacional que rigen la materia

*Cristina Rojas Rodríguez*

Debido proceso y pruebas penales

*José María Tijerino P.*

El recurso de casación del actor penal o civil contra el sobreseimiento dictado por el juez penal

*Ricardo Salas P.*

Algunas nociones en torno a la instrucción penal preparatoria

*Leovigildo Rodríguez A.*

La declaración del imputado: un medio de defensa o un medio de prueba

*Eddie Alvarado Vargas*

El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal

*Daniel González Alvarez*

## LEGISLACION COMENTADA

Hacia una modificación de la figura del juez de ejecución de la pena

*Gilberth Armijo S. y otros*

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente

*Cecilia Sánchez Romero*



# Al automóvil de Carlos se le dio pérdida total



Las señales

y las leyes de tránsito

habían sido creadas

para ser irrespetadas,

al menos eso

demonstraba Carlos

cada vez que conducía.

Hoy ya no conduce.

Antes de irrespetar las

señales de tránsito o

rayar en curva, piénselo

dos veces: respetarlas,

es respetar la vida.

**Conduzca  
responsablemente**

A él también



PATRIMONIO DE TODOS

**DOCTRINA EXTRANJERA**

- Cárcel y derechos humanos ..... 2  
*Roberto Bergalli*

**DOCTRINA NACIONAL**

- Bien jurídico y derecho de castigar del Estado.  
 Comentarios sugeridos por una sentencia de  
 la Sala Constitucional ..... 10

*Henry Isa El-Khoury y otro*

- Aspectos históricos y económicos sobre el tráfico  
 de drogas frente a las relaciones de cooperación  
 internacional que rigen la materia ..... 16

*Cristina Rojas Rodríguez*

- Debido proceso y pruebas penales ..... 35

*José María Tijerino P.*

- El recurso de casación del actor penal o civil contra  
 el sobreesimio el juez penal ..... 39

*Ricardo Salas P.*

- Algunas nociones en torno a la instrucción  
 penal preparatoria ..... 44

*Leovigildo Rodríguez A.*

- La declaración del imputado: un medio de defensa  
 o un medio de prueba ..... 59

*Eddie Alvarado Vargas*

- El principio de oportunidad en el ejercicio  
 de la acción penal ..... 63

*Daniel González Álvarez*

**LEGISLACIÓN COMENTADA**

- Hacia una modificación de la figura del juez  
 de ejecución de la pena ..... 70

*Gilberth Armijo S. y otros*

**JURISPRUDENCIA**

- Jurisprudencia penal reciente ..... 74

*Cecilia Sánchez Romero*

ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA  
 Cédula Jurídica N°3-002-109059-14, Registro Nacional

**Directiva**

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

**Consejo Editorial**

Daniel González Álvarez, Henry Issa El Khoury Jacob,  
 Alfonso Chaves Ramírez, Luis Sáenz Zumbado,  
 Periodista Editor.

**Dirección Postal**

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

Diseño, artes finales e impresión por ABC Ediciones S.A., julio  
 de 1993. Diseño de portada por Gerardo González con base en  
 un detalle del mural de "Constitución, justicia y contraloría", del  
 pintor costarricense César Valverde.

**SEGURIDAD CIUDADANA**

A raíz de una serie de hechos delictivos que despiertan preocupación en toda la ciudadanía, entre ellos el secuestro de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de otros funcionarios judiciales, hemos aumentado y precipitado el debate para discutir, en todos los ámbitos y con todas sus implicaciones, los temas relacionados con la seguridad ciudadana. En algunos sectores se tiene la creencia de que ahora sí llegó el momento de aumentar las penas, limitar las oportunidades de defensa en juicio, ampliar la aplicación de la prisión preventiva a muchos sujetos acusados de delito, y en general endurecer el sistema de administración de justicia penal. Debemos tener cuidado de no perder las perspectivas y un buen criterio de proporcionalidad. Es cierto que el sistema penal debe remozarse. Viejas y obsoletas instituciones jurídicas deben ceder el paso a nuevos instrumentos legales idóneos para constituirse en un verdadero sistema de garantías, todo con el fin de determinar si una persona es culpable o inocente de un hecho delictivo y para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos. También es cierto que nuestro sistema de administración de justicia penal debe modernizarse (y con ello no queremos decir que debe usar computadoras y fax), desterrando viejas prácticas formalistas, que no contribuyen en nada a los fines del proceso ni a la averiguación de la verdad. Ya en el Poder Judicial, y con la colaboración de profesores de Derecho, y funcionarios del Ministerio de Justicia, se está trabajando en busca de un nuevo sistema procesal penal, que con respeto de los derechos fundamentales constituya un verdadero instrumento de justicia para la víctima, para el acusado y para la sociedad. Sin embargo no creemos que el problema de la seguridad ciudadana se resuelva aumentando los niveles de represión del Estado. La historia nos ha demostrado que los regímenes judiciales altamente represivos, sobre todo en épocas de dictadura, lejos de resolver el problema de la criminalidad, sólo sirvieron para ocultar las verdaderas violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, creando víctimas del propio sistema, y aumentando los márgenes de impunidad de determinados sectores. Podemos mencionar el tema de las drogas en nuestro país. Aquí sancionamos el suministro de un cigarrillo de marihuana con una pena superior a la del homicidio simple. Aumentamos exageradamente las penas para todos los delitos relacionados con drogas, pero sin embargo ello no se tradujo en una disminución de esa actividad delictiva. Por esas razones creemos que deben estudiarse con sumo cuidado las soluciones para enfrentar el problema de la criminalidad, sin perder el norte, la serenidad y un buen sentido de proporcionalidad. Lo cierto es que el verdadero problema para la seguridad ciudadana lo sigue siendo la delincuencia organizada, y los delitos "no convencionales" (abuso de poder económico y abuso de poder público). Estos hechos lesionan en mayor medida los derechos y la seguridad de los ciudadanos que los delitos comunes, sin embargo, respecto de los primeros no existe la misma preocupación que con los segundos, ni se les da el mismo trato en los medios de comunicación colectiva. Es verdad que la seguridad física de los habitantes se ha deteriorado, haciéndose indispensable crear mayor vigilancia en las calles y generar mayor protección para nuestras viviendas y negocios, pero ese problema no lo vamos a solucionar de ninguna manera convirtiendo nuestro sistema de administración de justicia penal en un sistema más represivo. Con ello sólo atacaríamos las consecuencias del fenómeno, pero no solucionamos las causas y por el contrario agravaríamos el problema. Esperamos se abra un amplio debate sobre este asunto, en el que se incluyan todos los sectores de la ciudadanía, los funcionarios públicos, la empresa privada, los estudiantes, las universidades, los colegios profesionales, los medios de comunicación, los sindicatos y otros grupos de opinión, y a la vez que observemos cómo otros países de larga tradición democrática intentan enfrentar el problema.

# CARCEL Y DERECHOS HUMANOS

*Roberto Bergalli*  
Universitat de Barcelona

## Sumario:

**Reflexiones sobre: a) primacía de un saber jurídico y b) hegemonía de una visión comportamentista**

- 1). Obscenidad de la cárcel y capacidad corruptora; 1.1). Iluminismo: pena mínima y necesaria; 1.2). La cárcel "real" desmiente el reformismo correccionalista; 1.3). La cárcel "legal" desmitificada y la violación de derechos humanos; 1.4). La imagen dura de la cárcel y las situaciones de "emergencia".
- 2). Noticias sobre la cárcel y criterios clasificatorios; 2.1). Contradicciones entre la legislación penitenciaria y la aplicación del llamado sistema progresivo.
- 3). Improvisación y objetivos de "orden y disciplina" en Catalunya; 3.1). Prácticas improvisadas; 3.2). Agravamiento de la situación penitenciaria; 3.3). Abogados, clase judicial y ejemplos de (in)sensibilidad; 3.4). Tratamiento y conductismo.
- 4). Ambiguas y falaces "alternativas" a la cárcel.

Reflexionar y escribir sobre los derechos que los condenados y procesados tienen como internos en las instituciones penitenciarias, no es una simple operación hermenéutica. Si la cárcel no fuera el ámbito de obscenidad y de corrupción de la substancia humana (de presos y vigilantes) que planetariamente es, podría todavía acordarse la primacía del saber hegemónico sobre ella a la interpretación de los textos que fijan tales derechos. Más, ya ha llegado el día en que la "cárcel legal" deje de ser, necesaria e imperiosamente, objeto único de conocimiento jurídico y se convierta en la punta de lanza del ejercicio de una cultura democrática y en exaltación de los derechos humanos fundamentales, para lo cual parece que la simple lectura de los textos es insuficiente. Tal es la situación actual y tal no es comprendida por la lectura tradicional que se hace de la cuestión penitenciaria. Pero, todavía hay más aún.

Es efecto, de esa lectura apegada a la letra de las leyes penitenciarias que casi generalmente se hace, ha surgido -como no podía ser de otra manera- una legitimación de las formas de intervención ejecutivo-penal que, propias a un período en que la filosofía penitenciaria estaba permeada por la idea-guía de control total sobre los individuos, se han perpetuado de un modo obsesivo y asimismo aislados del cambio social exterior a los muros de la cárcel.

Esos dos aspectos que acabo de esbozar apenas a) primacía de un saber jurídico en detrimento de entender la cárcel como formando parte de la cultura

democrática y b) hegemonía de una visión estrictamente comportamentista como medio de alcanzar el disciplinamiento total, me permitirán introducir las intervenciones que se harán en esta mesa redonda, lo cual me ha sido solicitado en la falsa creencia que mis palabras puedan ayudar a su presentación. Antes bien, pienso que, en todo caso, va a suceder lo contrario y con ello me apena defraudar a los asistentes a este acto, pues si es el contenido de las intervenciones lo que permitirá a la audiencia verificar la validez de mis hipótesis, ya aquellas, por si solas, estaban introducidas entonces con la realidad que vienen a contrastar y, en consecuencia, esta introducción es innecesaria; obviamente, siempre que todo oyente no se acerque desde las perspectivas ideológicas que aquellos aspectos suponen.

1). Las afirmaciones que acabo de hacer, en relación a la obscenidad de la cárcel y a su capacidad corruptora de toda, substancia humana, podrían haber sido formuladas hace ya más de doscientos años. De hecho, lo fueron y así fue como se inició no sólo el ya tan largo proceso de reformas humanitarias sino, algo mucho más importante todavía: fue nada menos que el Iluminismo penal el sistema de pensamiento que puso al descubierto los vicios mismos del secuestro institucional, aplicado como consecuencia del delito que esa nueva visión del mundo acababa de definir, en aplicación de las reglas de juego de la naciente sociedad moderna. Sin embargo, en materia de cárcel, co-

mo en general en todos los secuestros institucionales, poco y... nada ha cambiado si se acepta que todos ellos han satisfecho unas funciones latentes, asignadas por el propio sistema social que legitimaré el Iluminismo con el fin de contener determinados sujetos que por razones de exclusión no han podido vivir en libertad. No obstante, en su origen y a lo largo de algo más de dos centurias, tal como se la conoce desde entonces y en cumplimiento de diversas funciones manifiestas que le han sido atribuidas por las diferentes formas-Estado a las cuales ha servido, a la cárcel se le han adjudicado unas misiones que discursivamente tenían que ver con las garantías y los derechos fundamentales de sus "clientes". De manera que, al estar todos esos derechos asegurados por los respectivos ordenamientos jurídicos, la lucha por su cumplimiento se ha constituido en la meta de toda actividad humanizadora de la cárcel por lo cual, en pos de tal objetivo, se ha soslayado el análisis de la ideología subyacente a la institución.

1.1). El Iluminismo penal nació precisamente acicateado, además de por la fundamental necesidad de sancionar punitivamente las violaciones a las reglas de juego de la nueva sociedad, también por el desgarrador reclamo de dar una solución al drama de la pena, tal como quedó entonces hasta literariamente patentizado nada menos que por el célebre romántico autor de *I promessi sposi*, el ilustre nieto de Beccaria, en la *Storia della colonna infame* (v. Manzoni 1981). Pero, si bien la privación de libertad sólo adquiere sentido como pena moderna cuando precisamente deja de ser una aflicción y se convierte en una privación-privación de un derecho de libertad personal (que, al igual que la privación de la vida y de la propiedad, constituyen y justifican al Estado moderno)- lo cierto es que las condiciones de su ejecución, aunque desde mucho antes de ser considerada "pena", reclamaban una adecuación a ciertos principios garantistas. El Iluminismo, más allá de limitar las vocaciones absolutistas de toda potestad punitiva, comportó la adopción de ciertos principios que significaron afirmaciones revolucionarias las cuales, aunque hoy parezcan banales, fueron acogidas por las primeras Constituciones como freno a las penas inútilmente excesivas. El principio de la pena mínima necesaria y el del respeto a la persona -reclamados por Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham y Carmignani- dan respuesta al interrogante que el penalismo ilustrado pretende responder: ¿cuándo y cómo punir?. De tal manera, si la pena debe ser "necesaria" y la "mínima de las posibles" en relación al fin de la prevención de nuevos delitos, estos principios pasan a ser los objetivos de mitigación y minimización, buscados por la ética racional de tipo utilitarista que otorgó lo más característico del movi-

miento penal reformador desarrollado por el Iluminismo (cfr. Ferrajoli 1990,391).

1.2). Mas la cárcel real ha desmentido el reformismo humanizador que a lo largo de dos siglos y, sobre todo en el presente, ha ido plasmando un discurso legal-penitenciario que ha tenido contemporáneamente, en la Europa comunitaria del Welfare, excelentes demostraciones con las Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure private e limitative della libertà de Italia (legge 26 luglio 1975, n. 354), la Straivollzugsgesetz de la República Federal de Alemania (de 16.Marzo 1976) y, finalmente, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) de España. Estos ordenamientos penitenciarios, como otros anteriores y posteriores (cfr. Kalsner 1983), sancionaron positivamente la afirmación de una ideología carcelaria que asienta sus postulados básicos en la vieja, aunque entonces renovada, concepción correccionalista de la privación de libertad. La atribución de un fin de prevención especial positiva a la privación de libertad fue, como se sabe, un principio que germinó en el terreno del Positivismo criminológico con raíces en la filosofía krausista a la que Carl von Roeder desplegó como capacidad de corregir respecto de quienes revelaban un comportamiento equivoco.

Ese movimiento legislativo europeo, con los importantes antecedentes del ámbito cultural escandinavo -aunque de características mucho más pragmáticas-, pretendió adecuar la ejecución de las penas privativas de libertad a los principios de la forma-Estado que el constitucionalismo social había recepcionado de forma plena después de la segunda Guerra mundial. Este dato fue determinado por el mismo desenvolvimiento internacional de los derechos humanos y no puede dudarse que en la configuración europea de semejante reforma penitenciaria han influido aquellas dos concepciones de los derechos humanos -iusnaturalista y ética- que consideran a los hombres como entes abstractos o alejados de su espacio y tiempo históricos. En efecto, si se tiene en cuenta el influjo que sobre semejante reforma ha tenido la denominada *Défense Social Nouvelle*, impulsada desde Francia por Marc Ancel, y se consideran los orígenes positivistas de ésta, no parece que la consideración historicista o sociológica de los derechos humanos pueda haber fundamentado el actual discurso legal-penitenciario. Antes bien, las ideas de régimen y de tratamiento penitenciario que campean a través de dicha legislación no hacen más que enfatizar unos procedimientos absolutamente manipuladores de la personalidad humana, lo cual rebaja la fundamentación humanizadora que pretendió atribuírsele a la mis-

ma, dejando así señalamiento social en que ha quedado encerrada esta reforma. La convicción de que quien delinque lo hace a causa de alguna condición patológica individual no ha abandonado la tradición penitenciarista y cuanto más "humanitaria" ésta se ha querido manifestar, más ha revelado la negativa a ser diferente que se le impone a quien ha sido definido como delincente. Este es precisamente el aspecto que permite poner de manifiesto hasta qué punto la ejecución de penas privativas de libertad contradice la forma-Estado democrática. Recuérdese aquí la profunda crítica dirigida a lo que se dió en llamar la *Behandlungsideologie* (cfr. Hilbers/Lange 1973) en la República Federal de Alemania, le *difficollà di conciliare la rieducazione con la segregazione carceraria* (cfr. Fassone 1980, 91-98) en Italia y la ideología de la resocialización o la resocialización como ideología (cfr. Bergalli 1987) en España, fórmulas todas estas que-ampradas en una fundamentación ética, pero también política- pusieron en cuestión la capacidad estatal para intervenir en el ámbito de la personalidad de los condenados a privación de libertad.

Ante este irrefutable cuestionamiento, la doctrina ejecutivo-penal hizo algunas tentativas de adecuar el postulado de la reeducación o resocialización al objetivo de que quien fuera sometido a tratamiento penitenciario pudiera llevar en el futuro una vida sin volver a cometer delitos o bien para que a través de él se alcance, ante todo, la atenuación de los efectos negativos de las penas privativas de libertad. Mas todas estas tentativas han chocado contra la materialidad objetiva de la institución total: no hay compatibilidad alguna entre la segregación -que si se realiza en condiciones de hacinamiento agrava todos los problemas que suponen vivir bajo secuestro institucional, llegándose incluso a lesionar al principio básico de la dignidad de la persona- y las eventuales posibilidades de desempeñar un trabajo remunerado, mantener vínculos afectivos, participar en la comunicación social, etc. Por lo demás, las condiciones en las cuales se ha desarrollado el mercado de trabajo en Europa en los últimos años no permiten alentar posibilidades para recuperar la fuerza-trabajo que queda en libertad luego del cumplimiento de una pena. Frente a todo esto, parece no haber reaccionado la doctrina ejecutivo-penal española que continúa procurando reelaborar un concepto desfasado de resocialización, lo que la ha hecho caer en un mero discurso autoalimentador de prácticas penitenciales negativas.

1.3). La desmitificación de la "cárcel legal" que se ha producido en Europa, como consecuencia del fracaso de las funciones simbólicas atribuidas a ella (la reeducación o la resocialización como fin u objetivo de

las penas privativas de libertad), fue el resultado de un doble proceso acaecido a lo largo de la década de los años setenta. Por una parte, la restricción de las políticas sociales producidas por la llamada crisis del Estado de bienestar y, por la otra, la emergencia del terrorismo que puso al Estado de derecho frente a la necesidad de recurrir a la excepcionalidad penal, dejaron al desnudo la institución penitenciaria. La cárcel de custodia y la cárcel de máxima seguridad han pasado a ser las imágenes habituales del espectro con que se representa la privación de libertad y ambas son, asimismo, la expresión final de una política criminal presidida por lo que ha dado en llamarse "cultura de la emergencia", la cual ha permeado tanto la creación como la aplicación de las leyes penales, procesales y ejecutivo-penales. La inflación punitiva de que se ven aquejados los sistemas penales contemporáneos, a los que se les ha pretendidamente adjudicado la solución de conflictos que carecen de naturaleza punible y que deberían ser quizá encarados en el campo de intervención del derecho administrativo o del derecho civil, constituye el motivo principal del abrumador hacinamiento que cubre el panorama de las cárceles europeas. Los reclamos por la discriminación, pese a haberse promovido desde los propios ámbitos comunitarios (cfr. Council of Europe 1980), no parecen haber superado los límites del debate académico y mientras hoy se asiste a una interesante discusión acerca de cuál de las tres corrientes activas dentro de la denominada Criminología crítica (abolicionismo radical escandinavo, nuevo realismo de izquierda británico, derecho penal mínimo) es la más adecuada para alcanzar una restricción de las formas de intervención punitiva como empleo de formas "duras" de control social, al mismo tiempo se constata una reiterada voluntad política de acudir al empleo del sistema penal en sustitución de las intervenciones de tipo social que ataquen las raíces mismas de los conflictos.

Hoy se asiste en la Europa comunitaria a la verificación de otros fenómenos que han acentuado esas imágenes a través de las cuales la cárcel se ha venido representando socialmente. La construcción social de la cuestión-droga y el rechazo a la presencia de extranjeros no-comunitarios en los territorios nacionales, han pasado a constituir una nueva fuente de alimento para el contenedor cárcel. Los porcentajes de relación entre la intervención de personas vinculadas a la droga (por tráfico, por delitos cometidos para procurársela o por simple tenencia que supere las dosis para su consumo) o en sus condiciones de extranjeros a quienes se les impide residir en territorio comunitario, con los alarmantes índices de superpoblación institucional, son aún más reveladores del uso instrumental de la priva-

ción de libertad con fines de mera confesión, cuando no del absoluto fracaso -pues genera auténticas violaciones de los derechos humanos (tales como la sieropositividad o el propio síndrome de inmunodeficiencia) e, incluso, del impulso al suicidio de jóvenes encerrados por fumar marihuana, como acaba de suceder en Italia en aplicación de la legge 162, conocido como Jervollino-Vassalli que comienza sancionando administrativamente pero termina por hacerlo punitivamente con quien posee droga para uso personal (v. el Manifiesto 27.VII.1991)

1.3). El doble proceso del que se ha hablado y los fenómenos de acentuación de las imágenes duras de la cárcel se han verificado también en España, tanto por su incorporación al ámbito de los países centrales (formalizado con su ingreso a las Comunidades Europeas) cuanto por el particular problema de terrorismo nacionalista que le afecta, todo lo cual obliga a adoptar la estrategia de control social dominante en Europa que ha sido definida más en función de las exigencias de intervención policial en relación a las situaciones de "emergencia" mencionadas, antes que atendiendo a una articulación de las necesidades de control con otras de política social, económica y cultural. En tal sentido conviene tener siempre presente lo que están significando las decisiones adoptadas por el llamado "grupo de Trevi" o las imposiciones que surgen de la adhesión española a los "acuerdos de Schengen", todas las cuales han impulsado al Gobierno español a proponer una Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana que se acaba de sancionar y que acoge tales imposiciones, aunque muchas de sus disposiciones rocen la inconstitucionalidad y pongan en peligro el Estado de derecho.

2). Cuando se analiza el papel que cumple la cárcel como última instancia del control social "duro" no puede menos que relacionársela con los innumerables sucesos que habitualmente ilustran la crónica periodística Suicidios, motines, homicidios, agresiones, torturas, ingreso y tráfico de drogas en su interior, abusos sexuales, transmisión de sieropositividad, etc. Estas son las noticias que se asocian usualmente a la imagen de la cárcel, sobre todo a la de aquellas instituciones emplazadas en las grandes urbes y que, aunque destinadas al alojamiento de un tipo de internos -detenidos en prisión preventiva-, terminan por confundir a una heterogénea población sobre la que se aplican unos criterios clasificatorios. Estos, no obstante, emergen de las leyes y reglamentos penitenciarios, no se corresponden para nada ni con las posibilidades reales de seguir permaneciendo en reclusión ni con las condiciones presuntas de aplicar el régimen que determinaría dicha clasificación.

2.1). Estos son los aspectos que precisamente

necesitan el control jurisdiccional. Pero, las constricciones que surgen entonces entre una lectura de la legislación penitenciaria y la aplicación concreta del llamado "sistema progresivo" (dogma indiscutible de esa cultura penitenciaria de marca correccionalista) resultan a veces tan aberrantes respecto al pretendido fin resocializador que poco o nada pueden ya decir sus ideólogos.

Un claro reflejo de semejante cuadro se ha producido en el verano español de 1991, aunque tal tipo de sucesos han constituido una repetición de semejantes acaecidos en el verano de 1990 y también en el anterior de 1989, particularmente en Barcelona. No es posible en esta sede hacer una crónica de tales sucesos, respecto de los cuales los medios de comunicación han suministrado una información cotidiana en esos períodos. Mas, lo que no es posible aceptar son las tesis oficiales que en una u otra ocasión siempre se han dado al respecto y con las que se ha intentado justificar tal repetición mediante unas ciertas razones temporales, pues el calor veraniego -se dice- habría constituido un acicate para la violencia que "naturalmente" existirá entre los internos de las instituciones penitenciarias, lo cual haría reproducir tales sucesos miméticamente. En la última ocasión se esgrimió la hipótesis de que una cierta "asociación" de reclusos de extrema peligrosidad -de los así llamados en "régimen especial" (¿cómo si los presos pudieran asociarse libremente e inscribir su asociación en el Registro pertinente, vaya la ironía oficial!)- habría impulsado la producción de motines y desórdenes, para reclamar así por sus condiciones de alojamiento, lo cual no haría más que confirmar el estado de inhabilitación de las cárceles españolas, aún pudiendo ser cierta la hipótesis oficial acerca de los fines violentos de tal "asociación" y sus eventuales conexiones con otros grupos de internos pertenecientes a organizaciones terroristas. Si las degradantes condiciones de alojamiento que presentan ciertas cárceles españolas son tan agudas, como ha sido puesto de resalto no sólo por los medios de comunicación, sino incluso por reiterados informes del Defensor del Pueblo, colectivos de abogados u organizaciones humanitarias, nada excusa el ineludible deber de la Administración; ya habrá recursos y tiempo para saber si los reclamos de los afectados han incurrido en faltas o delitos. En este terreno parece que la "susceptibilidad" de las autoridades penitenciarias se agigantara cuando una Juez de Vigilancia, en uso de atribuciones que son inherentes a su jurisdicción, guió la visita en Carabanchel de representantes de una organización internacional no gubernamental, de reconocido prestigio, dedicada a la vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos, cuyo informe provisional puso al mis-

mo nivel de Turquía (un país en que si se violan esos derechos en sus cárceles) el estado de ciertas cárceles españolas.

3). En Catalunya, por ser la única Comunidad Autónoma que ejerce competencias en materia penitenciaria, fue siempre esperada una iniciativa audaz que transformara las líneas estratégicas desde las que se ha venido esbozando la política penitenciaria estatal. El tan demorado desarrollo del principio constitucional de reeducación y reinserción social que la LOGP ha pretendido desarrollar -irrealizable por otra parte a la luz de las políticas social y económica que lleva a cabo el Estado español, pues al no poder asegurarse vivienda y ocupación a todo los ciudadanos que ingresan al mercado de trabajo es imposible suponer que alguien pueda sentirse resocializado al salir de la cárcel-, ha contrastado con unas prácticas de auténtica improvisación cuando no con unos objetivos de mero "orden y disciplina" en el interior de las prisiones.

3.1). Las primeras -prácticas improvisadas- se descubrieron tempranamente ya con el anunciado Plan de Construcciones Penitenciarias. La elección de los terrenos sobre los cuales debía construirse la primera cárcel construida por la Generalitat en el término municipal de La Roca, en el Vallès Oriental, estuvo en su momento rodeado de alternativas que, por lo menos, deben denominarse "escandalosas". Los medios de comunicación catalanes y nacionales reflejaron, por una parte, el descontento social que llegó a rozar la desobediencia civil (cfr. **Bergalli** 1985), puesto de manifiesto por las mismas poblaciones a las que parecía afectar la construcción de una institución penitenciaria en las inmediaciones de sus viviendas, frente a lo cual la Generalitat adoptó una solución condicionada por tales presiones. Por otra parte las autoridades locales aledañas a los terrenos cuestionados no hesitaron en denunciar cierto entretelones nunca aclarados que habrían rodeado los motivos de aquella elección (cfr. **Ballús** 1984). Lo escandaloso quedó mucho más tarde puesto en total evidencia cuando, el Departament de Benestar Social de la Generalitat, absolutamente ajeno por materia al de Justicia, competente en la cuestión, encargó de forma inesperada y aparentemente inopinada a un geógrafo social, la redacción de un estudio acerca de los motivos, inconvenientes y/o ventajas que pudieran suponer la construcción de una prisión en La Roca del Vallès. En dicho estudio se señalaba, naturalmente (v. **Fraille** 1989), que toda vez que se pretendiera iniciar planes de construcción semejante en la Roca del Vallès o en cualquier otro lugar, era imprescindible que semejante prospección se realizara con cierta anticipación a las obras. Por lo demás, tomar el pulso de los deseos populares en un sentido afirmativo o contrario

a la construcción de una cárcel, constituía un imperativo de absoluta y total prevención previa lo cual, era evidente, en el caso nunca se había cumplido. Años más tarde, con el edificio de Quatre Camins ya construido, surgieron a la luz un sinnúmero de otras improvisaciones, destacadas tanto por los propios sindicatos de funcionarios (v. *La Vanguardia* 26.IX.1989) como hasta por algunos de los mismos arquitectos que intervinieron en el diseño de la nueva cárcel (v. **Bonell Costa** y otros 27.VI.91): unos vinculados con la dudosa seguridad que el mismo edificio y ciertas instalaciones ofrecían; otros con la distancia insalvable entre el establecimiento y centros urbanos lo cual procuraba un aislamiento de los internos con sus familiares y una gran incomodidad para los propios funcionarios; los demás con la falta de reconocimiento por la Generalitat de la tarea técnica desenvuelta por los expertos en el diseño de la cárcel.

3.2). Mientras tanto, es verdad que la situación de alojamiento en las instituciones penitenciarias de Catalunya ha pretendido ser mejorada por la Administración. Desde la asunción de las competencias en materia por la Generalitat se han llevado a cabo muchas obras de mejoramiento, junto a la construcción de la segunda prisión de Can Brians, en Sant Steve Sesrovires (Baix Llobregat). Esto es un mérito. Obras en Lleida que permitieron la distinción entre dos centros diferenciados por su régimen interior (recientemente se han reconstituido en lo que se denomina el Complex Penitenciari del Ponent); obras en Girona; transformación del centro para jóvenes de La Trinitat; reformas en el centro para mujeres de Wad Ras; etc. Y, lo que es de resaltar, constantes trabajos edificios en el Centro Penitenciario de Hombres, conocido históricamente como la Cárcel Modelo, pero orientados específicamente a aumentar la seguridad del mismo.

Lo que si debe reprochársele a la Generalitat, es su exagerada ingenuidad al no parecer que quiera advertir la constante, permanente y marcada ampliación del uso de la privación de libertad que hace la política penal del Estado español. Ya se habló antes de la "inflación punitiva" que afecta a los sistemas penales europeos. A España, como uno de los últimos eslabones de las políticas comunitarias y como ostensible "vaso comunicante" con las culturas del norte de Africa y Latinoamérica, se hace más evidente que las Comunidades Europeas le exigen el cumplimiento de las restricciones contra los flujos migratorios que son negados sistemáticamente como la expresión propia de históricas expoliaciones sobre aquellas culturas. El enriquecimiento ilícito que los sistemas económicos centrales encontraron como veloz forma substitutiva de la circulación de capitales, eligió el territorio espa-



ñol como ámbito de ingreso y tránsito de drogas ilegales, pero también lo seleccionó como lugar de "lavado de dinero sucio", aprovechando la avidez de sus sistemas financiero y bancario. Estas dos situaciones, amplificadas por la carga punibilizadora de dos Leyes Orgánicas que apuntan a limitarlas y controlarlas, pero que en realidad no hacen más que vigorizar las mayúsculas ilegalidades que se generan en tema de extranjería y cuestión-drogas, están provocando un uso indiscriminado del sistema penal español. Al fin y a la postre es la institución penitenciaria la que recibe el producto de semejante indiscriminación con lo cual, no puede haber -no habrá-, ni en Catalunya ni en ninguna parte, dinero suficiente para construir cárceles...

Pese a todo esto, la situación se agrava cada día. Tómese como ejemplo las reiteradas quejas de los internos en la Modelo, algunas que en los últimos años han llegado al límite de airadas protestas seguidas por actos violentos. Recordaré aquí, a modo de ejemplo, las alteraciones del verano de 1990 (aunque en años anteriores hubo innumerables altercados, en los cuales también se vieron involucrados hasta los familiares de los internos, por manifestarse en la vía pública) que llevaron a cinco reclusos, afectados por el síndrome de inmunodeficiencia, a subirse a los tejados del edificio. Desde allí reclamaron e hicieron oír las demandas durante varios días -sólo calmadas por la veloz intervención del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria quien medió para que se atendieran sus justas reivindicaciones- por la situación de la enfermería de la prisión, un servicio que, ya tiempo antes, había provocado intervenciones de la jurisdicción penitenciaria. Pues bien, fue necesario que el Juez de Vigilancia declarara el cierre de la enfermería -lo que, finalmente, a raíz de un recurso planteado por la Fiscalía, fue confirmado por la Audiencia Territorial- para que la Generalitat procediera a la refacción de tal servicio... ¡un año después!. Todo esto no modificó el cuadro general del Centro, como no puede ser de otro modo en un establecimiento con capacidad limitada que habitualmente acoge el triple de presencias y que llegara al límite para que el mismo Defensor del Pueblo instara al Presidente de la Generalitat a su derribo ante "las pésimas condiciones de vida en el mismo" (v. El País 28.VII.1988). Esto ha sido reconocido hasta por un mismo Director dimisionario de la cárcel (v. La Vanguardia 20.XI.1988). Pero, de todo esto ya me he ocupado en otra ocasión (v. Bergalli 1991) reciente. Lo cierto y concreto es que nada se podrá hacer, en Catalunya o donde sea, si se continúa depositando en la cárcel la sobreabundante "clientela" que produce el sistema penal.

3.3). Mientras tanto, las garantías procesales y los derechos de los reclusos como tales (pues como

personas ya le han sido violados sus derechos fundamentales por el sólo hecho de vivir como se vive en el interior de las prisiones) resultan de continuo lesionados. Ante semejantes constataciones, algunos abogados dedicados particularmente a atender este tipo de cuestiones, están pretendiendo construir un discurso específico en el interior de la propia corporación profesional de Barcelona, tal como ha ocurrido en los ámbitos de los Colegios de Abogados de Bilbao y Madrid. Empero, pese a esta insistencia y a los reiterados reclamos para vigorizar la jurisdicción penitenciaria en España que formularán aquí todos los participantes en la mesa redonda, es muy interesante atender las observaciones que se hacen en lo relativo a la insuficiencia o ausencia de un verdadero derecho procesal penitenciario como para poder hacer valer todas las demandas de los internos, en función de los derechos que les reconoce la LOGP.

Permítaseme terminar este apartado con una invocación a la necesidad de que la clase judicial española construya su propia cultura penitenciarista. La existencia de una jurisdicción específica -como la instaurada por la LOGP- requiere de una legitimación a través de su propio ejercicio. Desafortunadamente, en la larga década de vigencia de la LOGP, pocos ejemplos ha tenido la sociedad española de auténtica y verdadera sensibilidad de jueces y magistrados por la atención de los derechos de los reclusos. Algunos, es verdad, han sido modélicos y cabe destacarlos; otros, en cambio, también deben destacarse pero, precisamente por los motivos de in-sensibilidad o de sensibilidad al revés de la que se requiere para el ejercicio de esa particular jurisdicción. Ambos tipos de ejemplos se han producido precisamente en Catalunya. El primero de ellos, a cargo de un magistrado que ha honrado a la justicia española; el segundo, representado por un personaje cuyas características subjetivas y profesionales difícilmente puedan repetirse. Lo raro en este último caso está constituido por la aparente protección que dispensa el mismo cuerpo judicial a sus decisiones y comportamientos, claramente violatorios no sólo de los derechos de los reclusos sino de los mismos principios de la Constitución española y el ordenamiento penitenciario, al desoir las denuncias y querellas que se han presentado para reclamar contra el sistemático desconocimiento de tales principios en que incurre y de los cuales se vanagloria el magistrado de Vigilancia.

3.4). Los objetivos de mero "orden y disciplina" en el interior de las prisiones que parecen presidir también la política penitenciaria seguido en Catalunya, no están únicamente reflejados en el tipo de intervenciones respecto de los internos o por aquellas decisiones de tipo edilicio. También puede encontrar-

se muestras de ello en las decisiones adoptadas por la Administración en relación al empleo de ciertas técnicas aplicadas a lo que se conoce como "tratamiento" y que se traducen en el tipo de formación que procurarse a los funcionarios o que quieren enfatizarse a través de la actividad de los expertos que configuran aquellos equipos destinados a la observación de la conducta de los internos. De este aspecto ya me he ocupado en ocasión anterior (cfr. Bergalli 1991 cit.) pero, de todos modos, no puede dejar de mencionarse cuando se trata de hablar de los "derechos" de los internos porque conviene preguntar en virtud de qué principio se legitima un cuadro de intervenciones destinado a obtener una mera adhesión de conducta por la vía de un sistema de "premios" a la fidelidad de la autoridad institucional o de quien la representa. Esos premios, que se otorgan sobre una base legal (progresión de grado y permisos de salida), responden sin embargo a unas técnicas psicológicas de puros reflejos provocados que, obviamente, poseen un efecto limitado en el tiempo y se orientan a obtener un resultado inmediato, condicionado a una meta prefijada. La crítica general dirigida al conductismo o comportamiento o Behaviourismo (cfr., por todos Blöschl 1977), en las versiones que descienden de la reflexología de Pawlow y se continúan a lo largo de los enfoques de Watson, Skinner o Jones, se hace todavía más aguda cuando se trata de analizar las consecuencias de toda terapia comportamental aplicada en ámbitos cerrados (v. especialmente Jaeggi 1980). De todo esto debe extraerse, como conclusión, lo efímero de tales técnicas, aplicadas en un régimen de secuestro institucional y que tienden a obtener una conformidad relativa. ¿Es posible, entonces, creer que el máximo objetivo de resocialización previsto por la Constitución española para las penas privativas de libertad puede alcanzarse desde semejantes técnicas de sumisión?

4). Ante este estado de cosas que configuran la cuestión penitenciaria en España y en Catalunya -muy suscintamente expuesto aquí- algunos espíritus sensibles se pronuncian por la búsqueda de "alternativas a la prisión". La ambigüedad del concepto y las falacias que puede encerrar, si no se esclarecen sus alcances (cfr., en este sentido, Pavarini 1991) llevan a la situación que ya procuré describir (cfr. Bergalli 1991, cit., repitiendo ideas expuestas en anteriores ocasiones). Por ello, no volveré sobre el tema, aunque me permito llamar la atención acerca de la necesidad de profundizar un debate -que debe extenderse al resto de la cuestión penitenciaria- al cual se rehuye la doctrina oficial que sustenta la política del Estado español y que se extiende a legitimar la que se practica en Catalunya (aunque ésta también cuenta con su propia doctrina y con un Centro emisor de ella).

Al concluir, me parece imprescindible resaltar el valor (los valores) que van a encerrar las intervenciones que se me han permitido introducir. Pienso que todo cuanto se diga en este acto puede prestar un elevado servicio, sobre todo para aquellos profesionales (abogados y jueces) a quienes va dirigido para que se introduzcan en la materia de defensa de derechos fundamentales de los reclusos. Pero, asimismo, para los estudiantes a quienes prácticamente nada se les explica sobre los "secretos" de la cárcel durante su proceso de formación universitaria. Además, creo necesario insistir, como lo sugieren los autores, de que una cosa es legislar, otra es juzgar, otra más es defender pero, una es particularmente mucho más difícil y dura **estar preso**. A mi se me ha brindado la ocasión de manifestar ciertas reflexiones, ya muy repetidas quizá, pero necesarias para mostrar cuál es la cárcel que tenemos...pero que no queremos!!!

Barcelona, 21. Febrero de 1991.

## BIBLIOGRAFIA

- BALLUS, R. (1984), La cárcel de La Roca: una historia obscena, en : El País, 30. Octubre, Barcelona.
- BERGALLI, R. (1985), La cárcel en La Roca como "problema social", en: El País, 21. Enero, Barcelona.
- BERGALLI, R. (1987), Ideología de la resocialización. La Resocialización como ideología. La situación en España, en: La qüestió penitenciària, "Papers d'Estudis i Formació. Núm. Especial, Abril-Centre d'Estudis i Formació, Departament de Justícia-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 51-66.
- BERGALLI, R. (1991), Resocialización y medidas alternativas (Extravios conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en las prácticas penitenciarias de España y Catalunya), en: Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena- Associació Catalana de Juristes Demócrates, Lleida 1. y 2. Marzo.
- BONELL COSTA, E. (1991), El diseño de las cárceles, en: El País (Cartas al Director), 27. (y tres firmas más) Junio, Barcelona.
- BLÖSCHL, L. (1977), Lerntheoretische Grundlagen, en: L.J. Pongralz (Hrsg.), Handbuch der Psychologie (Klinische Psychologie 1. Handband), Verlag für Psychologie-Dr. C.J. Hogrefe, Gotingen-Toronto-Zürich 1977, 634-663.
- COUNCIL OF EUROPE (1980), Report on Decriminalisation, European Committee on Crime Problems, Estrasburg.
- EL PAIS (1988), El Defensor del Pueblo pide a Pujol que derribe la Cárcel Modelo, 28. Julio, Barcelona.
- FASSONE, E. (1980), La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria, Universale Paperbacks il Mulino 105, Bologna.
- FERRAJOLI, L. (1990), Dirillo e Ragione. Teoria del garantismo penale, (prefazione di Norberto Bobbio), editori Laterza, Bari-Roma 2a.ed.
- FRAILE, P. (1989), El impacto territorial de los establecimientos penitenciarios: una aproximación teórica, original mecanografiado, Barcelona.
- HILBERS, M./ LANGE, W. (1973), Abkehr von Behandlungsideologie?, en: Kriminologischer Journal I, Juventa Verlag, München, 52 y ss.
- IL MANIFESTO (1991), Suicidi per legge, 27. Luglio, Roma.
- JAEGGI, E. (1980), Verhaltenstherapie, en: R. Asanger u. G. Wenninger (Hrshs.), Handwörterbuch der Psychologie, Beltz Verlag, Weinheim und Basel, 531-535.
- KAISER, G. (1983), Strafvollzug im europäischen Vergleich, Esträge der Forschung-Band 190, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- LA VANGUARDIA (1988), La Modelo se queda sin director y con los problemas de siempre, 20. Octubre, Barcelona.
- LA VANGUARDIA (1989), UGT asegura que las deficiencias en la cárcel de La Roca impiden que funcione antes de tres meses, 26. Septiembre, Barcelona.
- MANZONI, A. (1981), Storia della Colonna infame, (introd. L.Sciacia), Sellerio, Palermo, Hay versión en castellano (trad. E. Gallego), Historia de la columna infame, Alianza, Madrid 1987.
- PAVARINI, M. (1991), ¿Menos cárcel y más medidas alternativas? (La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada), en: Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena-Asociació Catalana de Juristes Democrates, cit., Lleida 1. y 2. Marzo.

# BIEN JURÍDICO Y DERECHO DE CASTIGAR DEL ESTADO. COMENTARIOS SUGERIDOS POR UNA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

*Henry Issa El-khoury Jacob*  
*Alfredo Chirino Sánchez*  
 Profesores de Derecho Penal U.C.R.

## INTRODUCCION

El voto 525 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993, en el que la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia resuelve una consulta del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, tiene una gran trascendencia para el derecho punitivo<sup>1</sup> costarricense y para los postulados constitucionales de la República de Costa Rica, pues al señalar la necesidad de la existencia de un bien jurídico establece la racionalidad del derecho de castigar y, por ende, la racionalidad del castigo.

Con lo anterior queremos significar que un "ius punendi" ilimitado no es una forma republicana de derecho; al contrario, representa fielmente un derecho autoritario y penal autoritario, en su caso.

En este trabajo pretendemos mostrar lo necesario del voto 525 de la Sala Costitucional para la legalidad costarricense. Para hacerlo hemos considerado necesario aportar algunos elementos teóricos que, en nuestro criterio, sostienen ampliamente la resolución. Por el tipo de trabajo, partimos de las concepciones del bien jurídico de caracter sistemático (HONIG, GRUNHUT). Estas nos interesan porque plantean qué informaciones ofrece el bien jurídico tutelado para la delimitación del texto legal y se dirigen básicamente al juez y a la dogmática penal a fin de determinar qué nuevos compromisos con la legalidad deben esperarse del funcionamiento de la agencia judicial.<sup>2</sup>

Este trabajo busca, también, ponderar el aporte que dio el voto en comentario a la interpretación en materia penal, el cual elimina la posibilidad de sostener, en Costa Rica, que bien jurídico protegido por tal o cual disposición legal es lo que dice el título de una Sección o de un artículo de la ley penal y no lo que se extrae de la lectura del propio texto del artículo u artículos.

## I. RESUMEN DEL FALLO:

Ante la consulta hecha por el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda acerca de la constitucionalidad del artículo 328 del Código Penal, la Sala Cuarta señaló varios aspectos que a continuación re-

1. En torno a este problema pueden observarse dos posiciones: 1. que todo derecho punitivo sea penal; 2. que existen zonas de otros derechos con su propio sistema punitivo. Escoger la primera, significa sostener que las reglas del derecho penal deben ser aplicadas a todo aspecto represivo del Estado; la segunda posición lleva a derechos represivos independientes del penal. Esta segunda posición debe ser tomada con cuidado, pues podría acarrear derechos penales especiales con reglas independientes. Conforme a la reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional, muy especialmente del fallo 1739-92, la interpretación de la Carta Magna se orienta en el camino que conduce a sostener la primer tesis. No obstante, el tema por su hondura y trascendencia para nuestro sistema democrático debe ser analizado en un trabajo aparte que sin duda debemos acometer en un futuro cercano.
2. Sin embargo, compartimos con HASSEMER el criterio que el concepto sistemático de bien jurídico no puede escindirse o separarse de las postulaciones del concepto de caracter crítico, las cuales suelen dirigirse al legislador penal como solicitud para que limite la criminalización, por ende, son contenidos de la política criminal y atienden a su legitimidad. Lo sistemático y lo crítico del concepto están siempre vinculados, como vinculadas están, en la realidad, las consecuencias de la tutela penal y la reacción estatal al injusto. Por el momento nuestro interés está enfocado en las consecuencias del concepto para la interpretación y la aplicación de la Ley Penal, por ello, las otras facetas del problema deben dejarse para una investigación posterior. Sobre los conceptos sistemático y crítico del bien jurídico debe consultarse HASSEMER (Winfried), "El Bien Jurídico en la relación de tensión entre Constitución y Derecho Natural (Aspectos Jurídicos)", San José, Costa Rica, documento mimeografiado, Traducción al español realizada por el Dr. Walter Antillón, pp. 1-2.

sumimos:

1. Que la obligatoriedad que se impone al autor de un accidente, de permanecer en el lugar del accidente, con el fin de que pueda ser identificado, es incompatible con el planteamiento del artículo 39 de la constitución que exige la "necesaria demostración de culpabilidad".

2. Que el bien jurídico protegido por el artículo en mención está arbitrariamente asimilado al que tutelan otras figuras delictivas que forman parte de ese mismo título. Para el tribunal constitucional, esto lleva a absurdas consecuencias

3. Que el bien jurídico se extrae del texto del artículo y no de su colocación en algún título de código penal.

## II. ELEMENTOS PARA UN CONCEPTO DE BIEN JURIDICO:

### i. ¿Qué es bien jurídico?

El concepto de bien jurídico no siempre queda claro, a pesar de ser fundamental para el derecho represivo: si se parte de un sistema jurídico con fundamentación antropológica, la existencia de un objeto de protección que acompañe a toda prohibición -y máxime si es penalmente conminada- resulta no sólo fundamental, sino de elemental cumplimiento. Por ello la noción de bien jurídico en derecho penal supone un planteamiento racional sobre el castigo, no obstante esta función no lo define.

Como lo postula FERRAJOLI, el problema del bien jurídico no es otra cosa más (y nada menos) que el problema de los fines del Derecho Penal; y al plantearse sus fines encontramos que los soportes ideológicos que tradicionalmente sostenían el derecho represivo están siendo cuestionados por los efectos de una realidad que hace evidente una distancia entre las aspiraciones garantistas de la dogmática jurídica y los efectos negativos sociales e individuales que tiene el sistema de justicia penal en los grupos de población seleccionados para la criminalización<sup>3</sup>. De acuerdo con los datos, el derecho penal no sólo no ha funcionado para combatir la delincuencia, sino que su aplicación ha generado una gran violencia institucional.

¿Qué es bien jurídico?. Si aceptamos que los seres humanos somos el centro del quehacer social -en tanto el postulado principal de la república es, precisamente, el ser humano-, podría decirse que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales. La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos

límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos (en el tanto la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios). Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio sólo del derecho represivo, sino del derecho, como regulador de relaciones interpersonales y sociales.

Para entender mejor el término, es importante no perder de vista que el concepto de bien jurídico, de acuerdo con HASSEMER "...es obra del pensamiento de la ilustración. Lo fundamentó y formuló PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho Penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos."<sup>4</sup> Zaffaroni lo define así: "...bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan"<sup>5</sup>.

### ii. El contenido del término bien jurídico.

Es válida, por ello, la pregunta ¿qué es lo que se protege: el ente como una abstracción, (p. ej. la vida, la propiedad, el honor, en general) o el ente, entendido como la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto (por ejemplo, la relación de disponibilidad de un sujeto social con su vida, con su libertad)?.

En realidad una postura republicana implica aceptar la segunda posibilidad: que el bien jurídico tiene como función particular y preponderante la protección de las relaciones interindividuales y sociales, protección que incluye los intereses particulares de los sujetos con trascendencia social. En este sentido el bien jurídico tiene como contenido la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto -protegido-. Esta consecuencia es distinta si se asume la primera posibi-

3. Una serie de investigaciones realizadas en América Latina dan cuenta de la violencia del ejercicio del poder penal, violencia que no encuentra ninguna justificación en el tradicional discurso dogmático ni tampoco en las aspiraciones "aparentes" de los sistemas sociales de la región, y que riñen directamente con las aspiraciones garantistas y iushumanistas en boga. Al respecto, puede consultarse ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Sistemas Penales y Derechos Humanos, Informe Final*, EDIAR, 1989, HOUED Y OTROS, *Penas Alternativas*, EDIAR, 1992, *En Busca de las Penas Perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

4. Zaffaroni (Eugenio Raúl), *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, EDIAR, 1989, p. 289.

5. Hassemer (Winfried), *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, España, BOSCH, 1984, p.37.

lidad: que el contenido del bien jurídico es la protección de un concepto, como abstracción; en este caso obtendríamos un derecho protector de abstracciones, no de realidades. Así, con el término bien jurídico estaremos protegiendo aparentemente muchas cosas -orden público, moral pública, p. ej.-, que no se sabe a ciencia cierta qué significan: orden público puede tener diversos significados, de acuerdo con el punto de vista político o ideológico con el que se lo vea; unas de ellas podría interesar al objeto del derecho de castigar, pero otras no; igual ocurre con el término moral pública; así terminaríamos por no proteger nada de tanta abstracción protegida. Al contrario, de aceptarse un concepto de bien jurídico afincado en la realidad, pueden desaparecer conceptos abstractos, pero aparecieran protecciones concretas: cuáles conductas grupales no son convenientes para la seguridad de los habitantes de la república: en relación con el transporte, en relación con las contrucciones, en relación con ....(aspectos que pueden, si se quisiera, conformar a posteriori una noción de orden público). Nótese cómo, partiendo de la posición que hemos asumido, quien hace la ley se obliga a pensar en concreto qué protege, para qué lo protege, por qué lo protege, con lo cual se cumple uno de los elementos de la racionalidad del castigo, postulado básico de nuestra constitucionalidad.

### iii. Las potestades legislativas.

Otra pregunta fundamental es ¿quién señala qué se debe proteger?.

Obviamente, dentro de un régimen como el costarricense, el estado, entendido como los diversos grupos sociales representados en el órgano legislador que, en última instancia, hace las leyes, es quien debe tomar la decisión de qué debe tutelarse y de lo tutelado qué debe tener conminación penal. De esta manera, al hablarse de bien jurídico nos estaríamos refiriendo a los intereses de la colectividad y no a intereses particulares. De ahí que las necesidades de grupos particulares que hayan llevado a formar normas generales que impliquen prohibiciones y mandatos "erga omnes" deberían ser revisadas desde este punto de vista.

En este sentido, la tarea legislativa radica no sólo en la creación de leyes penales, sino, antes de ello y sobre todo, en la capacidad de tomar un pulso objetivo a la colectividad. El legislador debe ser claramente preparado o técnicamente asesorado para no actuar ni por modas, ni por imposiciones grupales y para saber leer las informaciones que sobre delito manejan los medios de comunicación.

En ese mismo sentido, no se puede olvidar la idea de que el bien jurídico es también un concepto

político, lo jurídico es su sosten y su límite. P. ej., la vida es un problema político fundamental y por ello se regula legislativamente su protección. De ahí que la normativización de la protección es un asunto del derecho, pero el origen de su tutela jurídica responde a una voluntad política.

Algunas experiencias dan cuenta que en la mayoría de los casos el legislador se hace eco de informaciones que no tienen fundamento en estudios de la realidad. Estas informaciones, contrastadas con investigaciones técnicas sobre el mismo tópico, no comparten los mismos resultados.

De lo dicho, además de lo anterior, es posible deducir una distinción entre derecho, como tutela de bienes fundamentales y derecho como mero reglamentismo; este aspecto lo tocaremos en otro momento, no en este comentario.

### iv. Sobre el derecho de castigar.

El derecho penal tutela bienes jurídicos; esta intervención estatal no crea un derecho subjetivo de castigar por parte del estado. Así, el llamado *ius punendi* es más bien un límite estatal que, en Costa Rica, lo impone el artículo 28 párrafo segundo de la constitución.

De acuerdo con Zaffaroni, el postulado que recoge el párrafo segundo del 28 constitucional tiene las siguientes consecuencias:

a. El Estado no puede imponer una moral; b. El Estado reconoce una zona de libertad; c. Las penas no pueden caer sobre el ejercicio de la autonomía moral que garantiza la Constitución, sino sobre aquellas conductas que sí afectan el ejercicio de esa autonomía ética; d. No puede haber delito que no afecte un bien jurídico, es decir que no afecte alguno de los elementos de los que necesita disponer otro ser humano para realizar lo que quiere (vida, honor, patrimonio, salud, etc.).

## II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL BIEN JURÍDICO EN COSTA RICA.

El principio de legalidad (artículo 39 de la Carta Magna), que establece los requisitos mínimos de validez y legitimidad para imponer una sanción, no importa el ámbito de que se trate, tiene para la jurisdicción penal una serie de consecuencias que concurren a limitar el ejercicio del poder persecutorio del Estado y a brindar legitimidad a la pena. Entre las consecuencias directas que existen para lo penal está la necesidad de que cada descripción penal tenga un bien jurídico protegido.

Por su parte, el artículo 28 constitucional en relación con el artículo 39 citado, subraya el requisito indispensable de la tutela de Bienes Jurídicos o principio de ofensividad (FERRAJOLI), principio que aparece también como una garantía doble para el ciudadano, ya que es una limitante al Poder Legislativo para construir nuevos tipos penales (y de allí regular nuevas esferas de libertad del ciudadano) y también un límite para el operador judicial, quien en virtud del principio de reserva y de ofensividad no puede aplicar aquellos tipos penales que no tutelén un bien jurídico específico.

Así, tenemos que el *ius puniendi* del Estado costarricense está limitado no sólo por los elementos del tipo penal, sino que también es necesario costatar que la conducta lesione, significativamente, el bien jurídico que necesariamente debe contener todo tipo penal, ya que una descripción penal sin bien jurídico (y este es un axioma constitucional, a partir de la resolución en comentario) no puede ser aplicada para justificar una sanción.

Siguiendo el fallo en comentario, podemos concluir que para la Constitución, los bienes jurídicos no son valores ético-sociales en abstracto, sino relaciones de disponibilidad que poseemos los habitantes de la República con nuestros ámbitos de libertad, que han sido valorados positivamente por el legislador y que encuentran protección penal en la medida en que este legislador haya considerado que son fundamentales para sostener la convivencia. Esta postura sobre el Bien Jurídico, plenamente congruente con el carácter republicano de nuestra democracia (y de ahí congruente con el marco constitucional garantista) hace que el jurista deba trascender el mero formalismo del análisis de la norma jurídica para buscar el estudio de los objetos de protección con el ánimo de dar validez a principios de interpretación de la Ley Penal que sean de utilidad para un determinado ordenamiento jurídico.

El Bien Jurídico, así entendido, se convierte, entonces, en una importante herramienta metodológica, que permite acercar el Derecho Penal a la realización de la seguridad jurídica a la hora de la interpretación de la norma, pues es a través del Bien Jurídico que se puede comprender cuál es el ámbito de protección de la norma y hasta dónde debe llegarse en su tutela. Por ello es que para indagar sobre el bien jurídico sea necesario atender a todos los elementos del tipo penal y no a su ubicación dentro del algún título o aparte de la ley.

Y lleva razón la Sala, pues el Bien Jurídico es el postulado que predica hasta dónde quizo llegar el legislador en la protección penal al decimos cuáles son los límites de la norma penal (de lo prohibido). En otras palabras, el analizar el Bien Jurídico como objeto

de protección nos informará qué se quizo proteger, ni más ni menos, de donde se desprende la importante misión delimitadora del bien jurídico en al aplicación de la Ley Penal.

Esta misión delimitadora del Bien Jurídico encuentra una relación de sentido con lo que denominamos Estado de Derecho Republicano, el cual se fundamenta en el carácter fragmentario del derecho penal, es decir, en una reacción penal que se interesa por proteger aquellas relaciones de disponibilidad más importantes para la vida social, que, por su extraordinaria relevancia para el sostenimiento de la vida social, merecen la utilización de la herramienta más poderosa en manos del legislador para reaccionar frente a las conductas que infringen significativamente esas relaciones.

Así entendido el Estado de Derecho, tenemos que el Bien Jurídico es más bien una representación legislativa de ámbitos de libertad y un reconocimiento factual del compromiso del derecho con el ser humano. El Estado, en esta tesitura constitucional, solo puede ayudar a realizar al hombre respetándole esa libertad, limitando la ingerencia de las agencias del control penal solo a aquellos sectores de la vida social que requieran de una tutela enorme a fin de no poner en peligro la continuidad del proyecto global de aquella organización (proyecto que tampoco puede ser contradictorio con la fundamentación antropológica que debe tener la reacción penal). Así, el derecho penal, debe tender "...con base en una reclamación de la jerarquía de los bienes jurídicos que merecen tutela, a una reducción de los intereses protegidos y de las prohibiciones legales."<sup>6</sup>

Al realizarse el bien jurídico, como una herramienta constitucional de garantías, en el proceso de aplicar e interpretar una ley, se produce -en esencia y teóricamente- una reducción del ámbito de cobertura de la represión que realiza el sistema de justicia penal: la acción del sistema quedará circunscrita a aquellas afectaciones de los bienes jurídicos que estén tuteladas penalmente. Esto es muy importante dentro del contexto general de la exposición que se hace en este trabajo, ya que conocer e identificar las relaciones de disponibilidad que están en juego en un determinado problema o conflicto social que es sometido a los órganos del Estado significa, para esos órganos, la identificación inmediata de la legitimación de su trabajo. No puede producirse una reacción penal si no se ha pro-

6. SANCHEZ ROMERO (Cecilia) y HOUED VEGA (Mario), *La Abolición del Sistema Penal. Perspectiva de solución a la violencia institucionalizada*, San José, Costa Rica, EDITEC Editores S.A., Primera Edición, 1992, p. 56.

ducido una afectación relevante a un ente o relación de convivencia que haya sido valorado legislativamente.

En materia penal, al igual que en otros sectores del Ordenamiento Jurídico, existen ámbitos libres de regulación jurídica (HIRSH), se trata de entes o relaciones de convivencia que quedan dentro del margen de la "libertad civil" de los ciudadanos y que no requieren tutela del sistema penal porque así lo ha querido el legislador, por esa razón -y precisamente para darle racionalidad al Sistema- no puede extenderse la cobertura del tipo penal a esos sectores de la vida de convivencia. Así expuestos, los ámbitos libres de regulación jurídica no reducen sustancialmente el derecho penal, sino que limitan -materialmente- el ámbito de acción de las agencias del control penal, y, por ello, producen una reducción evidente de la represión que realizan estas agencias. El bien jurídico, así entendido, contribuye, entonces, a crear esa esfera de garantías del ciudadano, de manera que le sean visibles, que pueda sentir en la medida que están de su parte cuando interactúa con otros ciudadanos.

Por lo expuesto es que no se puede hablar de "legitimidad para el control penal" si no existe un objeto de protección lesionado, es decir, una parcela de las relaciones de convivencia y de los intereses que estas generan que haya sido valorada legislativamente y que resulte relevantemente violada por una conducta humana. Esto nos conduce a que no se puede hablar de derecho penal represivo porque sí sino en tanto y en cuanto se sostenga desde el punto de vista de la reacción frente a una afectación sustancial del bien jurídico. Tal es la consecuencia a la que nos lleva la integración de los fines constitucionales de realización del ser humano con los evidentes límites a los que se enfrenta el sistema de justicia penal, al menos desde la perspectiva de su discurso legitimador oficial.<sup>7</sup>

Esta posición sobre el Bien Jurídico, la cual es eminentemente constitucional, es una forma de brindar contenido garantista y liberal a la aplicación de la Ley Penal, ya que el delito no se definirá simplemente como un desviación al mandato jurídico sino por la oposición, lesión o peligro de valores ético sociales, siendo así una clara limitación al poder punitivo ya que sólo se castigarán aquellas conductas que incumplan el mandato jurídico y lesionen el valor ético social y que se constituye en lo que hemos llamado bien jurídico.

Resulta consecuencia lógica de esta tesis que el acto legislativo de descripción de una conducta penalmente conminada es, al mismo tiempo, un acto de tutela del "ente" o la "relación" fundamental a que esa norma alude. En este sentido, es necesario aclarar que

el legislador no hace una mención "pre-típica" del objeto de protección, antes bien, lo que realiza es una valoración positiva de una relación de disponibilidad importante para la vida de convivencia, que cuando es fundamental tiene protección penal<sup>8</sup>. El bien jurídico sólo es posible conocerlo dentro del tipo penal, ya que la conducta que supone el tipo penal se entiende que lo cumple íntegramente sí y solo sí ha lesionado el bien jurídico penalmente tutelado, no existe otra manera racional de conocer el objeto de protección más que por la misma descripción penal. Así las cosas, el bien jurídico establece para el juez un trascendental esfuerzo exegético ya que el injusto (conducta contraria al Derecho) sería jurídico-penalmente analizada sólo cuando, además de contrariar lo dispuesto por la norma, lesione significativamente o ponga en real peligro un bien jurídico penalmente tutelado. Esto hace que el bien jurídico, como concepto perteneciente a la Ley, tenga implicaciones trascendentales para el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta<sup>9</sup>.

Queda para un trabajo posterior examinar las consecuencias para la teoría del delito que tiene esta importante resolución de la Sala Constitucional, baste por el momento subrayar que este voto que hoy analizamos contiene un paso de incalculable importancia hacia la contextualización garantista de los principios derivados del artículo 39 constitucional. Lo que podemos hacer a partir de este fallo estará marcado por la impronta que esa ideología garantista produzca en el trabajo cotidiano de interpretación de la ley penal, impronta que puede asegurar un futuro con menos violencia en el funcionamiento de la agencia judicial.

7. Aceptamos, sin embargo, que para el funcionamiento cotidiano del sistema de justicia penal estos valores que hemos llamado "intrasistemáticos" son altamente criticados y soslayados, precisamente porque ponen en franca evidencia que el sistema de justicia penal "...no es apto para proporcionar defensas eficaces a los derechos humanos..." o para realizar una determinada forma de hombre en la sociedad. La idea de bien jurídico, junto con las definiciones dogmáticas de la función de la pena, son quizá los conceptos del discurso legitimador del derecho penal que le producen mayores problemas a las agencias del control penal para ocultar esas funciones que causan tanto deterioro a nuestras sociedades.

8. La definición de cuáles bienes deben ser penalmente tutelados es el resultado de una definición de política criminal, y su función conceptual constituye algo negativo, esto es, una limitación del derecho penal, porque impide al legislador penal legislar si no es para asegurar la tutela de un bien jurídico, "...asegura el "status negativus" de la libertad privada de acción antes de cualquier intervención estatal." HASSEMER, "Bien Jurídico ...", p. 4.

9. *Ibid.*, p. 5.



## Bibliografía

- BAJO FERNANDEZ (Miguel), " Una respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del Bien Jurídico", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, Colombia, Número 3, II Semestre de 1980.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA (Juan), *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá, Colombia, Temis, reimpre-  
sión de la Segunda Edición, 1989, Volumen Pri-  
mero, 1989.
- HASSEMER, (Winfried), *Fundamentos de Derecho Penal*,  
Barcelona, España, Bosh, traducción y notas de  
Francisco Muñoz Conde y Luis Araya Zapatero.
- HASSEMER, (Winfried), "El Bien Jurídico en la relación  
de tensión entre Constitución y Derecho Natural  
(Aspectos Jurídicos)", San José, Costa Rica, docu-  
mento mimeografiado, Traducción al español  
realizada por el Dr. Walter Antillón.
- HOUED VEGA (Mario) y SÁNCHEZ ROMERO (Ce-  
cilia), *La Abolición del Sistema Penal. Perspectivas  
de solución a la violencia institucionalizada*, San  
José, Costa Rica. EDITEC Editores S.A., Primera  
Edición, 1992.
- MAURACH (Reinhart), *Tratado de Derecho Penal*, To-  
mo II, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.
- OLESSA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal en  
el Código Español vigente*, Ariel, 1971.
- ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Sistemas Penales y Dere-  
chos Humanos, Informe Final*, EDIAR, 1989.
- ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Manual de Derecho Penal*,  
Parte General, Buenos Aires, EDIAR, 1989.
- ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *En busca de las Penas  
Perdidas*, Buenos Aires, EDIAR, 1991.
- Jurisprudencia Consultada:**
- Sala Tercera, Voto 188-F de las catorce horas cuarenta  
y cinco minutos del nueve de octubre de mil  
novecientos ochenta y cuatro.
- Sala Cosntitucional, Voto 1739-92 de las once horas y  
cuarenta y cinco minutos del primero de julio de  
mil novecientos noventa y dos.

# ASPECTOS HISTORICOS Y ECONOMICOS SOBRE EL TRAFICO DE DROGAS FRENTE A LAS RELACIONES DE COOPERACION INTERNACIONAL QUE RIGEN LA MATERIA

*Lic. Cristina Rojas Rodríguez*  
Asesora Técnica del Proyecto de Fortalecimiento  
de la Administración de Justicia, Bolivia

"Cuanto mayor sea la deuda de los países en desarrollo y más severas las medidas económicas y políticas de la banca y del Fondo Monetario Internacional, mayor y más rápida será la reorientación de la capacidad agrícola y de los recursos financieros hacia la producción y exportación de drogas hacia los países acreedores en que existe demanda..."

(John Auld, Nicholas Dorn & Dorn Nigel South, "Heroin Now: Bringing it all Back Home" *Youth & Policy*, Pt4, 1984).

## INTRODUCCION

La historia de la humanidad es también la historia del uso de drogas. Desde tiempos inmemoriales, el hombre ha utilizado todo tipo de hierbas, raíces, cortezas, hojas y plantas para usos rituales y ceremoniales, de carácter eminentemente mágico y religioso; así como para curar y aliviar los males y enfermedades que lo han aquejado.

Sin embargo, algunas de estas plantas o sus derivados, pueden alterar la conciencia y producir inicialmente efectos placenteros en el hombre, como son las sensaciones de euforia, bienestar, alegría, serenidad y energía; que, con su uso y abuso constante, conllevan problemas de dependencia y secuelas de denegeración física y psíquica.

De una forma u otra, todas las sociedades "han intentado regular, prohibir o establecer barreras morales alrededor del consumo, distribución y tenencia de

esas sustancias alteradoras de la conciencia, porque siempre han existido y el ser humano, por múltiples razones ha recurrido a ellas"<sup>1</sup>. Como bien lo afirma la Prof. Venezolana Rosa del Olmo, "lo que ha variado son los fines de su consumo, así como la forma de percibir las y entregarlas en momentos históricos determinados"<sup>2</sup>.

La problemática del tráfico ilícito de drogas, ha tenido un carácter transnacional desde el inicio de su historia, y su desarrollo ha estado, y está, condicionado por "una serie de factores, fuerzas y procesos de tipo económico, social, cultural-ideológicos, políticos y jurídicos, tanto nacionales como internacionales y por

1. DEL OLMO, Rosa (1989) El nuevo orden económico de la droga y su impacto en América Latina. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, N°20, Volúmen XII. Cali, Colombia, pag. 12.

2. DEL OLMO, Rosa, op. cit. 12.

sus entrelazamientos e interacciones"<sup>3</sup>.

Tal como lo planteó el Dr. Edgar Saavedra Rojas en el desarrollo de su ponencia: "Fármacos y Estupefacientes: Política y Moral", ante el Primer Seminario Hispano Colombiano de Derecho Penal "el análisis de esta cuestión no puede plantearse intemporalmente y de manera universal, porque en cada momento histórico y en cada porción geográfica del universo la problemática ha sido diversa, como variados han sido los factores influyentes que han determinado y determinan la toma de posiciones en contra o en pro de las políticas que el Estado ha adoptado para el manejo de las distintas situaciones"<sup>4</sup>.

## ASPECTOS HISTORICOS Y ECONOMICOS SOBRE EL TRAFICO DE DROGAS

### Las Guerras del Opio

A finales del Siglo XVIII, Gran Bretaña produjo la Revolución Industrial antes que cualquier otro país en el mundo. Como resultado de este hecho, comenzó a exportar sus telas de algodón fabricadas a máquina a la India, con grave perjuicio para la industria manual del algodón del país asiático contra la cual competía. Por otra parte, el mayor producto importado a Inglaterra de los países asiáticos era el té de la China.

Dado que Gran Bretaña no tenía ningún producto para exportar a la China, la balanza comercial de Inglaterra fue siempre poco favorable.

A diferencia de la India, China no quería comprar algodón hecho a máquina de Gran Bretaña y así, Inglaterra se avocó a la búsqueda de algunos productos rentables que exportar a la China, decidiéndose por el opio.

En el año 1773, la compañía británica "India Oriental" consiguió el monopolio de la distribución del opio en la India e instó a los pobladores que tenía bajo su control para que cultivaran la amapola del opio. De esta manera, Gran Bretaña impuso la siguiente relación comercial triangular:

- a) Gran Bretaña exporta telas de algodón a la India,
- b) India exporta opio a la China
- c) China exporta té a Gran Bretaña.

Esa estructura comercial fue desarrollada y conservada a través del Siglo XIX, durante más de ciento cuarenta años hasta la prohibición del comercio del opio a principios del Siglo XX.

Ante el grave problema social ocasionado por la

adicción al opio, en 1839 las autoridades de la China Imperial deciden terminar con la importación del opio hindú.

El Gobernador de Cantón se apodera de más de 20.000 cajas de opio, las hace arrojar al mar y rompe relaciones comerciales con los ingleses en el mes de marzo de 1839.

La Gran Bretaña, que buscaba la forma de imponer la legalización del consumo y el comercio del opio en China, respondió militarmente a este acto, y el enfrentamiento desembocó en la Primera Guerra del Opio (1839-1842).

Con la victoria inglesa, se obliga al Gobierno Chino a firmar el 29 de Agosto de 1842 el "Tratado de Nanking" cuyos resultados más importantes son:

- 1.- la apertura de importantes puertos chinos al comercio extranjero,
- 2.- la transferencia de Hong Kong a Gran Bretaña y
- 3.- la imposición de una indemnización por el opio confiscado.

En 1856, estalla la Segunda Guerra del Opio en la cual Inglaterra y Francia se imponen militarmente sobre China y la obligan a suscribir los "Tratados de Tienstin", en 1858.

Además de Inglaterra y Francia; Rusia y los Estados Unidos son parte de estos tratados también. A través de ellos, China es obligada a:

- 1.- la apertura de otros once puertos,
- 2.- permitir legaciones extranjeras en Pekín y actividades misioneras cristianas y
- 3.- legalizar la importación, comercialización y consumo del opio.

En 1859, la guerra se reanuda y concluye con las "Convenciones de Pekín" en 1860, mediante las que se impone a la China concesiones adicionales. Es precisamente en este año en que la coca es cristalizada por primera vez en Alemania.

Algunos Factores Económico-sociales relacionados con el tráfico de drogas.

En estudios arqueológicos realizados en la ciudad de Tiahuanaco, Bolivia, se ha comprobado la pre-

3. KAPLAN, Marcos (1989) Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico. Cuadernos INACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., pag. 9.

4. SAAVEDRA ROJAS, Edgar (1989). Fármacos y Estupefacientes: Política y Moral. Publicado en: "Drogas, Problemática Actual en España y América". Edit. Temis, Bogotá, Colombia; pag. 62.

sencia de la hoja de coca en ese imperio que floreció cuatro siglos antes de Jesucristo.

En Colombia, los "Anhuacos" que habitaban antes de los Chibchas, fueron quienes descubrieron la coca; en tanto que en el Perú su uso fue introducido por los Quechuas y, con los Incas, llegó a Chile y Argentina. Bien se puede afirmar que: "el cultivo de la coca no fue desconocido para casi ningún país de América, pues los investigadores señalan que su producción llegaba hasta Nicaragua y las islas del Caribe"<sup>5</sup>.

Aún cuando se han encontrado plantas de coca en las Filipinas e Indonesia, se estima que ésta, no ha sido utilizada con fines mágicos y religiosos y tampoco se ha cultivado comercialmente en la región asiática y del Lejano Oriente.

En el siglo XVI, durante la conquista, los españoles transformaron el uso ritual de la hoja de coca dentro de la cultura andina. A pesar de la presión de los misioneros cristianos que asociaban las hojas de coca con el diablo y que en 1551 el Concilio Eclesiástico de Lima prohibió su uso; en 1567 por orden de Felipe II la hoja de coca se convirtió en el principal recurso económico de España para consolidar y ampliar su dominación.

Por razones eminentemente económicas, se autorizó en esa época el uso y difusión de la hoja de coca, llegando a convertirse en la segunda fuente de ingresos de la Corona.

Fue así como, después de introducirle un valor comercial de cambio; asociaron su producción a la explotación de la fuerza de trabajo en las minas, como una estrategia de control social para la acumulación de capital de la época<sup>6</sup>.

Debemos de recordar en este punto, el importante papel que jugó la hoja de coca en la explotación de la plata del Cerro Rico de Potosí, Bolivia, en donde se utilizó como salario de la población indígena que trabajaba en condiciones infrahumanas en las minas.

A mediados del Siglo XIX, en el año 1860, Albert Nieman aísla en Austria el alcaloide de la cocaína, de la hoja de coca traída del Perú, y comienza a ser probado, especialmente en Alemania en maniobras de índole militar. Médicos y científicos europeos llevan a cabo toda clase de experimentos para determinar las posibles cualidades de la coca.

*"Se convierte en la droga maravillosa, sin estigma moral ni regulación, porque se la consideraba como la cura a la dependencia de la morfina, la heroína y el alcohol, así como panacea de enfermedades desconocidas"*<sup>7</sup>.

Las compañías farmacéuticas experimentaron

una fuerte demanda de cocaína, la que gozaba de una enorme popularidad entre los intelectuales europeos y estadounidenses y donde era consumida socialmente, mezclando el "extracto de hojas de coca" con vino, por médicos, escritores, artistas, reyes y príncipes, gobernantes y eclesiásticos; como el Presidente de los Estados Unidos Mc. Kinley, Tomás Alva Edison y el Papa León XIII.

Datos oficiales de la época señalan que sólo en el año de 1905 fueron importadas en puertos alemanes, cinco toneladas de hojas de coca. "La casa Merck de Alemania elaboraba tabletas, elixires, jarabes, etc., así como una competidora norteamericana, la Parke & Davis, que incluso lanzó al mercado cigarrillos de hoja de coca y en 1885 publica una monografía para médicos sobre sus virtudes"<sup>8</sup>.

Concomitantemente, los trabajadores chinos trasladados a los Estados Unidos para la construcción del ferrocarril transcontinental, traen consigo el hábito de fumar opio a la costa occidental de ese país<sup>9</sup>.

El hecho anteriormente descrito, tiene tres consecuencias fundamentales a saber:

1.- Durante el Siglo XIX el opio comienza a ser cultivado e importado en los Estados Unidos,

2.- A fines del Siglo XIX, grandes laboratorios europeos, especialmente alemanes, introducen en el mercado la morfina, la heroína y la cocaína; las han publicitado y difundido, provocando una demanda hasta entonces desconocida. Opio, cocaína, morfina y otros opiáceos son usados libremente en medicamentos y prescripciones médicas y en el tratamiento de soldados heridos, contribuyendo a la creación de adicciones, entre estos grupos antes señalados y el conformado por actores de teatro, pintores, músicos, intelectuales y poetas.

3.- En correspondencia con la expansión del consumo antes dicha, en la década de 1880, aparecen formas marginales de producción comercial de coca en Colombia, Perú y Bolivia en el marco de un tráfico dominado por empresas inglesas y holandesas.

5. BEDREGAL GUTIERREZ, Guillermo y VISCARRA PANDO, Ruddy (1989) *La Lucha Boliviana Contra la Agresión del Narcotráfico*. Edit. Los Amigos del Libro, La Paz, Bolivia; pag. 18.

6. DEL OLMO, Rosa, op. cit. pag. 21

7. DEL OLMO, Rosa, op. cit., pag. 21

8. Rosa del Olmo, pag. 21

9. KAPLAN, Marcos; op. cit., pag. 16

A principios del Siglo XX, los Estados Unidos, tomó la iniciativa de organizar una reunión internacional con países que tenían intereses principalmente de orden económico en el Lejano Oriente; en Shangai, China, sobre el comercio del opio.

Los Estados Unidos, por la naturaleza del comercio de las drogas, querían lograr el control de los embarques internacionales del opio en bruto hacia los países que lo procesaban y de este modo controlar el mercado<sup>10</sup>.

Se instauró un grupo de trabajo que fue mejor conocido como la Comisión del Opio. Las primeras reuniones se realizaron en Shangai, China en 1909.

El trabajo de esta Comisión, culminó en 1912 con la firma del primer tratado de fiscalización de drogas: el "Tratado Internacional del Opio", en La Haya, Países Bajos.

Este Tratado que se encuentra suscrito por trece países, entre los que se encuentran los Estados Unidos, Gran Bretaña, China, Alemania y Japón; entró en vigor el 11 de febrero de 1915 y constituye el primer instrumento obligatorio de derecho internacional aplicable al envío de estupefacientes. Su objeto principal era controlar el transporte de drogas consideradas necesarias para usos médicos. En este instrumento internacional, se somete la cocaína por vez primera, al control y fiscalización.

Los países participantes, protegieron a través de este Tratado sus intereses económicos, a saber:

Portugal, defendía su industria del opio en Macao; Holanda obtenía cuantiosas ganancias del tráfico del opio en la Indias Orientales y Alemania quería proteger su gigantesca industria química, lo mismo que los Estados Unidos que defendían los intereses de su creciente industria farmacéutica<sup>11</sup>.

El uso del opio en Inglaterra llegó a su máximo punto durante la Primera Guerra Mundial. En este período, miles y miles de soldados de los ejércitos aliados, reciben tratamientos a base de morfina.

Explica el investigador Marcos Kaplan como "a raíz de la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial, el gobierno norteamericano, por motivos más políticos y económicos que morales e higiénicos, hace introducir en los Tratados de Versalles de 1919 una cláusula por la cual los laboratorios alemanes deben renunciar a la libre venta al público de drogas psicotrópicas<sup>12</sup>.

A partir de la década de 1920, la ilegalidad de las drogas psicotrópicas genera en los países asiáticos y americanos productores de la materia prima para la heroína, la morfina y la cocaína, un creciente tráfico clandestino.

Abandonado por los países industrializados el

mercado de las drogas; los consumidores en número cada vez más grande, con necesidades de demanda, pero privados de oferta; comienzan a ser suplidos por los países y grupos suministradores de la materia prima: es decir, por los países pobres de Asia; Sicilia y Marsella; inmigrantes italianos en los Estados Unidos; las mafias siciliana y norteamericana; la "french connection" y más tarde por los países sudamericanos proveedores de la coca.

Durante el transcurso de la primera Asamblea de la Liga de las Naciones, en 1925, se suscribe la Segunda Convención Internacional del Opio, mediante la que se instituyó la "Comisión Central Permanente Sobre el Opio"; formada por expertos independientes. La función principal de esta Comisión era supervisar el sistema estadístico de fiscalización introducido por la Convención mediante el establecimiento de un sistema de certificados de importación y permisos de exportación para el comercio internacional lícito de estupefacientes.

En 1930 se produce un descenso en el consumo de cocaína ante el aumento del uso de anfetaminas sintéticas como estimulantes más baratos y disponibles que la cocaína.

Las Convenciones de 1931 y 1936 tuvieron por objeto, la primera, limitar la fabricación mundial y regular la distribución de estupefacientes a las cantidades necesarias para fines médicos y científicos a través de la introducción de un sistema obligatorio de previsiones. Esta Convención estableció, asimismo, un Organismo de Fiscalización de Estupefacientes para vigilar el funcionamiento del sistema. La segunda; introduce por primera vez la petición de imponer severas penas para los traficantes de drogas ilícitas.

Aspectos de la economía interna de los Estados Unidos que influyeron en la formalización de leyes reguladoras del tráfico de drogas:

Surgen, dentro de los Estados Unidos, conflictos de carácter económico y social que fueron transformados en conflictos raciales; y éstos, a su vez, se expresaron en conflictos sobre el consumo de determinadas drogas, para que se propugnara su regulación.

Es así como encontramos que la motivación ideológica para sancionar la primera ley federal contra la marihuana, la MARIHUANA TAX ACT de 1937, fue su asociación con los inmigrantes mexicanos; que se

10. MUSTO, David (1973). *The American Disease: Origins of Narcotic Control*. Yale University Press, New Haven, USA; citado por Rosa del Olmo, op. cit. pag. 14.

11. DEL OLMO, Rosa, op. cit. pag. 14.

12. KAPLAN, Marcos, op. cit.; pag. 17.

habían convertido en amenazante mano de obra que podía desplazar a los trabajadores blancos en la época de la depresión, cuando empezaron a avanzar hacia las grandes ciudades industriales del país desde sus originarias posiciones de trabajadores de frontera<sup>13</sup>.

Hechos similares ocurrieron antes tanto con la migración china en California, a la cual se la vinculó con fumar opio cuando ya estaba construido el ferrocarril y no era una mano de obra necesaria; como con el caso de los recolectores de algodón negros en el Sur, a quienes se les vinculó con la cocaína, la criminalidad y la violación de mujeres blancas, cuando en realidad lo que se temía era su creciente emancipación<sup>14</sup>.

Curiosamente, el miedo al negro sometido a los efectos de la cocaína, como lo expresa el psiquiatra norteamericano David F. Musto, citado por Rosa del Olmo en su artículo sobre "El nuevo orden económico de la droga"; coincidió con el momento culminante de los linchamientos, la segregación racial legalizada y las leyes sobre votaciones pensadas para quitar al negro poder político e influencia social<sup>15</sup>.

*"Es interesante destacar que los tres grupos señalados, en sus respectivos momentos y ubicación, estaban dispuestos a trabajar por menores salarios que los blancos. Asociarlos con el consumo de drogas, en torno al cual se había creado una imagen amenazante, sobre todo en términos morales, facilitó no solo su prohibición, sino fundamentalmente la exclusión de los consumidores del ámbito económico" (16).*

De ahí que no es aventurado afirmar que el problema de las drogas es más bien un campo de batalla de conflictos económico-sociales e ideológicos que parece funcionar para proteger monopolios nacionales y/o internacionales<sup>17</sup>.

Es importante anotar en este punto que, como consecuencia del volumen económico que se mueve alrededor del tráfico ilícito de drogas, éste puede llegar a modificar las estructuras normales de una economía de mercado, ya creando inflación o bien devaluación; y, es obvio, por idénticas razones, que, quienes están vinculados a sus procesos de producción y distribución, adquieren una inmensa capacidad de corrupción<sup>18</sup>.

Por otra parte, después del tráfico de armas, estamos hablando del negocio económico más lucrativo y cuantioso que pueda concebirse en este siglo. Constituye la única empresa transnacional de gran pujanza y envergadura de los países subdesarrollados. Tan grandes son los rendimientos económicos y políticos del comercio internacional de drogas en el mundo capitalista, que sus beneficiarios, no sólo no están inte-

resados en que tan descomunal mercado clandestino no desaparezca, sino que tienen interés en que la demanda aumente, y se mantenga clandestina e ilegal.

### Evolución en el tiempo de la postguerra

Durante la SEGUNDA GUERRA MUNDIAL, en los años 40's, recrudece el abuso de drogas estimulantes. La distribución de anfetaminas sintéticas a las tropas aliadas se torna común. Al mismo tiempo, las autoridades militares del Japón distribuyeron estimulantes tales como las anfetaminas y las metanfetaminas entre los miembros de su ejército, especialmente entre los pilotos de avión involucrados en batallas nocturnas; contribuyendo con ello a la creación de adicciones.

A mediados del Siglo XX, se crea la Organización de las Naciones Unidas. Uno de los primeros actos del recién creado órgano mundial, es la suscripción del Protocolo de 1946 mediante el cual se transfirió legalmente a las Naciones Unidas las funciones de fiscalización de estupefacientes anteriormente ejercidas por la Sociedad o Liga de las Naciones; asumiendo así la Organización la responsabilidad de los esfuerzos internacionales de fiscalización de drogas iniciadas por la Liga de las Naciones.

Las funciones del Comité Consultivo de la Sociedad fueron transferidas a la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas establecida en 1946 como una Comisión Orgánica del Consejo Económico y Social.

Después de la Segunda Guerra Mundial y Guerra Civil Española el uso indebido de la cocaína se expandió rápidamente. Se sintetizaron concomitantemente, muchos otros compuestos cuyos efectos producían dependencia. Fue así como en el Protocolo de 1948 se sometió a la fiscalización internacional toda una nueva esfera de sustancias creadas por el hombre, que se encontraban fuera del ámbito de la Convención de 1931.

13. MUSTO, David F. (1973) *The American Disease: Origins of Narcotic Control*. Yale University Press, New Haven, USA, citado por Rosa Del Olmo, op. cit.; pag. 15.

14. MUSTO, David F. citado por Rosa Del Olmo, op. cit. pag. 15.

15. MUSTO, David F. citado por Rosa del Olmo, op. cit. pag. 15.

16. CLOYD, Jerald W. (1982) *Drogas y Control de Información*. Edit. Tres Tiempos, Buenos Aires, Argentina, citado por Rosa del Olmo, op. cit. pag. 15.

17. REINARMAN, Craig (1979) *Moral Entrepreneurs and Political Economy: Historical and Ethnographic Notes on the Construction of the Cocaine Menace*, *Contemporary Crises* 3; citado por Rosa Del Olmo, op. cit. pag. 15-16.

18. SAAVEDRA ROJAS, Edgar, op. cit.; pag. 63.

Para el año de 1953, la comunidad internacional, respondiendo a la necesidad de una mayor regulación de la adormidera, suscribe el "Protocolo sobre el Opio" mediante el que se trata de limitar el uso y el comercio del opio a las necesidades médicas y científicas y se controla la cantidad de opio que pueden almacenar los Estados.

Es importante anotar que es precisamente mediante el Protocolo de 1953 que se dota a la Comisión Central Permanente, actualmente conocida como "Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes", JIFE, de facultades de supervisión y represión específicas, como es la de imponer en algunos casos, embargo a la importación o exportación de opio.

Durante la década de los años 60, cuando Malasia, Singapur y Tailandia, se convirtieron en los centros de descanso para las fuerzas armadas de los Estados Unidos en Vietnam, resurgió el vicio de la cannabis en amplia escala, seguido unos años después por el abuso de la heroína.

Después de la Guerra de Vietnam, los sindicatos de las drogas, trataron de encontrar otras salidas para éstas en el sudeste de Asia, los Estados Unidos y Europa.

En el año de 1961, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba uno de los tres tratados internacionales más importantes que en la actualidad regulan las actividades conexas con el tráfico de drogas: la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, que fue posteriormente enmendada mediante el Protocolo de 1972.

Los tres objetivos principales de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes son:

a) la codificación en un sólo instrumento de todas las normas de la mayoría de los anteriores tratados multilaterales existentes en la materia;

b) la simplificación y modernización de los mecanismos de fiscalización. La Comisión Central Permanente y el Organismo de Fiscalización se transforman en un solo órgano unificado: la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes JIFE, y

c) la extensión de los sistemas de fiscalización existentes al cultivo de plantas que constituyen la materia prima de los estupefacientes naturales.

### **Evolución del cultivo de Marihuana y la Hoja de Coca en los países latinoamericanos a partir de la década de los 60's y sus relaciones con la narcoguerrilla emergente.**

Aún cuando en los países sudamericanos, los primeros cultivos artesanales de marihuana debida-

mente comprobados aparecen en 1925, es precisamente en los años 60 en que se comienza a incrementar su producción. Se producen entonces, las primeras extensiones considerables de tierra cultivadas de marihuana con todas las técnicas modernas de producción que ofrece la agricultura.

El mercado narcoconsumidor se amplía entonces, rápidamente, en los Estados Unidos, especialmente, a través del regreso de los veteranos de la Guerra de Vietnam. El consumo de marihuana, afetaminas y ácido lisérgico se torna común no sólo entre los veteranos de guerra, sino también entre los movimientos juveniles, pacifistas y de protesta contra el sistema político, la sociedad de consumo y la guerra<sup>19</sup>. Ante esta nueva y creciente demanda de los consumidores de los países industrializados, especialmente, como se dijo supra, de los Estados Unidos, aumenta la oferta.

En el año 1962, surgen en nuestro continente americano, las primeras vinculaciones entre los grupos narcotraficantes y la guerrilla.

Se formula la "ESTRATEGIA SOVIETICA" en materia de estupefacientes. Se le confía a Cuba un papel de primer orden en el manejo de la droga. Funcionarios de la Embajada Cubana en Colombia, participan en la elaboración de rutas para el transporte de droga y armas, utilizando la Isla, como punto de abastecimiento de víveres y combustible.

Dos objetivos principales pretende la ESTRATEGIA SOVIETICA, a saber:

a) el narcotráfico producirá divisas extranjeras que servirán para financiar operaciones clandestinas y

b) Se atacará la salud y la moral del pueblo Norteamericano.

Cinco factores condicionantes se producen en el continente, que hacen que Colombia comience a emerger como la principal fuente traficante y beneficiaria del comercio de la droga en América Latina:

1.- El contrabando y la violencia desencadenada en Colombia por el mercado ilegal de esmeraldas (Boyacá) que hunde su tradición en la violencia partidista de los años 50-, que aunada a la agresividad empresarial de los colombianos; proporciona la experiencia, la estructura, las rutas y los contactos para la exportación clandestina en gran escala y estimula en muchos, sobre todo de la Costa Norte (Guajira y Atlántico); Antioquía (Medellín) y Valle del Cauca (Cali); el ansia de enriquecimiento rápido y fácil, con sus correspondientes secuelas de mentalidad de despilfarro y hechos de gran

19. KAPLAN. Marcos, op. cit. pag. 19.

inflación de en los precios<sup>20</sup>;

2.- la gran presión que el Gobierno de los Estados Unidos ejerció a partir del año 1960 contra la heroína;

3.- el inicio de una fuerte represión contra el tráfico de Drogas hacia los Estados Unidos, que ese país impulsó, como consecuencia de la floreciente producción de México, Belice y Jamaica a mediados de los años 60s. Cuando la represión y la fumigación de los cultivos de "la hierba" se produce en los tres países antes mencionados; la siembra de la misma, se traslada a Colombia. Se calcula que para ese tiempo, el mercado de marihuana ascendía a 360 millones de dólares anuales;

4.- los controles de orden interno y legislación aprobada en los Estados Unidos a comienzos de los años 70, que redujeron en un 90% la producción ilegítima de anfetaminas, y

5.- la construcción de la autopista del Valle del Alto Huallagas en la selva peruana, financiada por el Banco Mundial, que abrió las rutas del transporte para el envío de la coca<sup>21</sup>.

El desplazamiento de la siembra de la marihuana hacia Colombia por las causas arriba anotadas, hace que ya para los años 70's, la producción colombiana cubra del 60 al 70% del consumo de los Estados Unidos.

La creciente preocupación por los nocivos efectos de los psicotrópicos (estimulantes, como las anfetaminas; alucinógenos, como el LSD y la mescalina; sustancias hipnótico-sedantes como los barbitúricos, etc), sometió a estas sustancias, con los auspicios de las Naciones Unidas, a la fiscalización del Derecho Internacional mediante la suscripción, en febrero de 1971, del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas. Dada la gran diversidad de sustancias sujetas a fiscalización, éstas se agruparon en cuatro listas diferentes, según las diferencias entre una y otra de los riesgos derivados de su uso indebido, de sus propiedades toxicomanígenas y de la variabilidad de sus valores terapéuticos.

A través de este Convenio, se asigna, tanto a la Comisión de Estupefacientes como a la JIFE, la responsabilidad adicional de la fiscalización de las drogas que abarca el mismo.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en esta época, decide modificar la Convención Unica sobre Estupefacientes de 1961 y así promulga el Protocolo de 1972, mediante el que se pone de relieve la necesidad de facilitar servicios de tratamiento y rehabilitación para los adictos buscando su reintegración social. Destaca la necesidad de una acción internacional coordinada y hace incapié en la función de la JIFE, confiriéndole la responsabilidad de establecer un equilibrio entre la oferta y la demanda de estupefacientes

para fines médicos y científicos y de tratar de impedir el cultivo, la producción, la fabricación, el tráfico y el uso de drogas ilícitas.

El Protocolo enfatiza asimismo, la necesidad de facilitar los servicios de tratamiento y rehabilitación a quienes hacen uso indebido de los estupefacientes, recalcando que el tratamiento, la educación, el postramiento, la rehabilitación y la reintegración social deben considerarse como posibilidades alternativas o añadidas a las medidas de encarcelamiento para quienes han cometido un delito relacionado con las drogas.

Ya en la década de los 70's, se comienza a dar en la costa atlántica de Colombia la llamada "bonanza marimbera", es decir, la prosperidad de los grupos dedicados a la venta de marihuana.

El tráfico de la marihuana da lugar a dos formas iniciales de vinculación:

1.- Con el sembrador. Este recibe una utilidad anticipada, pagada en el momento de recibir la semilla, sin necesidad de crédito bancario, ni fianzas ni engorros y,

2.- Con el marimbero; que asume las tareas de transporte, venta y entrega de marihuana en los Estados Unidos.

Opera así una redistribución de ingresos hacia abajo que genera un nuevo estrato social gradualmente capaz de comprar cosechas y aviones propios.

Se estima que en esos años, cerca de 30.000 a 50.000 pequeños campesinos de la costa atlántica, dependían directamente del cultivo de la marihuana para su propia subsistencia y que otras 50.000 personas, trabajan en actividades conexas, tales como recolectores estacionales, transportistas, guardias, banqueros, congresistas, etc.

Es así como, durante la presidencia del Alfonso López Michelsen (1974-1978), se crea en el Banco de la República, en Colombia, la llamada "ventanilla siniestra", por la que ingresaron millones de dólares de la bonanza marimbera, confundidos con los provenientes de la bonanza cafetera.

Sin embargo, "la introducción masiva del cultivo de la marihuana en once estados de la Unión Americana, mayoritariamente en California- habiéndose mejorado extraordinariamente la calidad del producto por medio de la consecución de híbridos, como la denomi-

20. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan (1989) Hacia una Alternativa para la Política de las Drogas en América Latina; publicado en "Drogas, Problemática Actual en España y América". Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia, pags. 158-159.

21. KAPLAN, Marcos, op. cit. pag. 107.



nada 'sin semilla' - dejan de lado la importación masiva de la hierba puesto que se presenta casi el autoabastecimiento, y desaparece para México, Jamaica, y especialmente para Colombia, lo que fue llamado la 'bonanza marimbera'<sup>22</sup>.

Contrabandistas y narcotraficantes norteamericanos, comienzan entonces a urgir a sus colegas colombianos para que extiendan sus actividades a la cocaína, cuyo comercio es mucho más rentable y con más facilidades en cuanto a su transporte.

El precio de un kilogramo de cocaína era 100 veces superior al de la marihuana, en tanto que los volúmenes a transportar, disminuyen en la misma proporción.

En la década de 1980, la cocaína eclipsa totalmente el mercado de la droga.

Aparecen entonces, los grandes cultivos de hoja de coca. Se "emplea menos personal; requiere más capital, técnicas industriales y productos químicos importados. Proporciona mayores beneficios, los concentra en menos manos y los maneja con técnicas financieras más refinadas y complejas. Asimismo, requiere y genera organizaciones más verticalmente integradas, más jerarquizadas y más violentas"<sup>23</sup>.

Colombia comienza a emerger, concomitantemente, como la principal fuente de comercialización y procesamiento de la cocaína, así como la principal beneficiaria de su comercio en América Latina.

El lavado de dólares hace su aparición, a través de las exportaciones ficticias, la sobrefacturación de exportaciones y la subfacturación de importaciones, así como a través de la exportación de servicios.

Tiene lugar una bonanza de los bancos colombianos en Panamá y de muchas otras actividades financieras, con la complicidad de bancos norteamericanos, especialmente en Miami, Londres, Suiza, y Bahamas.

Las inversiones tecnológicas sobre los cultivos ilícitos, elevan los ingresos y el nivel de vida de un elevado número de campesinos y habitantes de las zonas periféricas urbanas,- cifra que oscila entre 350.000 y 1.000.000 según los países productores que se examinen,- constituyéndose en consecuencia, en una importante solución al problema de la pobreza crítica que pesa sobre estas mismas regiones. Según un estudio elaborado en 1989 por Nicolas H. Hardinghaus, en toda "América Latina, entre 2.5 y 2.7 millones de personas encontrarían empleo en actividades vinculadas con la producción y comercialización de drogas ilegales"<sup>24</sup>.

Las ganancias astronómicas del tráfico hacen que un campesino pueda obtener más por una hectárea de coca en un año, que de otro modo en toda su vida.

En el circuito coca-cocaína en los países produc-

tores, no sólo están los cultivadores, sino que se movilizan en torno a la producción y comercialización de la hoja de coca, grandes porcentajes de su población activa. Las cifras oscilan de un 6% a 8%.

Marcos Kaplan, en su libro: "Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico" afirma que las fabulosas ganancias del comercio de las drogas, otorgan a los narcotraficantes poder para comprar no sólo los servicios del personal directamente involucrado en las diversas fases del proceso, sino también de funcionarios policiales, aduaneros, judiciales, gubernamentales y de una "red de amigos y cooperadores" locales e internacionales de todo tipo, encargados de guardar las espaldas y modificar la opinión pública conforme a sus intereses<sup>25</sup>.

A ello deben agregarse especialmente en el territorio colombiano: las amenazas constantes y los asesinatos de jueces independientes y policías; la creación y proyección por parte de los grandes "barones de la droga", de una imagen de benefactor, a través de actividades cívicas y donaciones piadosas; la extensa nómina de personal criollo y foráneo y las contribuciones generosas a las campañas políticas, con no pocos contactos oficiales.

Sumado a lo anterior, los narcotraficantes despliegan sus capacidades de adaptabilidad, resistencia y redespligue, en diferentes niveles y aspectos. Diversifican y fortalecen sus relaciones y bases internacionales; acuden al auto exilio; proliferan las rutas, medios de transporte, formas y medios diversos de exportación de la drogas especialmente hacia los Estados Unidos y Europa; así como los contactos con gobiernos y gobernantes corruptibles, hasta entonces no tocados<sup>26</sup>.

El carácter ilegal que rodea toda la problemática

22. DEL OLMO, Rosa (1986) *Aerobiología y Drogas*, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, N°14, Cali, Colombia, pag. 73, citada por Edgar Saavedra, op. cit. pag. 94.

23. KAPLAN, Marcos, op. cit. pag. 35.

24. HARDINGHAUS, Nicolás H. citado por Luis Suárez Salazar (1990) *Narcotráfico y Conflictos Sociales y Políticos en América Latina: Algunas Hipótesis*, publicado en Cuadernos de Nuestra América. Vol VII, N°14, Centro de Estudios sobre América, La Habana, Cuba, pag. 125.

25. KAPLAN, Marcos, op. cit. pag. 43.

26. KAPLAN, Marcos (1990). *Situación en América Latina y el Caribe con Respecto al Control del Abuso, la Producción y el Tráfico Ilícito de Drogas*, publicado en la Memoria del 3er Seminario Regional de Latinoamérica y el Caribe sobre Medidas Efectivas para combatir Delitos de Drogas, ILANUD, San José, Costa Rica, pag. 31.

de la coca-cocaína, determina que en su organización prolifere una amplia estructura de pistoleros: la escuela de sicarios o asesinos; encargados de la protección de los capos, de los insumos, productos y laboratorios, así como de resolver por la vía violenta, las disputas entre organizaciones. Se producen, asimismo, acuerdos cooperativos con numerosos subcontratistas en la gran constelación de corrupción, intimidación y destrucción.

Sus nóminas mensuales incluyen una larga lista de empleados de toda clase y toda índole. Va desde los campesinos como simples productores agrarios, pasando por los transportistas, conductores de automóviles, camiones, pilotos de barcos y lanchas; traquetos que representan en el extranjero sus intereses y realizan los trámites de exportación; mulas; miembros de las fuerzas de seguridad tanto estatales como personales; abogados para impedir sus encarcelamientos y para los trámites legales de sus inversiones; contadores para controlar y registrar sus ingresos; consejeros financieros; intelectuales, periodistas y escritores y profesionales en ciencias sociales en general que coadyuvan para la defensa, apología y legitimación del narcotráfico y de sus jefes; y toda clase de políticos, gobernantes, administradores, legisladores, jueces, personal aduanero y fiscales, policías y militares involucrados por sus funciones en acciones y decisiones que tienen o pueden tener relación con el narcotráfico y afectarlo positiva o negativamente<sup>27</sup>.

El narcotráfico se convierte así en la industria de más rápido y sostenido crecimiento en el mundo. Constituye tristemente, la única empresa transnacional latinoamericana de gran pujanza y envergadura; con éxito económico, socio-cultural y político<sup>28</sup>. Se ha estimado que sus operaciones mundiales movilizan alrededor de 500 mil millones de dólares anuales, de los cuales, el 98% se queda en manos de los traficantes de los países industrializados y únicamente de un 2% a un 4% retorna a los países en vías de desarrollo.

El impacto que lo anterior conlleva, lo vemos reflejado en las cifras porcentuales sobre el Producto Nacional Bruto de Bolivia, Perú, Colombia y Estados Unidos, que según cálculos recientes aporta aproximadamente el 75% del PNB en Bolivia; el 21% en el Perú; el 23% en Colombia y el 5.3% en los Estados Unidos<sup>29</sup>.

Es así como sus enormes ganancias, inversiones y reinversiones, se convierten en la base y el eje de una concentración y centralización del poder económico que a su vez permite la expansión y la racionalización de sus organizaciones y operaciones; el logro de una creciente capacidad de influencia y control respecto a la economía nacional y el incremento de su naturaleza y capacidad transnacionales.

Su enorme margen de maniobra económica, social y política para presionar, influir, controlar e imponer decisiones, tiene como consecuencia inevitable una transmutación del poder económico y financiero en poder social, cultural-ideológico, político, militar y represivo<sup>30</sup>.

El poder a que hacemos referencia asimismo se ejemplifica en el hecho que, en varias oportunidades, los "barones" de la droga colombianos y bolivianos, han ofrecido a sus Gobiernos hacerse cargo del pago de la deuda externa de sus respectivos países a cambio de su impunidad.

Según evaluaciones del UNFDAC, el mercado estadounidense de marihuana y cocaína para esos años fue de US\$ 118.000 millones de dólares, 42.000 millones más que la suma de la deuda externa de Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia.

Convertidos en inversionistas, los narcotraficantes orientan sus vastos recursos hacia actividades legales, que les permiten

augmentar la enorme rentabilidad de sus inversiones así como su capacidad de acumulación.

Las tareas de producción, industrialización y comercialización de la cocaína comienzan a ser divididas. Así, los carteles colombianos, especialmente los de Medellín y Cali, inician sus actividades de compra de la materia prima en los vecinos países productores de Perú y Bolivia, para luego industrializarla a través de sus modernos laboratorios y comercializarla en los países consumidores, especialmente los Estados Unidos.

Luego del asesinato en Colombia del Ministro de Justicia de ese país, Dr. Rodrigo Lara Bonilla, el 30 de abril de 1984, los precios por kilo de cocaína, se elevaron considerablemente. Los "barones de la droga", repartieron entre los colonos toneladas de semillas de coca y la actividad, - que había entrado en un período de depresión por exceso de producción, - volvió centuplicada y afanosa.

Se destacó en consecuencia una represión firme y sostenida contra el narcotráfico, motivando que la instalación de fábricas de cocaína se dispersara a otras naciones de América Latina, entre ellas, Brasil, Ecu-

27. KAPLAN, Marcos, Situación en América... op. cit. pags. 42-44

28. KAPLAN, Marcos; Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico, op. cit., pag. 59.

29. HARDINGHAUS HANS, Nicolás H. (1989) citado por Luis Suárez Salazar, Narcotráfico y Conflictos Sociales... op. cit., pag. 125.

30. KAPLAN, Marcos, Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico op. cit. pags. 66 y 67.

dor, Argentina y Bolivia, donde los principales centros se ubicaron en Santa Cruz, Beni y Pando<sup>31</sup>.

### La alianza narcoguerrillera

La alianza narco-guerrillera que tuviera su inicio con la "estrategia soviética" arriba comentada; perdura en Colombia hasta mediados de la década de los 80s. El Dr. Juan Carlos Fernández Carrasquilla en su artículo "Hacia una Alternativa para la Política de las Drogas en América Latina", afirma que en la alianza narcoguerrillera, se formaron vínculos superficiales y tensos, cuyas relaciones, de por sí complejas, eran contradictorias y ambivalentes. Ambos grupos, no sólo poseen intereses diferentes, sino que los capos del narcotráfico tampoco se sienten contentos pagando "tributos" a los guerrilleros ya que esto incrementa sus costos de producción<sup>32</sup>.

Por su parte, los guerrilleros tampoco ven con buenos ojos esta unión por cuanto el dinero fácil que los campesinos reciben por la producción de la droga los hace perder sus ideales de lucha revolucionaria y los torna holgazanes.

La situación se complica aún más, cuando en 1981 el grupo guerrillero M-19 de Abril decide secuestrar a una joven miembro de la familia Ochoa del Cartel de Medellín y pide un millón de dólares de rescate. Esta acción tiene como consecuencia la fundación de una organización de "justicia privada" de los grupos narcotraficantes colombianos, mejor conocida como MAS, es decir: Muerte a los Secuestradores. Su objetivo inmediato es la defensa de los intereses económicos y sociales de los narcotraficantes y grupos conexos a través de un aparato de acción<sup>33</sup>.

La primera operación de MAS es la liberación de Marta Nieves Ochoa Vásquez, después de la cual los narcotraficantes y los guerrilleros llegan a un acuerdo mutuo de no agresión.

Al inicio de la década de los 90's, bien se puede afirmar que la alianza narcoguerrillera en Colombia ha sido disuelta. En ese sentido, Arango Jaramillo en "Impacto Económico del Narcotráfico en Antioquia", citado por el Dr. Fernández Carrasquilla; comenta que de acuerdo con las informaciones que se tienen, "algunos movimientos guerrilleros asumieron directamente todo el negocio de producción y procesamiento en las regiones en que la alianza existía y los 'capos' prefirieron reforzar sus propios laboratorios con pasta importada"<sup>34</sup>. Comenta asimismo que los carteles se aprestaron a defender el dominio de sus tierras frente a las intromisiones e invasiones de los movimientos guerrilleros y por esta razón, se aliaron con movimientos paramilitares contraguerrilleros y en la actualidad, toman

parte de la "guerra sucia" colombiana desde la ultraderecha<sup>35</sup>.

No se pueden generalizar las mismas afirmaciones respecto a las vinculaciones de la guerrilla y el narcotráfico en otros países, ya que las experiencias han sido diferentes.

Recordemos el caso de los guerrilleros sandinistas y los "contras" en Nicaragua, donde permanentemente a través de la prensa internacional y local se registraron acusaciones de que unos y otros se encontraban vinculados con el narcotráfico, con el objetivo de proveerse de armas.

Estas denuncias, llegaron al ámbito internacional, cuando se investigó por parte del Senado en los Estados Unidos de América el famoso caso de los "Irán-Contras"; así como en diversos procesos judiciales, especialmente en las cortes de La Florida; que investigaron el atentado contra Edén Pastora, en el que murieron varios periodistas norteamericanos; perpetrado en la zona limítrofe entre Costa Rica y Nicaragua.

Caso semejante es el de El Salvador, donde a través de los largos años de acción armada en ese territorio centroamericano, se afirmó que los diversos grupos guerrilleros,- especialmente el Frente Farabundo Martí,- financiaron sus operaciones subversivas a través de su participación y relación con el narcotráfico.

Aún cuando, tanto en Nicaragua como en El Salvador, en la actualidad, se han firmado acuerdos de paz entre los grupos en conflicto, éstos son muy endebles. En Guatemala, la situación no ha mejorado. La guerrilla y el Gobierno continúan en continuos enfrentamientos, y la alianza narco-guerrillera permanece; con un agravante adicional para este país: las primeras siembras en escala de adormidera, han aparecido.

En Bolivia se produce una interesante relación en los años 70 y principios de los 80's, entre grupos terroristas; facistas; neonazis; militares y paramilitares; que entremezclaban el terrorismo con el tráfico de cocaína y la represión política. Claro ejemplo de lo anterior lo

31. BEDREGAL GUTIERREZ, Guillermo y VISCARRA PANDO, Ruddy, op. cit. pag. 110.

32. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan; op. cit. pag. 156.

33. KAPLAN, Marcos, Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico, op. cit. pag. 53.

34. ARANGO JARAMILLO, M. (1988) Impacto Económico del Narcotráfico en Antioquia; Edit. J.M. Arango, Medellín, Colombia, pags. 130-153, citado por Juan Fernández Carrasquilla, op. cit. pag. 157.

35. ARANGO JARAMILLO, M. citado por Juan Fernández Carrasquilla, op. cit. pag. 157.

encontramos en las actividades desarrolladas en este país por figuras europeas como el nazi Kalus Barbie, mejor conocido en Bolivia como Klaus Altamann y el narcoterrorista italiano, Pier Luigi Pagliai.

Cuando las primeras acciones de "Sendero Luminoso" estallaron en Perú, en 1980, nadie las tomó muy en serio. Los voceros gubernamentales solían minimizarlas, argumentando que se trataba de las extravagantes brutalidades de un grupo de fanáticos, sin el menor futuro, a las que pondrían fin, en un dos por tres.

En un inicio, Sendero Luminoso ayudaba a la población campesina a defenderse por igual de las extorsiones de los compradores colombianos, como de las fuerzas policiales que los presionaban para erradicar las plantaciones de hoja de coca en la zona del Valle del Alto Huallagas. Con el paso del tiempo, la guerrilla maoísta, fue tomando para sí cada vez más, el control del narcotráfico en la zona citada, donde logran exigir precios muy altos por su materia prima.

Doce años después, el número de víctimas fatales a consecuencia de la subversión debe rondar los treinta mil y los daños materiales ascienden cuando menos a veinte mil millones de dólares, una suma próxima a la deuda externa del Perú.

El Gobierno de Alberto Fujimori, sin duda alguna, en el pasado reciente, ha asestado un duro golpe a Sendero Luminoso con la captura de Abimael Guzmán y otros altos miembros de la dirigencia de este grupo terrorista. Sin embargo, se puede afirmar, que esto no es suficiente; Perú tendrá que seguir por mucho tiempo aún, luchando contra este flagelo, para desestructurarlo y romper sus vínculos con el narcotráfico. El grupo es grande y bien conformado, por lo que ya han comenzado a aparecer líderes secundarios que se están haciendo cargo de las actividades subversivas.

### Reacción de la comunidad internacional.

En 1987, el Secretario General de las Naciones Unidas, reconociendo las dimensiones internacionales cada vez más alarmantes del tráfico de drogas ilícitas, convocó a la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y Tráfico de Drogas que fue la primera conferencia de las Naciones Unidas a nivel ministerial que abordó las cuestiones del uso indebido y el tráfico de drogas ilícitas. Su principal resultado fue la aprobación del "Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades futuras atinentes a los problemas del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas."

El plan Amplio y Multidisciplinario trascendiendo las tradicionales preocupaciones de la comunidad internacional relacionadas con el control de la oferta de

estupefacientes y psicotrópicos y su tráfico ilícito; da un decisivo y fundamental paso hacia adelante, al balancear la forma en que esta problemática debe ser soportada. Hace evidente que para poder enfrentar efectivamente esta plaga que está afectando a la humanidad, debe, necesariamente, otorgársele la misma importancia a las políticas y actividades relativas al tratamiento y rehabilitación de adictos que a las políticas y actividades relativas a la reducción de la oferta y el control del tráfico ilícito.

En tanto, los efectos de la narcoeconomía en los países productores, se tornan cada vez más visibles. Datos oficiales del Gobierno boliviano, establecen que en el período que va de 1980 a 1986, la economía decreció en un 2.36% en el PIB, en tanto que la economía de la coca y sus derivados creció en un 35% en el mismo período. Solo en el año de 1985, según el economista Samuel Doria Medina, actual Ministro de Planeamiento de Bolivia, el movimiento económico de la coca-cocaína osciló en los 5.000 millones de dólares.

Por su parte, en 1988, el Instituto de Estudios Sociales y Económicos, IESE, de la Universidad de San Simón de Cochabamba, sostuvo que: más de 703.000 personas de Bolivia estaban vinculadas directa o indirectamente a la producción de cocaína<sup>36</sup>; y que de éstas,- en este país de 6 y 1/2 millones de habitantes,- 415.000 estaban vinculadas a la producción, compra y transporte de cocaína hasta los centros de fabricación.

A pesar de los concertados esfuerzos internacionales para enfrentar esta problemática; en su edición del 20 de junio de 1988, la revista FORTUNE editada en los Estados Unidos publicó unas declaraciones del entonces Secretario Asistente del Departamento del Tesoro, Sr. Francis A Keating, en las que este funcionario señalaba con alarma que el dinero de las drogas, (que estimaba entre US \$80 a US \$120 millones) podía poner en peligro la integridad de las instituciones financieras norteamericanas.

Sin embargo, una de las cosas que más preocupaba en ese momento al Sr. Keating, era que de ese dinero, US\$ 20 mil millones eran transferidos al extranjero para el pago de gastos.

En el transcurso de ese mismo año de 1988, los Estados Unidos emprenden una agresiva campaña internacional de represión contra el tráfico ilícito de drogas. Promueven la adopción en los países latinoamericanos de nuevas legislaciones especializadas sobre la materia, en las que se impone severas penas a quienes participen en actividades relacionadas con el narcotráfico.

36. BEDREGAL GUTIERREZ, Guillermo y VISCARRA PANDO, Ruddy, op. cit. pag. 102.

Por primera vez, se promueve asimismo, la tipificación de las conductas relacionadas con el lavado de dólares producto de actividades relacionadas con el tráfico ilícito de drogas; la adopción de tratados de extradición que contemplen la figura típica antes dichas; la sanción al desvío de precursores químicos para ser utilizados en la fabricación de drogas; la asistencia judicial mutua; la cooperación policial y la entrega vigilada, como medios para tornar más eficaz y efectiva la represión contra el narcotráfico.

Ante la necesidad evidente sentida por la comunidad internacional, de intensificar la cooperación entre naciones en esta materia, se promueve, en el seno de las Naciones Unidas, la convocatoria de una Conferencia de Plenipotenciarios que culminó en el mes de diciembre de 1988, con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Las medidas más significativas e innovadoras de este nuevo instrumento internacional aprobado en Viena son:

a) la identificación, el embargo preventivo y el decomiso de las utilidades y de los bienes obtenidos mediante el tráfico de drogas;

b) la imposibilidad de invocar el secreto bancario en las investigaciones judiciales relativas al blanqueo de dinero o legitimación de capitales;

c) el establecimiento del carácter penal de todas las conductas relacionadas con el tráfico de drogas;

d) la prohibición de cualquier clase de protección o beneficios para los traficantes, y

e) el compromiso de las partes de eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y psicotrópicos. Asimismo toca temas tales como la extradición, la asistencia jurídica mutua entre los Estados en las investigaciones relacionadas con drogas, y la revisión de las actuaciones penales con fines de procesamiento<sup>37</sup>.

El 15 de Diciembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución N° 44/141, pidió al Secretario General que se tomaran las medidas pertinentes a fin de aumentar la eficacia de la estructura de las Naciones Unidas en cuanto a la fiscalización del uso indebido de drogas. La Asamblea tomó su decisión, reconociendo que las nuevas dimensiones cobradas por la amenaza de las drogas exigirían un enfoque más global de la lucha internacional y una estructura más coordinada para contrarrestar esa amenaza.

Todo el año de 1990 es de suma importancia para el Sistema de las Naciones Unidas por las actividades de gran envergadura que se desarrollan en el relacio-

nado con la materia que interesa. Estas comienzan el 23 de febrero de 1990, en la Ciudad de New York, con la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Décimo Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, sobre: "la Cuestión de la Cooperación Internacional Contra la Producción, la Oferta, la Demanda, el Tráfico y la Distribución Ilícitos de Estupefacientes"; en que se aprobó, mediante la Resolución S-17/2 el "Programa Mundial de Acción"<sup>38</sup>.

A través de esta resolución se establece que las Naciones Unidas deben constituir el principal centro de coordinación de la acción concertada internacional contra el uso indebido, la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y deben desempeñar un papel más importante en esa esfera.

Para lograr este objetivo, el párrafo 93 del Programa señala que se requiere fortalecer los órganos de las Naciones Unidas encargados de la fiscalización de drogas y sus secretarías, a fin de establecer una estructura más importante, fuerte y eficiente.

Surge asimismo en esta época, el clamor generalizado de los países latinoamericanos, especialmente los andinos, respecto a la obligación de los países industrializados de reducir la demanda y el consumo de drogas en sus territorios, así como, que estamos enfrentados a una lucha que es conjunta y de responsabilidades compartidas.

Atendiendo lo anterior, el Gobierno de Gran Bretaña, con la colaboración de las Naciones Unidas, convocó a la Conferencia cumbre Ministerial Mundial para reducir la demanda de drogas y combatir la amenaza de la cocaína celebrada en Londres del 9 al 11 de abril de 1990.

Los objetivos formales de esta Conferencia fueron:

a) mantener el espíritu de cooperación internacional sobre drogas desarrollado en la Conferencia Internacional sobre Toxicomanía y Tráfico Ilícito de Drogas (ICDAIT) de 1987, y en la Conferencia de Viena de 1988;

b) fomentar el compromiso internacional hacia la reducción de la demanda de drogas;

c) fortalecer la eficacia de las políticas de reducción de la demanda, mediante el intercambio de experiencias y conocimientos técnicos entre los distintos gobiernos y organizaciones no gubernamentales;

37. Convención de Las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1988 en E/CONF. 82/15/Corr.3 de 31 de enero de 1989.

38. Ver Resolución S-17/2, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de Febrero de 1990.

d) identificar métodos que permitan orientar, de la manera más eficaz posible, la cooperación internacional para reducir la demanda de la cocaína y combatir su producción y tráfico<sup>39</sup>.

Rol preponderante en este cónclave, jugó el entonces Presidente de la República de Colombia, Sr. Virgilio Barco Vargas. En su alocución ante la Asamblea, enfatizó que el problema de la demanda es un aspecto fundamental que debe ser considerado como objetivo esencial de la lucha contra los narcóticos.

Al tiempo de mencionar que ya es hora de poner fin al inútil proceso de evasión de innegables responsabilidades, recriminaciones y acusaciones mutuas; el Presidente colombiano afirmó, que la responsabilidad del combate al narcotráfico, incumbe a todos compartirla, lo mismo que sus costes, sacrificios y éxitos<sup>40</sup>.

Del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, se celebra en La Habana, Cuba, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. En relación con la delincuencia organizada y el tráfico de drogas, el Congreso resolvió:

1.- Reafirmar su compromiso de respetar los tratados internacionales existentes,

2.- Instar a los Estados a que intensifiquen las medidas que han adoptado, a fin de responder a las crecientes manifestaciones de la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,

3.- Reafirmar que, en el plano internacional, las tendencias a fortalecer políticas y estrategias para prevenir, reducir o eliminar la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas deben estar basadas en el absoluto respeto a la soberanía y la integridad territorial y política de los Estados y la libre determinación de los pueblos; y

4.- Reafirmar que las acciones, antes mencionadas, deben garantizar, en la esfera individual, los derechos humanos de todas las personas<sup>41</sup>.

A nivel del continente Americano, en este mismo año, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, CICAD, convocó a una Reunión Ministerial en Ixtapa, México. En ella se evaluó el progreso del Programa de Acción Río de Janeiro, adoptado por los países miembros de la Organización de Estados Americanos en 1986.

A través de la Resolución AG/Res. 1045 (XX-0/90) de la Asamblea General de la OEA, se aprobó posteriormente, el Programa de Acción de Ixtapa. En él se establecieron las prioridades específicas a ser

desarrolladas durante los siguientes tres años. Se pretende esencialmente, coordinar los esfuerzos de las diversas agencias que trabajan en el problema de las drogas en la región interamericana, a través de cinco líneas de acción:

a.- Desarrollo legal. Dirigido a cimentar la cooperación intergubernamental, por medio de la armonización de las legislaciones; el mejoramiento y la agilización de los procedimientos judiciales; el desarrollo de sanciones uniformes y la generación del respaldo popular a las acciones emprendidas.

b.- Educación para la Prevención. Diseñada para incorporar programas comprensivos de prevención del abuso de drogas en las escuelas del hemisferio.

c.- Movilización de la Comunidad. A través de ella, se pretende movilizar al sector privado de los estados miembros: medios de comunicación, corporaciones, industrias, ONG's, etc. a fin que apoyen y financien acciones privadas que amplíen la comprensión del público en cuanto al problema de las drogas, cubriendo a un tiempo, esfuerzos esenciales de prevención, tratamiento y rehabilitación que el sector público no puede suministrar.

d.- Sistema Estadístico Uniforme. Pretende establecer un Banco Interamericano de Datos comparativos y confiales en todos los Estados Miembros.

e.- Sistema Interamericano de Información sobre Drogas. Recopila materiales, publicaciones y audiovisuales, facilitando el acceso a la información sobre el problema de las drogas en los países miembros.

A pesar de tan encomiables esfuerzos y programas, y la elaboración de los reglamentos modelo sobre lavado de dinero y precursores químicos; no podemos menos que afirmar, que sus logros en la Región han sido muy escasos y con una lenta evolución en el tiempo. Lo anterior, no imputable a la dinámica Secretaría Ejecutiva de la CICAD; sino más bien, a la escasez de recursos económicos de que dispone para poderlos implementar.

Por su parte, el Consejo de la Comunidad Económica Europea, durante el período de sesiones celebrado en Roma del 13 al 14 de Diciembre de 1990, aprobó el Plan Europeo para la Lucha Contra el Abuso de

39. Ver Informe de la Cumbre Mundial de Gobiernos para reducir la demanda de las drogas y combatir la amenaza de la cocaína Londres, 8-10 de abril de 1990.

40. BARCO VARGAS, Virgilio, Informe de la Conferencia Cumbre Mundial de Gobiernos para reducir la demanda de las drogas y combatir la amenaza de la cocaína. Londres, 8-10 abril de 1990, pag. 12.

Drogas, en procura que sus Estados Miembros puedan implementar políticas efectivas en su lucha contra las drogas.

Se resolvió, a través de la aprobación del Plan Europeo:

1.- Establecer un Centro de Coordinación, CELAD, en el que estarán representados los cuerpos administrativos responsables de la reducción de la demanda y de la supresión del tráfico ilícito, de cada uno de los Estados Miembros..

2.- Constituir, bajo la dependencia de la CELAD, el Centro Europeo de Información y Monitorero de Drogas, que abarca no sólo aspectos de orden social y de salud, sino aquellos relacionados asimismo con la supresión de la demanda y el tráfico ilícito.

3.- Organizar un Programa de Acción Sobre la Reducción de la Demanda, cuyas principales iniciativas estarán relacionadas con: a) la prevención a través de la información y la educación; b) medidas de salud y de orden social; c) reintegración social y ocupacional; d) programas destinados a los drogadictos y la prevención del SIDA; e) programas estadísticos y epidemiológicos; f) programas de capacitación técnica y científica al personal involucrado y g) participación activa con un rol preponderante de las ONG's en todas las actividades relacionadas con la promoción de la prevención y la reintegración social.

4.- Establecer acciones directamente relacionadas con la supresión del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas, persiguiendo los siguientes objetivos: a) fortalecimiento de los controles fronterizos para el combate contra el tráfico ilícito; b) cooperación y vigilancia interestatal dentro de los límites territoriales de la Comunidad con la provisión de todo el soporte técnico; c) combatir la producción ilícita de drogas a través de medidas que prevengan la utilización de precursores y otros químicos esenciales para tales propósitos; d) adopción de las medidas necesarias contra el lavado de dinero procedente de actividades relacionadas con el tráfico ilícito de drogas; e) fortalecimiento de los sistemas legales y judiciales; y f) fortalecimiento de los sistemas de base de datos y recolección estadística.

5.- Acciones de Orden Internacional, concentradas en los siguientes tres sectores: a) implementación de las convenciones de las Naciones Unidas sobre la materia, así como del Plan Global de Acción; b) cooperación técnica y financiera a nivel bilateral y multilateral con los mayores productores y los países de tránsito drogas, y c) cooperación con otros países desarrollados consumidores de drogas<sup>42</sup>.

El 21 de Diciembre de 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución N° 45/179, crea el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas, UNDCP. Su mandato y funciones están compuestos por todas aquellas encomendas a las Naciones Unidas en el campo del control de drogas e incluyen todas a las contenidas en los Tratados y Convenciones Internacionales sobre control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; el Plan Global de Acción, el Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras sobre los problemas del uso indebido y tráfico ilícito de drogas y las resoluciones de los cuerpos legislativos de las Naciones Unidas; resoluciones de la Asamblea General, del Consejo Económico y Social y de la Comisión de Estupefacientes.

A partir de este momento, el Programa se constituye en el único ente responsable de la concertación internacional de las acciones relativas a la fiscalización de drogas, integrando en una sola estructura las funciones de la División de Estupefacientes, la Secretaría de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, JIFE, y el Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas, UNF-DAC. Sus principales líneas de acción son:

1.- Velar por el cumplimiento de Tratados y Convenciones Internacionales sobre la materia;

2.- Aplicación de Políticas e Investigación, a través de dos tipos de servicios fundamentales a saber: de referencia y servicios sustantivos. Los primeros abarcan: el análisis de los informes anuales de los gobiernos sobre el cumplimiento de los tratados de fiscalización de droga; la elaboración comparativa de las estadísticas centrales; publicaciones y referencias y una estrategia de información computarizada. Los segundos se ocupan de la reducción de la oferta, la reducción de la demanda, la supresión del tráfico ilícito de drogas, la capacitación centralizada y el laboratorio.

3.- Actividades Operacionales. Se ejecutan por medio de la División que lleva ese mismo nombre y que está encargada de coordinar y ejecutar los proyectos de cooperación técnica ejecutados a la fecha por el UNF-DAC, la División de Estupefacientes y la Secretaría de la

41. Informe del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba; del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990; A/CONF.144/28 de 5 de octubre de 1990.

42. Plan Europeo para la Lucha Contra el Abuso de Drogas, Aprobado por el Consejo de la Comunidad Económica Europea en Roma, Italia, del 13-14 de diciembre de 1990.

JIFE. Su servicio de movilización de recursos, presta asistencia en lo relativo a la obtención de fondos y también da apoyo a los proyectos de cooperación técnica. Tiene a su vez un servicio de operación de proyectos, que está encargado de supervisar el diseño y la ejecución de los proyectos a nivel nacional y regional<sup>43</sup>.

A pesar de los concertados esfuerzos internacionales antes mencionados, la amenaza del narcotráfico, no sólo no tiende a disminuir, sino que todos los indicadores nos muestran lo contrario, cada día se multiplica más.

Veamos algunos de estos indicadores: en un informe presentado en el mes de septiembre de 1992 por la mayoría demócrata del Senado de los Estados Unidos, ante el Comité Judicial de dicha cámara, por medio del senador Joseph Biden; se afirma que: después de cinco años y US \$2.100 millones dedicados a combatir el tráfico de cocaína en Bolivia, Colombia y Perú, a través de su Iniciativa Andina, el Gobierno de los Estados Unidos, ha logrado escasos resultados e irónicamente, con el aumento de la represión en los países citados, lo que se ha conseguido es la expansión del tráfico de la cocaína a otras naciones del continente. El mismo informe sostiene que en 1991, la producción de hoja de coca fue un trece por ciento superior a la de 1988.

El Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas, IICLA afirma que en Bolivia se generan por la coca, alrededor de US \$600 millones al año. En tanto, según un cable de la Agencia EFE proveniente de Río de Janeiro el 27 de septiembre de 1992, relacionado con declaraciones de Roberto Precioso, Jefe de la Delegación Regional de Narcóticos de la Policía Federal Brasileña; el narcotráfico utiliza a Brasil como "lavandería" de al menos 240 millones de dólares anuales.

Según datos oficiales del mes de octubre de 1992, el área de producción de hoja de coca en el Perú, aumentó en un 40% en los últimos dos años, pasando de 250.000 hectáreas de sembradíos a 350.000.

Amén de producir actualmente el 18% de la hoja de coca y el 70% de la producción mundial de cocaína; Colombia se dedica principalmente a comprar la base o pasta básica de la coca de sus países vecinos: Perú, primer productor del mundo de la hoja de coca y segundo de pasta básica con un 10% y Bolivia con un 23% de la producción mundial de hoja de coca y 9% de producción de cocaína.

## CONCLUSIONES:

Con frecuencia en todo lo anteriormente expuesto, bien se puede afirmar que tanto la producción, el tráfico y el consumo ilícito de drogas así como sus

actividades conexas, responden principalmente a dos fenómenos globales: el de las relaciones transnacionales de dominación y poder económico; y otro de carácter estructural: el de la dependencia y el del subdesarrollo, y que, por lo tanto, no podemos pretender atacar eficaz y efectivamente su problemática, si no estamos dispuestos a un tiempo a enfrentar los problemas asociados que conlleva.

En este sentido, coincidimos con los planteamientos esbozados por múltiples analistas latinoamericanos sobre el tema, en cuanto a que, el abordaje del problema y la búsqueda de soluciones, tiene necesariamente que ser de carácter inter y multisectorial e interdisciplinario; tomando en cuenta todos aquellos factores de orden psicológico, cultural, religioso, económico, social y político que inciden directamente en el mismo; dando un énfasis especial a los temas relacionados con los términos de intercambio de productos y con el desarrollo social de los pueblos.

"La política criminal contra las drogas ya no puede ser sino una política social de desarrollo mundial<sup>44</sup>", que debe procurar las reformas necesarias en las políticas mundiales relacionadas con los aspectos socio-económicos y tecnológicos; con el fin de alcanzar, sociedades más igualitarias, democráticas y estables.

Tanto en cuanto a la "Guerra Contra las Drogas" no se dirija al propio tiempo y de modo principal, contra los motivos macrosociales, económicos, políticos y jurídicos que apoyan o estimulan el narcotráfico, no estaremos haciendo más que un dramático pero ineficaz ataque contra la periferia y no contra el meollo.

El narcotráfico, no se puede tomar como un problema social aislado del contexto que lo engendra y en el que se desarrolla. Como se indicó supra, mientras subsistan los índices de subdesarrollo; de pobreza extrema de los países productores de drogas y de tránsito; la injusta repartición de la tierra y se sigan mostrando estos índices en el acentuado deterioro que han tenido en los años del pasado reciente; y las disparidades en la distribución de la renta nacional y la estructura ocupacional continúen manteniéndose; los programas de sustitución de cultivos no podrán alcanzar sus metas y objetivos.

En el área comprendida en los programas de sustitución de cultivos y la inversión destinada para los mismos, es poco significativa para la real dimensión del problema. Por otra parte, tanto en cuanto no:

43. Ver Resolución N°45/179 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1990.

44. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan op. cit., pag. 192



se asegure a los campesinos involucrados en ellos, adecuados canales de comercialización, estables y a largo plazo, con precios justos para sus productos; estos programas, están destinados a desaparecer en el momento en que cese el financiamiento internacional que les dio origen.

Menos aún podrán alcanzar los objetivos de eliminación del tráfico ilícito de drogas, los programas de represión pura. La ineffectividad de la política punitiva como única arma, ha quedado evidenciada. Esta no podrá lograr su efecto disuasivo de conducta criminal sobre los sujetos partícipes, sobre todo aquellos que participan en los procesos de producción; ya que éstos se encuentran sumidos en un "punto de no retorno" y en consecuencia, no pueden solventar su problemática de subsistencia mínima de ninguna otra forma.

Por otra parte es importante anotar que en las épocas en que se ha intensificado la represión penal contra este tipo de criminalidad y se han producido excesos en la persecución policial, ciertamente el volumen de producción de drogas a disminuido; pero en la misma escala, su precio de venta a aumentado a nivel internacional, tornando la actividad en un negocio más lucrativo.

A pesar del ciclo de fuerte represión que se inició a nivel mundial como consecuencia de la declaratoria de la "Guerra Contra las Drogas" por parte del Gobierno de los Estados Unidos durante las administraciones Reagan/Bush; "los porcentajes de droga incautada, de cultivos destruidos y de narcotraficantes capturados; no alcanzan a ser significativos, si se tienen en cuenta los volúmenes de droga producida; el número de hectáreas cultivadas o la cantidad de personas dedicadas de una u otra manera a este ilícito comercio"<sup>45</sup>.

Es de lamentar el hecho que la amenaza de la sanción penal, no ha podido concretarse, más que de forma excepcional, sobre los llamados "peces gordos del narcotráfico", también conocidos como los "barones de la droga". Lo usual es que ésta pese únicamente sobre los "pisacoca" y los pequeños distribuidores y transportadores de droga y precursores químicos.

Resulta imprescindible en consecuencia, tornar el "negocio" del narcotráfico en un "mal negocio" y quitarle las grandes expectativas de abundantes utilidades. Unicamente privando a los narcotraficantes de sus exorbitantes ganancias, podrá disminuirse su poder económico y político, generados de una corrupción global y estructural que afecta tanto a los Gobiernos como a los diferentes Sistemas de Administración de Justicia.

Existe asimismo la necesidad de adopción de políticas criminales uniformes en todos los Estados, a través de las cuales se impida a los narcotraficantes

tener acceso a "paraísos financieros y legales". Por otra parte, y sobre este mismo tema, no resulta equitativo, que los países industrializados, especialmente aquellos del "Grupo de los Siete"; no criminalicen dentro de sus territorios nacionales; de la misma forma y con la misma dureza las conductas relacionadas con el consumo, producción, tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores químicos y lavado de dinero, con que presionan a los países subdesarrollados para que lo hagan.

"Mientras se siga conjugando la farisaica idea de que el narcotráfico es malo, pero no el dinero que en él se origina, no podrán existir controles efectivos para la represión de este azote social"<sup>46</sup>.

Con esto se hace referencia a la propiedad privada, la prohibición de la confiscación de bienes, el secreto bancario y la reserva fiscal entre otras; algunas de ellas con rango constitucional. Los Estados que protegen estos derechos, deben considerar si se justifica que sean principios de carácter absoluto, o si, por el contrario, la salud de nuestras precarias democracias justifica la consagración de ciertas excepciones. La contradicción aparece entre el uso indebido, delictuoso de la propiedad, y los requerimientos de la sociedad en relación con la misma. Aquí, la expropiación no es una sanción contra el propietario, sino la consagración de la prevalencia del interés social frente al interés particular. En este caso "se extingue el derecho, porque el Estado no está en la obligación de proteger un bien patrimonial que no se ajusta a las exigencias de la Constitución"<sup>47</sup>.

Es importante, por otra parte, informar adecuadamente y cambiar el pensamiento de las gentes sobre este problema. Debe ponerse en ese sentido, un énfasis especial en todos los programas social-preventivos y de rehabilitación; utilizando, como instrumento, los centros educativos y la imposición de una obligación de carácter legal, a todos los medios de comunicación colectiva, para difundir a través de ellos, programas continuos de información y concientización sobre el mismo.

A pesar de las diferencias políticas adoptadas por los países de la comunidad mundial para enfrentar el tráfico ilícito de drogas, los resultados deseados todavía no han sido alcanzados. La falta de mecanismos unificados; lo inadecuado e insuficiente de la

45. SAAVEDRA ROJAS, Edgar. op. cit. pag. 98.

46. SAAVEDRA ROJAS, Edgar. op. cit. pag. 107.

47. Revista del Consejo Nacional de Estupefacientes, Bogotá, Minjusticia, 1986, pag. 94; citada por Edg. Saavedra en Drogas Problemática Actual, pag. 109.

cooperación internacional y la forma en que ésta es canalizada; la falta de controles eficaces en el sistema financiero internacional que coadyuva a no poder privar a los narcotraficantes de sus ganancias, la ausencia en los países industrializados, de tipos penales que criminalicen la producción y el desvío de precursores químicos para la fabricación de drogas, y la falta de políticas comprensivas que ataquen los problemas sociales: fundamentalmente aquellos relacionados con el desarrollo en los países productores; son unas de las causas del fracaso parcial de las acciones emprendidas a la fecha.

Se sugiere en consecuencia la adopción de una política criminal uniforme y comprensiva, adoptada

por todos los Estados a nivel mundial, dentro de los mismos parámetros que establezca una penalización prudente y moderna y una acción policiva menos recia, por cuanto está comprobado que el costo socio-político que hay que pagar cuando las penas y persecuciones son drásticas y prioritarias es sumamente elevado.

América Latina tiene que comenzar de inmediato la acción transformadora de sus estructuras sociales, políticas y económicas, porque de no hacerlos podría sumergirse en un aspecto peor del problema de las drogas: pasar de "productor no consumidor" a "productor - consumidor"<sup>48</sup>.

"Nunca se advertirá bastante acerca del cuidado que hay que observar para que en un Estado de Derecho, el crimen se combata con medidas de derecho y no con crímenes, pues el Derecho justamente no puede igualarse con su negación".

C.Roxin, G.Arzt y K. Tiedemann

48. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan op. cit. pag. 201.

## DOCUMENTOS OFICIALES DE NACIONES UNIDAS CONSULTADOS

- 1.- Textos oficiales de las Naciones Unidas de todas las Convenciones y Protocolos Internacionales citados.
- \* Convención Unica de 1961 Sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Unica sobre Estupefacientes, publicaciones de Naciones Unidas, Nº S.77.XI.3, New York, U.S.A. 1977.
- \* Convenio Sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, publicaciones de Naciones Unidas, Nº S.78.XI.3, New York, 1977
- \* A/45/764 de 21 de Dic. 90 de la Asamblea General
- \* E/CN.7/1991/CRP.3 del 10 Ene.91
- \* A/45/652 de 23. Oct. 90 de la Asamblea General
- 2.- Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indevido de Drogas: Plan de Mediano Plazo 1990-1994, Diciembre de 1990.
- 3.- Acción Relativa al Control Internacional de Drogas, Tomada a Nivel Intenacional: Fondo de las Naciones Unidas para la fiscalización del Uso Indevido de Drogas. Informe del Secretario General. E/CN.7/1991.10 de 30.Nov.90
- 4.- Acción Relativa al Control Internacional de Drogas, Tomada a Nivel Internacional: Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indevido de Drogas. Análisis profundo del Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indevido de Drogas en 1990. E/CN.7/1991/CRP.3 de 10.Ene.91.
- 5.- Informe de la Junta Internacional para la Fiscalización de Estupefacientes, 1990: Naciones Unidas, Nueva York, 1990. ISBN-92-1-148082-5
- 6.- Informe del FNUFUID. Un resumen 15.JAN.91 Z:REPREQ1.FOD/10
- 7.- El Fondo de las Naciones Unidas "UNFDAC, publicado por el Fondo en 1988.
- 8.- "Las Naciones Unidas y la Fiscalización del Uso Indevido de Drogas", Naciones Unidas, New York, 1990. ISBN-92-1-300131-2
- 9.- "Declaración de la Conferencia Intenacional sobre Uso Indevido de Drogas y Tráfico Ilícito y Perfil Amplio y Multidisciplinario para las futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas. Publicaciones de las United Nations, Nº S.88.XI.1, ISBN 92-1-348024-5, New York, 1988.
- 10.-Drogas Estupefacientes. Estimación del requerimiento mundial para 1991. Datos Estadísticos para 1989. Informe publicado por la Junta Internacional para la Fiscalización de Estupefacientes, Vienna, 1990. ISBN-92-1-048047-3.
- 11.-Informe de la Junta Intenacional de Fiscalización de Estupefacientes, JIFE, correspondiente a 1990. ISBN-92-1-348033-4.
- 12.-Las Naciones Unidas y la Lucha contra el Uso Indevido de Drogas. Naciones Unidas, Nueva York, 1972. Sales Nº E.72.I.19
- 13.-Estado Mensual de la Ratificación de Tratados. Naciones Unidas, División de Estupefacientes.
- 14.-Recomendaciones del Grupo Intergubernamental de Expertos encargados de estudiar las consecuencias económicas y sociales del tráfico ilícito de drogas. Comisión de Estupefacientes, realizada en Vienna del 21 al 25 de mayo y del 9 al 20 de julio de 1990. A/C.3/45/8
- 15.-Informe de la Cumbre Mundial de Gobiernos para reducir la demanda de drogas y combatir la amenaza de la cocaína. Londres, del 8 al 11 de abril de 1990.
- 16.-Informe del 8vo. Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente. La Habana, Cuba, 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990. A/CONF.144/28/Rev.1.

## OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- ARANGO JARAMILLO M. "Impacto Económico del Narcotráfico en Antioquia", Editorial J.M. Arango, Medellín, Colombia, 1988.

- 2.- AULD John, DORN Nicholas & SOUTH Nigel. "Heroin Now: Bringing it all Back Home" Youth & Policy; Pt4, 1984.
- 3.- BEDREGAL GUTIERREZ Guillermo, VISCARRA PANDO Ruddy, "La Lucha Boliviana Contra la Agresión del Narcotráfico", Editorial Los Amigos del Libro, Bolivia, 1989.
- 4.- BERISTAIN Antonio. "La Criminología ante las drogas y el narcotráfico" publicado en Drogas Abordagem Interdisciplinar, Fascículos de Ciencias Penales, Año 3, v.3, n.2; Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1990
- 5.- CANELAS ORELLANA Amado y CANELAS ZANNER Juan Carlos. "Bolivia: Coca-Cocaína, Subdesarrollo y Poder Político", Editorial Los Amigos del Libro, La Paz, Bolivia, 1983.
- 6.- "Causa 1/89: Fin de la Conexión Cubana" Editorial José Martí, La Habana, Cuba, Segunda Edición, 1989.
- 7.- CLOYD Jerald W. "Drogas y Control de Información" Ediciones Tres Tiempos, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- 8.- DEL OLMO Rosa. "El Nuevo Orden Económico de la Drogas y su Impacto en América Latina" publicado en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, Vol. XII, N° 20, Cali, Colombia, 1989.
- 9.- DEL OLMO Rosa. "Aerobiología y Drogas" publicado en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, N° 14, Cali, Colombia, 1986.
- 10.- FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan. "Hacia una alternativa para la política de las drogas en América Latina" publicado en Drogas: Problemática Actual en España y América, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1989.
- 11.- HARDINGHAUS Nicolas H. "Drogas y crecimiento económico: el narcotráfico en las cuentas nacionales", publicado en Nueva Sociedad, N° 102, 1989.
- 12.- IRUSTA M. Gerardo. "Narcotráfico: hablan los arrepentidos, personajes y hechos reales" Edición privada, La Paz, Bolivia, 1992.
- 13.- KAPLAN Marcos. "Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico" Cuadernos INACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., México, 1989.
- 14.- KAPLAN Marcos. "Situación en América Latina y el Caribe con respecto al control del abuso, la producción y el tráfico ilícito de drogas" publicado en la memoria del Tercer Seminario Regional de Latinoamérica y el Caribe sobre: Medidas Efectivas para combatir Delitos de Drogas y Mejorar la Administración de Justicia Penal, ILANUD, San José, Costa Rica. 1990.
- 15.- "La Cuestión de las Drogas en América Latina: Una Visión Global" CONACUID, Caracas, Venezuela, 1987.
- 16.- MUSTO David F. "The American Disease: Origins of Narcotic Control" Yale University Press, New Haven, U.S.A., 1973.
- 17.- REINARMAN Craig. "Moral Entrepreneurs and Political Economy: Historical and Ethnographic Notes on the Construction of the Cocaine Menace" Contemporary Crises 3, U.S.A. 1979.
- 18.- REYES ECHANDIA Alfonso. "El problema del narcotráfico en América Latina" publicado en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca, Vol. XI, N° 19, Cali, Colombia, 1988.
- 19.- SAAVEDRA ROJAS Edgar. "Fármacos y Estupefacientes: Política y Moral" publicado en Drogas: Problemática Actual en España y América, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1989.
- 20.- SUAREZ SALAZAR Luis, "Narcotráfico y conflictos sociales y políticos en América Latina: algunas hipótesis" publicado Cuadernos de Nuestra América, Vol. VII, N°14; Centro de Estudios Sobre América, La Habana, Cuba, 1990.
- 21.- ZAFFARONI Raúl Eugenio. "La Legislación Anti-Droga Latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario", publicado en Drogas Abordagem Interdisciplinar, Fascículos de Ciencias Penales, Año 3, v.3, n.2; Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1990.

# DEBIDO PROCESO Y PRUEBAS PENALES\*

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

## 1.- Una paradoja

En las postrimerías de este siglo que ha sido testigo de horrores sin cuento, parece haber acuerdo entre los juristas en que el proceso penal, para ser un instrumento de justicia, debe reunir condiciones mínimas en lo que atañe a quién juzga, qué juzga, cómo juzga, qué intervención tienen las partes, qué remedios existen contra las resoluciones erróneas, en fin, todas las garantías que integran lo que ha sido llamado "debido proceso", "proceso legal", "proceso justo", "proceso en estricta conformidad con las leyes", entre otras denominaciones.

Resulta realmente paradójico que en vísperas del siglo veintiuno, después de la llegada del hombre a la Luna y mientras se exploran con avanzadísima tecnología otros planetas, se continúe bregando en la mayoría de las naciones por establecer en el proceso penal instituciones cuyos orígenes datan de la Alta Edad Media.

La explicación de la paradoja se encuentra en que el proceso penal está íntimamente ligado a la concepción política predominante en la sociedad. Como instrumento, el proceso penal puede cumplir fines que no necesariamente son los de la justicia, de allí su lenta evolución, en la que no faltan marcados retrocesos, como los protagonizados por los regímenes totalitarios que ensombrecieron buena parte del presente siglo.

## 2.- "Debido proceso": profundo significado

La expresión "debido proceso", además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legali-

dad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. "Debido" hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de "proceso justo".

El arquetipo es uno sólo como una sólo es la dignidad de todos los hombres. Pero ese arquetipo, lejos de serlo de todos los aspectos del proceso, lo es sólo de sus condiciones mínimas, las que pueden y deben ser garantizadas por cada sociedad atendiendo sus propias particularidades. No se trata de uniformar el *modus vivendi* de las naciones, no se trata de destruir la cultura de cada pueblo, sin la cual es imposible la propia identidad; se trata de que el hombre, como sujeto pasivo de persecución penal, sea respetado como hombre doquiera sea sometido a proceso.

Mucho menos se trata de seguir una moda establecida por una cultura hegemónica. La lucha por la dignidad del hombre no es patrimonio de ninguna civilización.

## 3.- Un peligro: el excesivo garantismo

Por otro lado un peligro encubierto atenta contra el debido proceso: el olvidar que el proceso es un instrumento de justicia y no un instrumento de la impunidad. El no tomar en cuenta que el proceso no sólo debe aportar garantías al imputado, sino que también debe ser un medio de defensa social. En esta

1. Conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario "El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias", celebrado en La Paz, Bolivia.

materia, como en todas, el éxito depende de encontrar el punto de equilibrio, el justo medio aristotélico. El garantismo también puede ser un vicio, y de él se aprovechan los sectores autoritarios para desacreditar el debido proceso.

#### 4.- La verdad real: condición sine qua non del debido proceso.

Los intereses tutelados por el proceso penal son de tan alto rango para la colectividad que sobre ellos no puede haber libre disposición de las partes. No caben en él transacciones, limitación alguna sobre los alcances de la investigación, presunciones, verdades subjetivamente limitadas. Cuando de justicia penal se trata no debe quedar rincón alguno donde no penetre la luz.

#### 5.- Idóneo régimen de la prueba

Por esa razón el debido proceso exige un idóneo régimen de la prueba, único medio de llegar a la verdad real. Un régimen de la prueba que, por lo que puede ser objeto de prueba o *thema probandum*, por las personas físicas que pueden ser órganos de prueba, por los medios de prueba previstos por el procedimiento probatorio y por el sistema de valoración de la prueba, constituya una amplia y luminosa avenida que conduzca a la verdad en la forma más directa y certera posible.

#### 6.- El *thema probandum* u objeto de prueba

Contrariamente a lo que sucede en el proceso civil, la regla en el proceso penal debe ser que ningún hecho esté exento de prueba, ni siquiera los que admite el imputado mediante confesión. No puede haber presunciones de hecho o de hombre, salvo las que establezca la prueba indiciaria, en la concepción de la doctrina que identifica indicios con presunciones "judicis" (GIANTURCO), y las presunciones legales deberán ser una rara excepción.

No obstante, los hechos evidentes y los notorios no cuestionados por ninguna de las partes deben estar exentos de prueba por resultar ésta innecesaria, y lo que no es necesario en el proceso es un obstáculo a la prontitud de la justicia.

#### 7.- Los órganos de prueba

Excluir a algunas personas de la categoría de

órganos de prueba por razón de edad, más allá de lo que la psicología aconseja; por razón de parentesco o de otra cercana relación con el imputado, el ofendido o las partes civiles puede significar la pérdida de los testigos que podríamos llamar "naturales" en algunos delitos, como los que suelen perpetrarse en la intimidad del hogar. Por otra parte, la tacha de testigos no tiene razón de ser en un sistema de valoración de la prueba fundado en la sana crítica, el cual exige al juez reparar en todas las circunstancias relevantes al ponderar los distintos elementos probatorios.

Sin embargo, en obsequio a la verdad real y también al leal patrocinio del letrado, debe excluirse el testimonio del defensor como tal, es decir, debe separarse como defensor, puesto que el defensor, a diferencia del testigo, sí es sustituible.

#### 8.- Los medios de prueba

La añeja polémica sobre la libertad o la taxatividad de los medios de prueba debe ser zanjada con miras a las necesidades probatorias del proceso. Ninguna limitación que impida el acceso a la verdad real, que en el contexto del proceso penal se traduce en acceso a la justicia, debe admitirse.

No obstante, cualquiera que sea el medio de prueba, nominado o innominado, dispuesto o no expresamente por la ley, debe respetar la dignidad humana en todos los aspectos que ella irradia. El concepto de prueba lícita no debe reducirse al de prueba admitida por la ley, sino identificarse con el de prueba no lesiva de derechos subjetivos, tengan éstos o no reconocimiento positivo.

#### 9.- El procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio, es decir, la forma como se prueba, es de importancia primaria para el debido proceso. En este procedimiento difiere sustancialmente la posición de los sujetos procesales.

##### a.- El juez:

A la luz del debido proceso el juez tiene potestad instructoria, o sea, el poder-deber de investigar por sí mismo todas las facetas del hecho imputado, incluidas las razones de descargo del reo. A la par de esa potestad el juez tiene deberes frente a las partes, básicamente el de facilitarles la aportación de prueba, el acceso a la prueba aportada por la contraria y la crítica de la prueba.

**b.- El ministerio público:**

El ministerio público tiene la potestad de coadyuvar en la consecución de la verdad real, aunque ella favorezca al imputado, y la potestad de sustentar la imputación. Tratándose de un órgano público no cabe hablar de derecho subjetivo de probar, para referirnos al poder que tiene el ministerio público de aportar pruebas de cargo. Pero ello no puede significar que esa potestad le pueda ser lícitamente burlada por el juez, ya que la ley se la ha concedido en pro de la dialéctica del proceso, del contradictorio, camino óptimo para llegar a la verdad.

**c.- El imputado:**

El imputado, por su parte, en el debido proceso sólo tiene derechos en relación con la prueba, amparado como está por la presunción de inocencia que lo libera de la carga probatoria.

Sin embargo, una vez que el acusador ha sustentado con pruebas la acusación, corresponde al imputado respaldar de igual forma la negación de los cargos. Aunque en este caso, para evitar la condena, no es necesario que la prueba aportada refute plenamente la de cargo. Basta con que dé lugar a la duda para que sea procedente la absolucón con base en el principio IN DUBIO PRO REO, mediante el cual el afán de justicia contiene su ímpetu ante el horror de la condena del inocente.

Los derechos del imputado en lo que toca a la prueba constituyen un haz, entre los cuales está, en primer lugar, el derecho a conocer las pruebas de cargo, a efecto de poder refutarlas. Dichas pruebas deben ser puestas en conocimiento del acusado en el momento mismo de la intimación o instrucción de cargos, acto procesal cuyo contenido es tripartito: hechos que se imputan, pruebas que los fundamentan y derechos que le asisten al reo en relación con la imputación. Basta la ausencia de uno de estos tres elementos para que no haya intimación, lo que significa en última instancia indefensión.

Si bien el imputado no está obligado a probar su inocencia o su menor responsabilidad, como ya señalamos, tiene el derecho de hacerlo. Se desconoce tal derecho cuando las autoridades rechazan antojadizamente las pruebas ofrecidas por el inculpadó. La vocación del juez por la justicia puede medirse por el grado de receptividad que muestre hacia la prueba de descargo, verdadera piedra de toque de cualquier cuadro probatorio incriminador. Esto no significa, sin embargo, para el juez el deber de recibir toda la prueba que ofrezca la defensa, aun la impertinente o inútil.

También el camino de la injusticia puede estar empedrado de buenas intenciones; por eso, sólo la prudencia del juzgador podrá hacerlo llegar a puerto seguro en medio de las asechanzas que le tienden los persecutores rabiosos y los defensores sin escrúpulos.

Derecho a la prueba para el imputado es también el derecho de controlar la legalidad del procedimiento probatorio. La prueba no debe ser evacuada a espaldas de las partes, salvo aquella cuya práctica requiere condiciones especiales de concentración y tranquilidad, como las peritaciones. Pero el resultado de éstas, con sus fundamentos, debe ser puesto a disposición de los interesados a la mayor brevedad posible. Otra excepción resulta de la necesidad de guardar el respeto que merece el pudor de las personas y su ámbito de intimidad, como en el caso del registro corporal y domiciliario.

Por último, el imputado, como parte en el proceso, tiene el derecho de hacer la crítica de la prueba. Es decir, de analizarla y refutarla o destacarla, según considere pertinente.

El defensor, por su parte, tiene prácticamente los mismos derechos probatorios del imputado, a cuyo servicio se encuentra; pero a la vez y precisamente por prestar un servicio, que no es sólo de interés individual sino también social, tiene un deber primario ante su patrocinado y ante la sociedad: el deber de la parcialidad, que no debe ser torcidamente entendido como una justificación del favorecimiento de la impunidad del crimen, sino como lealtad hacia su cliente, la cual debe revelarse por el interés puesto en ofrecer y hacer que se evacue la prueba de descargo, en no ofrecer nunca prueba que incrimine a su defendido, en refutar cumplidamente la prueba de cargo, para que mostrando los puntos débiles de ésta obligue al juez a hacer una ponderación racional de ella.

**d.- Las partes civiles:**

El régimen probatorio en lo que atañe a las partes civiles en el proceso penal es semejante al que rige en el proceso civil: el actor tiene la carga de la prueba de los hechos en que funda su pretensión, pero el demandado civil tiene la carga probatoria de la excepción que oponga a la pretensión de resarcimiento.

**10.- Sistema de valoración de la prueba**

El punto culminante de un régimen probatorio que satisfaga la exigencia de verdad real que procura el debido proceso es un sistema racional de valoración de la prueba. Sólo liberando al juez de los aherroja-

mientos del sistema de las pruebas legales y de la gran tentación para la arbitrariedad que ofrece el sistema de conciencia o íntima convicción es posible garantizar la recta administración de justicia.

Para valorar debidamente las pruebas debe darse la circunstancia de intermediación del juez y de las partes en relación con ellas. Esto sólo puede lograrse mediante la oralidad, la concentración de los actos del debate y la identidad física de quienes tienen a su cargo la crítica correspondiente.

## 11.- Conclusión

En tema de debido proceso, aun sobre un aspecto limitado como el de las pruebas penales, nunca se habrá dicho la última palabra. El debido proceso es un ideal al cual afanosamente algunos hombres tratan de llegar. A cada generación corresponde reforzar y ampliar el concepto, enriquecerlo, precisarlo, depurarlo, mientras conserve vigencia la fe en la administración de justicia.



# EL RECURSO DE CASACION DEL ACTOR PENAL O CIVIL CONTRA EL SOBRESEIMIENTO DICTADO POR EL JUEZ PENAL (En particular sobre las nulidades absolutas)

*Ricardo Salas P.*  
Secretario de la Sala de Casación Penal

El principio de taxatividad en materia de recursos, consagrado en nuestra legislación procesal penal (art. 447 del Código de Procedimientos Penales -CPP-), impide la recurribilidad de las resoluciones en los casos y por los sujetos no previstos expresamente por la ley.

De este principio y sus derivaciones dependerá la solución que se de a la cuestión objeto de estas notas.

Respecto al recurso de casación, la taxatividad está contenida en dos series de normas: el artículo 472 CPP, relativo a la impugnabilidad objetiva; y, los artículos 473, 474, 475 y 476 CPP, referentes a la impugnabilidad subjetiva, según se trate de la calidad procesal del recurrente y, al mismo tiempo, a algunos requisitos de índole objetiva.

El artículo 472 CPP establece el recurso de casación, amén de los casos contemplados por leyes especiales, **únicamente** contra a) las sentencias definitivas, b) autos que pongan fin a la acción (los cuales en rigor no son autos, sino sentencias, dado que la extinción de la acción debe ser declarada en un sobreseimiento), c) autos que pongan fin a la pena, d) autos que impidan la prosecución de la acción, y e) autos que denieguen la extinción de la pena. Esta norma prescribe así los requisitos de la denominada impugnabilidad objetiva; esto es, que una resolución sólo es recurrible si la ley lo prevé explícitamente.

El mismo artículo en mención, advierte que la recurribilidad podrá ejercerse "con las limitaciones de los artículos siguientes", remitiéndose de esa forma a los artículos 473, 474, 475 y 476, los cuales regulan, como se señaló, la impugnabilidad subjetiva de las resoluciones; esto es, que solamente pueden ser recu-

rridas por el sujeto al que la ley le otorga esa posibilidad. Este nexo contenido en el artículo 472 viene a configurar de ese modo un bloque de presupuestos, bloque que, según sea el caso, estará conformado por los requisitos del art. 472, sumados a los comprendidos por la norma específica relativa a la calidad procesal del recurrente, y que deberá ser satisfecho a fin de abrir la vía de casación.

La segunda serie de normas, en uno de sus aspectos, regula la impugnabilidad subjetiva, indicando cuáles son los sujetos titulares del derecho de recurrir en casación y en qué casos. Precisamente, esta última circunstancia, el señalamiento de cuáles son los casos en que cabe interponer el recurso, es su segundo aspecto y constituye una manifestación y especificación ulterior de la taxatividad objetiva; sin embargo, no se nota en ello una deficiencia de carácter sistemático, si se parte, de acuerdo con lo arriba expuesto, de que ambas series de normas conforman un bloque. Lo que sí constituiría un error sería estimar que la primera serie de norma se refiere a la taxatividad objetiva y la segunda a la subjetiva.

Los anteriores, son requisitos abstractos de la acción impugnativa, pues su cumplimiento es necesario en cualquier caso en que se pretenda tener acceso a la casación, independientemente de la situación en concreto.

También abstracto, existe otro requisito, este de fondo y, en consecuencia, de la pretensión y no de la acción, para que el recurso tenga acogibilidad: el interés.

Efectivamente, el artículo 459 CPP al hablar de "agravios" no hace otra cosa que aludir al interés que

debe tener el recurrente, el cual es determinable confrontado su situación antes y después de la resolución cuestionada<sup>1</sup>; lo mismo que su situación, podría agregarse, después de una hipotética acogida de su pretensión o supresión del vicio acusado. Si no hay modificación eficiente alguna en su beneficio, no existirá interés, y por ende el recurso no será acogible.

Tratándose del accionante, tanto penal como civil, la recurribilidad del sobreseimiento dictado por el Juez Penal está regulada por el bloque constituido por los artículos 472 en relación a los artículos 473 y 475, respectivamente.

## RECURRIBILIDAD POR EL ACCIONANTE PENAL

Al hacer alusión al accionante penal, se hace referencia tanto al Ministerio Público -MP- como al querellante, el cual, en asuntos de instancia privada ejerce las mismas facultades otorgadas al primero en su materia (art. 446 CPP).

A lo anterior, cabe la excepción de que el MP puede recurrir incluso en favor del imputado (art. 448 y 459), en virtud de no tener por objetivo la condena "a ultranza", sino la protección del interés público representado por la debida aplicación de la ley (ver al respecto los arts. 39, 43, 158, 347 y 414 del CPP), lo cual no es aplicable al querellante, el cual defiende un interés de índole privada y, por consiguiente, carecer de interés. La remisión misma hecha en el artículo 446, en el sentido que en lo concerniente a los recursos se aplicará las normas comunes, impide que se confíe al querellante la facultad de recurrir en favor del encartado, ya que tal facultad está concedida al MP en razón de su función pública, por lo que se trata de una norma particular y no común.

Conforme a lo apuntado, el recurso planteado por el accionante penal contra un sobreseimiento dictado por el Juez Penal, debe acomodarse a lo dispuesto por el artículo 472, lo cual no constituye óbice alguno por tratarse de una sentencia (art. 321), y al art. 473, que sí es óbice.

Al referirse al sobreseimiento, el artículo 473 alude al sobreseimiento confirmado por el Tribunal de Apelación o el dictado en única instancia por el Tribunal de Juicio, es decir, Tribunal Superior o Juez Penal,<sup>2</sup> el cual es el tema de que se ocupan estas líneas.

Sin embargo, a efectos de la interposición del recurso, el delito imputado deberá estar sancionado con pena de prisión mayor de tres años o de inhabilitación o ciento ochenta días multa, lo cual viene a restringir sustancialmente su procedencia.

Si a esto se vincula que las causas con delitos sancionados con pena de prisión mayor a tres años son de conocimiento de Tribunal Superior y no de Juez Penal (delimitación material establecida por los arts. 22, incisos a y d, y 32, inciso a), ambos de la Ley Especial Sobre Jurisdicción de los Tribunales, y que repite la recién aprobada Ley Orgánica del Poder Judicial), la instancia de casación se cierra irremisiblemente para los acusadores, pues evidentemente no es plausible que un Juez Penal dicte sobreseimiento en un asunto que no es de su competencia material, lo cual hace que la posibilidad de recurrir ese sobreseimiento no pase de ser una mera digresión, según señaló la Sala Tercera.<sup>3</sup>

La misma situación se presenta en lo atinente a los delitos de acción privada mencionados por el Código Penal en su artículo 81 (injuria, calumnia, difamación, incumplimiento de deberes familiares y propaganda desleal), de los cuales el de mayor gravedad tiene en su extremo máximo ciento cincuenta días multa, por lo cual nunca podrá el querellante impugnar el sobreseimiento.<sup>4</sup>

En este sentido, estima el autor que no resulta admisible, en virtud del aludido principio de taxatividad, sumar las sanciones de los delitos imputados para abrir la vía de casación, si se trata de penas de diversa naturaleza, según se infiere del voto 39-A, dictado por la Sala Tercera a la 10:40 del 8 de octubre de 1982.

Una posición similar ha de mantenerse con respecto a los concursos de delitos, por cuanto la norma del 473, inc. 1 CPP hace referencia al "delito", en singular; de modo que, cuando se trata de un concurso, se requiere determinar separadamente si alguno de los posibles ilícitos está sancionado con penas que faculden la interposición del recurso de casación por parte del actor. De no ser así, se estará una vez más ante un supuesto de irrecurribilidad.<sup>5</sup>

Argumentar que el sobreseimiento resulta recurrible por la vía del inciso 4 del artículo 473 CPP, por tratarse de "un auto con carácter de sentencia", y por

1. LLOBET, Javier. "Código de Procedimientos Penales Anotado y Comentado". Editorial Juricentro, 2da. ed., San José, 1991. p. 549
2. Sala Tercera, V-702-A, de las 8:56 del 23 de noviembre de 1988; V-335-F, de las 9:25 del 9 de noviembre de 1990.
3. V-143-F de las 14:40 del 23 de julio de 1985 y 335-F de las 9:25 del 9 de noviembre de 1990.
4. Sala Tercera, V-546-A de las 10:00 horas del 23 de octubre de 1992.
5. En ese sentido, véase la resolución 50-A de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las 14:45 del 19 de enero de 1993.

esto mismo acorde con el art. 472, en tanto impide la prosecución de la acción, es un error. En primer lugar porque el Código explícitamente consigna que el sobreseimiento es una sentencia (art. 321), y no un auto. Con menor razón aún sería un auto con carácter de sentencia, figura extraña a nuestra legislación procesal penal, aunque existente en su análogo de la provincia argentina de Córdoba que sirviera de modelo para el costarricense. En segundo término, porque entonces sobraría la limitación del inciso 1 del mismo art. 473, resultando prescindible su observancia, pues todos los sobreseimientos sería recurribles, en tanto serían autos que, como se señaló, ponen fin a la acción o impiden su continuación, lo cual no se acomoda a la lógica de la normativa. En tercer término, finalmente, porque tampoco sería aceptable que existan limitaciones para la recurribilidad de sentencias, sean estas condenatorias o absolutorias (existiendo casos en que el accionante "... irremediabilmente... queda sin opción a impugnarla" -Sala Tercera, V-42-A, de las 9:00 del 18 de enero de 1992-), y no para los sobreseimientos.

En síntesis, por regla el principio de taxatividad veda el recurso de casación del acusador contra el sobreseimiento dictado por el Juez Penal.

Esta situación podría reñir contra el art. 33 de la Constitución Política, dada la posición desventajosa en que deja al actor penal con relación a las facultades impugnatorias de que goza al respecto la defensa, basándole a esos efectos la imposición en el sobreseimiento de una medida de seguridad por tiempo indeterminado (art. 474, inc. 3 CPP).

## RECURRIBILIDAD POR EL ACCIONANTE CIVIL

Al regular lo concerniente al actor civil, el artículo 475 impone como requisito para cuestionar en casación la sentencia dictada por el Juez Penal, que el agravio sea mayor a tres mil colones.

Sin embargo, por su carácter, la norma del art. 475 es remisiva y debe integrarse a las disposiciones contenidas en el art. 450 (actualmente cuestionado por inconstitucionalidad), dado que el primero establece la recurribilidad de la sentencia y el segundo en qué casos lo es. De tal suerte que su contenido debe entenderse implícito al momento de fijar las facultades y limitaciones del actor civil para el recurso de casación.<sup>6</sup>

Tratándose de sentencias de sobreseimiento o absolutorias, el actor civil sólo podrá recurrir si también lo hace el Ministerio Público (o el querellante, según sea el caso); ello en aplicación del principio de accesoria de la acción y pretensión civil respecto a la penal (arts. 5 y 11 CPP y 103 CP). No obstante, visto

lo comentado en el aparte precedente respecto al sobreseimiento dictado por el Juez Penal, nuevamente en esta especie la posibilidad se vuelve, conforme a la resolución de la Sala Tercera del 23 de julio de 1985, puramente teórica, dado que tampoco el accionante penal puede recurrirla.

La única excepción a esta norma, es lo relativo a las costas impuestas, punto que sí resulta recurrible aún no mediando recurso del accionante penal.

No obstante, no sucede lo mismo si la resolución se basa en motivos de orden exclusivamente penal, porque esta excepción está prevista únicamente para la sentencia absolutoria.

Así las cosas, el único aspecto en que procede el recurso de casación del actor civil contra el sobreseimiento decretado por el Juez Penal es el relativo a las costas que se le hubieran impuesto.

## EN PARTICULAR SOBRE LAS NULIDADES ABSOLUTAS

Un comentario aparte requiere el asunto relativo a las eventuales nulidades absolutas producidas antes o en el sobreseimiento. En efecto, la imposibilidad de recurrir por parte del actor (penal o civil) el sobreseimiento dictado por el juez penal, hace obligado plantear el punto atinente al remedio adoptable ante una falencia del proceso constitutiva de una nulidad absoluta.

Este tipo de nulidades, dada su gravedad, son declarables de oficio, "en cualquier estado y grado del proceso" (art. 146 CPP, párrafo segundo).

Debiendo ser declarada de oficio, la nulidad absoluta trasciende los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, pues su relevancia la haría conoçible y declarable incluso siendo inadmisibile el recurso.<sup>7</sup>

En este sentido, la consabida limitación de la competencia otorgada al superior que marcan, por una parte los agravios reclamados por el recurrente (artículo 459 CPP), y por la otra la admisión de su impugnación, encuentra una excepción en el deber de declarar las nulidades absolutas de oficio y en cualquier estado del proceso. La competencia la otorga la existencia de un recurso, que hace el proceso de conocimiento de la Casación como segunda instancia, es decir órgano superior contralor del correcto desarrollo del proceso y respeto a sus cánones fundamentales, independientemente de la admisibilidad o no de ese

6. Sala Segunda Penal, V-67-A, de las 14:30 del 21 de octubre de 1977, y Sala Tercera, V-89-A, de las 9:45 del 15 de marzo de 1991.

7. Ver en contra LLOBET, *op.cit.*, p. 549

recurso; esto es, la sola existencia del recurso abre la vía,<sup>8</sup> poniendo el proceso en conocimiento de la Casación como segunda instancia. Finalmente, la facultad de declarar la nulidad, la establece en forma imperativa la ley misma.

En ese sentido, señala De la Rúa: "...abierto el recurso de casación, el Tribunal Superior puede examinar la sentencia también en lo que atañe al contenido de un agravio respecto al cual no se planteó o **se denegó el recurso**, si la materia de aquel corresponde al ámbito de las nulidades insubsanables"<sup>9</sup> (la negrilla es suplida).

En efecto, la ley no contempla como excepción a la necesidad de declarar la nulidad absoluta el que la parte no lo haya alegado (lo cual no sucede ni siquiera con relación a las nulidades relativas) o que la gestión sea admisible, por lo que mal podría estimarse que se trata de un deber condicionado por una o ambas circunstancias.

Sobre el punto, señala Vescovi: "Lo que si corresponde es que el tribunal superior (como cualquier otro) entre a conocer por sí, **aún sin haberse concedido el recurso**, de aquellas nulidades cuya declaración procede de oficio (nulidades absolutas...)"<sup>10</sup> (la negrilla es suplida).

Para la parte, sin embargo, según acotan Leone<sup>11</sup> y Pisapia,<sup>12</sup> el límite máximo de deducibilidad de la nulidad absoluta es la cosa juzgada, momento a partir del no se estará en un estado o grado del proceso. La regla, basada en una norma procesal del procedimiento penal italiano de la época, cobra validez general en vista de sus fundamentos técnicos y por eso deviene acogible. Ello excluye la alegación en un recurso no formulado en tiempo o en uno ajeno, pues en lo que le concierne habrá operado la cosa juzgada y habrán decaído sus facultades procesales activas respecto a lo acontecido antes de recaer la sentencia. De tal suerte que solamente quedará a la contraparte recurrente, así como al tribunal, la posibilidad de destacar una nulidad absoluta.

Es decir, la única forma de declarar la nulidad absoluta es en favor de quien ha impugnado, aún habiendo resultado inadmisibles sus recursos, pues con respecto a la otra u otras partes procesales, habrá mediado cosa juzgada.

Acerca del tema, el voto mayoritario de la Sala Tercera indicó: "...aunque las nulidades absolutas son declarables de oficio en cualquier estado del proceso, es requisito indispensable que se haya abierto la correspondiente vía mediante el respectivo recurso de casación, desde luego con relación a quien lo interpone, y no con relación a la otra parte o sujeto contrario que omitió ejercer oportunamente su impugnación. Inter-

pretar esto último en sentido opuesto sería desfavorecer notablemente a quien ejerció el derecho impugnatorio, pues en cualquier momento anterior a que se resuelva su recurso ante esta Sala y ante su solo pedido, mediante un incidente... cualquier otro sujeto podría demandar la nulidad de la sentencia."<sup>13</sup>

En efecto, aceptar lo contrario, podría redundar en detrimento de una garantía vital del recurrente, como es la prohibición de reformar en su perjuicio. Esto significa que la nulidad deberá ser necesariamente declarada, a menos que el ordenamiento, en resguardo de los legítimos intereses del recurrente, lo excluya, como ocurriría en la situación aludida.

No obstante lo anterior, la ley prevé explícitamente casos de excepción, en los que el asunto podría resolverse contrariando las pretensiones del recurrente, cual sucede con los recursos del MP, que pueden

8. "Alguna vez se ha fijado como momento inicial la declaración definitiva de admisibilidad del recurso, pero esta constituye sólo una fase más del procedimiento de casación. La interposición del recurso es el acto que lleva en sí el efecto suspensivo el cual, al traducirse en consecuencias inmediatas de repercusión en el proceso, señala la iniciación de la nueva etapa. La declaración sobre admisibilidad, por otra parte, nunca tiene carácter definitivo, porque la formulada por el Tribunal de juicio puede ser modificada de oficio por el de casación, antes o después de la audiencia y aun en el momento mismo de dictar sentencia. Mal puede servir entonces como criterio diferenciador del punto de partida, por tratarse de un elemento inestable y variable. Podemos, pues, concluir que el juicio de casación encuentra su origen en la presentación del recurso." DE LA RUA, Fernando. "El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino". Víctor P. de Zavallía - Editor, Buenos Aires, 1968. p. 230

9. DE LA RUA, *op. cit.*, p. 241. Así, y aunque con criterio diverso al antes expuesto sobre el momento de apertura de la vía, señala Ayán: "Sin embargo, abierto el recurso, el Tribunal de alzada puede examinar la resolución impugnada también en lo que atañe al contenido de un agravio respecto del cual no se planteó o **se denegó el recurso**, si la materia de aquel corresponde a las nulidades absolutas, porque tales nulidades pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso, comprendida la vía impugnativa." (la negrilla es suplida) (AYAN, Manuel. "Recursos en Materia Penal". Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1985. p.p. 165 - 166).

10. VESCOVI, Enrique. "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica". Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. p. 212

11. LEONE, Geovanni. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa América, 1963. p. 714

12. PISAPIA, Gian Domenico. "Compendio di Procedura". CEDAM, 2da. ed., Padua, 1979. p. 122

13. Sala Tercera, V-265-F, de las 8:57 del 14 de junio de 1991.

resolverse en favor del imputado (artículo 459 CPP), y aplicando el efecto extensivo (artículo 455 CPP), debiendo entenderse que en estos casos la finalidad de la ley es un fallo acorde a Derecho, antes que la certeza del impugnante.

Una cuestión de perplejidad puede surgir acerca del momento en que puede darse el pronunciamiento relativo a la eventual nulidad absoluta. Si se hiciese al analizar la entrada del recurso, se impediría a la contraparte manifestarse al respecto; si, por el contrario, se hiciese al dictar fallo final, implicaría que necesariamente el recurso deba admitirse para su conocimiento a pesar de ser inadmisibile, cumpliéndose así un fraude a la norma procesal. El tema puede ser resuelto declarando la inadmisibilidad del recurso, pero concediendo audiencia a los interesados para que se pronuncien sobre la posible nulidad absoluta alegada o detectada por la Casación, audiencia necesaria para no causar indefensión.

En síntesis, a efectos de declarar una nulidad absoluta en un asunto conocido por la Casación a raíz de un recurso, bastaría que: a) la nulidad absoluta se

haya producido o recapturado (si fue en una resolución o actuación anterior) en una de las resoluciones comprendidas en el art. 472 CPP, para evitar así el recurso *per saltum* y garantizar la observancia al principio de progresión procesal y de instancias; b) haya influido determinadamente en ella (lo que se determinará suprimiendo o incluyendo hipotéticamente la resolución, actuación u omisión cuestionada), pues de lo contrario no existiría interés en decretarla; y, c) el remedio no vaya en perjuicio del recurrente, a menos que se trate de una de las excepciones de ley.

Una interpretación diversa, cerraría definitivamente la segunda instancia para los actores afectados por un sobreseimiento emanado del juez penal, aún ante la presencia de una nulidad absoluta, consolidando en el caso concreto una eventual violación de las garantías constitucionales, lo cual aparece como inaceptable y contrario al art. 41 de la Constitución Política, lo mismo que al Pacto Interamericano de Derechos Humanos (art. 8, inc. 1), que establece el acceso a la justicia como derecho elemental del ciudadano.

# ALGUNAS NOCIONES EN TORNO A LA INSTRUCCION PENAL PREPARATORIA

*Lic. Leovigildo Rodriguez Anchía*  
Asesor, Ministerio de Seguridad Pública

## Sumario:

Introducción, A-La Instrucción, 1-Concepto 1.a La Instrucción en sentido genérico. 1.b La Instrucción en sentido restringido. 1.c Finalidad de la instrucción. 1.d Matiz Mixto de la Instrucción. 2-Naturaleza. 2.a Proceso Preliminar preparatorio originario 2.b La Instrucción proceso Autónomo. 2.c La Instrucción proceso preventivo cautelar. 2.d La Instrucción proceso medio o proceso fin. 2.e La Instrucción como semi-jurisdicción o jurisdicción plena 3-Características 3.a Proceso ordenador. 3.b Proceso preparatorio. 3.c Proceso de derivación homogénea inmediata. 3.d Proceso con face de conocimiento. 3.e Proceso con contradictorio inferior. Conclusiones. APENDICE La Reforma al Procedimiento Penal, específicamente en cuanto a la instrucción.

## INTRODUCCION

Después de varios años en el ejercicio de la Judicatura, y particularmente en la función de Juez Instructor, me he percatado que no resulta fácil para el estudiante de Derecho, ni para el novel abogado, incursionar en los procesos de instrucción, ello debido básicamente, al factor que representa el hecho de que académicamente se le da poca importancia al proceso instructivo y se deja por ello de puntualizar sobre algunas de sus particularidades, lo que causa alguna incompreensión de su estructura, naturaleza y cometido, y dificulta la asimilación en la práctica, de su sistemática. De otro lado los tratados a nuestro alcance siempre enfocan el proceso de instrucción en su fase dinámica y en forma algunas veces superficial, mostrando únicamente el procedimiento que lo conforma, pero sin explicar su esencia, ni particularizar sobre su desarrollo desde un punto de vista teleológico, lo que impide que pueda ser destacada su importancia.

Sin pretender de ningún modo llenar ese vacío, sino solo contribuir para hacerlo menos profundo, me he visto motivado a entretener las breves líneas que a continuación se exponen, tratando de hacer un análisis, si no muy profundo, sí serio de aspectos que atañen a la instrucción y a su significado dentro del proceso penal en general.

Tengo en cuenta por supuesto las corrientes que toman actualidad en el derecho procesal penal, tendientes a eliminar la instrucción como proceso a cargo

de un órgano de la Judicatura, para convertirla en un procedimiento de investigación bajo la competencia del Ministerio Público, y de un control jurisdiccional paralelo por parte de Juez del Procedimiento preliminar o Juez de Garantías; reforma ya introducida en el Código Procesal Italiano, en la Ordenanza Procesal Alemana, y en los proyectos para Código Nacional de la República Argentina y Código de Procedimientos Penales de la República de Guatemala<sup>1</sup>. No obstante y sirva de aclaración inicial, tales innovaciones no pretenden en modo alguno eliminar la instrucción como etapa inicial del proceso penal, que ha destacado como imprescindible desde el procedimiento de la "cognitio extra ordinem" de la época republicana de Roma hasta la actualidad, sino más bien hacerla más dinámica y efectiva, menos entabada y mucho más acorde con la preponderancia de los derechos individuales.<sup>2</sup> En todo caso en nuestro país, la Instrucción

1. En todo caso, cabe advertir que esta problemática no es nueva y que a la hora de implementar en un sistema procesal concreto la etapa preliminar de la instrucción, siempre han surgido tres alternativas:
  - Encargar exclusivamente de ella al Ministerio Público.
  - Crear un sistema mixto, según la complejidad y gravedad del delito (como sucede en nuestro país);
  - Encargar a la función jurisdiccional todo lo relativo al proceso instructivo.
2. Sobre este aspecto, al final de esta exposición se incluye un breve análisis de las conveniencias de esta reforma y de la adecuación de las mismas al sistema costarricense y específicamente a la instrucción preparatoria.

sigue siendo un proceso, y el cometido de esta exposición es destacar su esencia y su significado, indistintamente que se trate de tal o de un simple procedimiento con paréntesis de actividad jurisdiccional, para concluir que se trata de una etapa verdaderamente relevante, pero que ha sido minimizada bajo la sombra impactante y temida del debate.

La instrucción ciertamente, sea como proceso o como procedimiento, seguirá siendo la única forma para realizar dos cometidos importantes y primordiales de la justicia penal: -Establecer la necesidad y posibilidad del debate como etapa ulterior, o; -determinar la procedencia de una sentencia de sobreseimiento poniendo fin oportuno a una innecesaria investigación. Esto significa ni más ni menos, que la instrucción es la llave de la puerta que abre el interés público y general del castigo al transgresor del ordenamiento jurídico penal, o la del interés particular del inculpado a quien le favorezca una de las causas para sobreseer evitándole el tortuoso camino hacia el juicio plenario, llave sin cuyo accionamiento se derrocharían inmensos esfuerzos, en forma inútil y perniciosa, coartando en muchas oportunidades la libertad de los sujetos señalados como responsables de una acción delictiva, en extremos de modo y tiempo realmente indignos de una sociedad civilizada y de un Estado de Derecho.

Bajo estos parámetros inicialmente se tocará lo referente a la Instrucción en su concepto, naturaleza, y características, y como apéndice se puntualizará sobre algunas particularidades de la reforma que tarde o temprano deberá adecuarse al sistema procesal costarricense para ajustarlo a las exigencias de una correcta administración de justicia penal y a las posibilidades de un país pobre como el nuestro.

## A. LA INSTRUCCION

### 1. Concepto:

En torno a la instrucción se han dado varias definiciones, unas nos la describen como un simple procedimiento, sin destacar algunos de los poderes formales que surgen de la relación procesal que es el núcleo y esencia del proceso, y sin perfilar sus cometidos prácticos, otras, en un sentido dinámico, precisando algunos de los más significativos de esos poderes, de modo que resulta útil determinar entre ellas la que engloba ambas facetas: Así, hay autores que definen la instrucción como:

*"La fase eventual<sup>3</sup> y preparatoria del juicio que cumple un órgano jurisdiccional en virtud de la excitación*

*oficial de la policía o del Ministerio Público en forma limitadamente pública y limitadamente contradictoria para investigar la verdad acerca de los extremos de la imputación penal y asegurar la presencia del imputado con el fin específico de dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento"*<sup>4</sup>

Otros señalan que:

*"La instrucción es la fase preparatoria, preliminar y ordenadora del juicio, realizada por escrito y en forma limitadamente pública y limitadamente contradictoria que tiene por fin establecer la verdad acerca del presunto hecho delictivo para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento"*<sup>5</sup>

Por último otros más la definen como:

*"La etapa o momento del proceso en el cual los órganos judiciales se dedican a recoger todos los elementos de prueba referidos a un hecho que se presume delictivo a fin de individualizar a los culpables y establecer las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho"*<sup>6</sup>

*"la etapa o momento del proceso, cumplida por acusadores, particulares autorizados y órganos judiciales, cuyo fin es acreditar la existencia de un hecho supuestamente delictivo y la individualización de los culpables como partícipes en él, dando base a la acusación, al sobreseimiento o a la sentencia."*<sup>7</sup>

En realidad todas estas definiciones proporcionan un concepto más o menos semejante, cuyo común denominador es destacar la instrucción como una parte, fase o etapa del proceso penal en la cual se busca anticipar la necesidad del debate como estadio subsiguiente, o el advenimiento de una sentencia de sobreseimiento como culminación anticipada del proceso, respecto del proceso posterior al que eventualmente se dirige. Para seguir adelante escogemos la brindada por

3. Sobre este carácter de eventualidad, existe un reparo contundente y admisible sostenido por Torres Bas Raúl Eduardo en su obra "El procedimiento Penal Argentino", pág.20.

4. VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, pág. 130.

5. CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomos I y IV, págs. 315 y 11.

6. ALCALA-ZAMORA y DEL CASTILLO NICETO. *Estudios de Teoría e Historia del Proceso*.

7. TORRES BAS, Raúl Eduardo. *El Procedimiento Penal Argentino*. Tomo I, pág. 20

el autor Argentino Vélez Mariconde, que, con todo y el rechazo al calificativo de "fase eventual", resulta ser la más completa al destacar tanto los aspectos dinámicos como formales del proceso, definición que nos proporciona tanto las características, como objetivos de la instrucción, y que recoge nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 185.

Tres factores iniciales vale destacar desde ya como resultado del concepto de Instrucción: 1-Su ligamen con un proceso posterior como parte de un proceso complejo, y con ello, su perfil procesal por ende. 2-Su carácter investigativo y; 3-la actuación de un órgano jurisdiccional como regente de la misma.

### 1.a LA INSTRUCCION EN SENTIDO GENERICO

Desde el punto de vista genérico, se ha denominado instrucción no solo al proceso que conforma la INSTRUCCION FORMAL, sino también a la denominada INSTRUCCION SUMARIA. La primera es aquella que practica el Juez Instructor, la segunda la cumplida por los Agentes Fiscales en representación del Ministerio Público con arreglo al artículo 401 y siguientes concordantes del Código de Procedimientos Penales. Bajo este aspecto, instrucción viene a ser sinónimo de investigación y de simple procedimiento, que es lo único que tienen en común la instrucción formal y la sumaria,<sup>8</sup> dejando de lado precisamente la presencia de aquellos tres aspectos característicos sobre los que supra puntualizamos, pues la instrucción sumaria no es proceso, sino simple procedimiento, por la ausencia del órgano jurisdiccional y con ello, de una relación procesal que exige un contenido tripartito.<sup>9</sup>

Este concepto genérico debe ser dejado de lado en aras de una precisión técnica de la instrucción, por ello algún sector de la doctrina llama al procedimiento llevado a cabo por el Ministerio Público, "Información previa a la citación directa", y así dejar la noción de instrucción en forma exclusiva para el proceso a cargo del Juez Instructor, porque lo que hace el Agente Fiscal en este caso, es únicamente preparar los elementos que le permitirán sostener una acusación ante el Juez correccional, (Juez Penal en nuestro medio) pudiendo en el eventual caso de que detecte la concurrencia de una causal de sobreseimiento, o que por el contrario no reúna fundamentos suficientes para hacer la citación directa, pedir al Juez Instructor que se sobresea o se dicte una prórroga extraordinaria luego de convertir la información previa en instrucción; resoluciones que únicamente podrá emitir el Juez de Instrucción. Realiza así el fiscal, una labor eminentemente investigativa y no cognoscitiva como se observa, de ahí que también

se designen los dictados del éste, como simples proveídos y no como resoluciones, aún cuando en la práctica se utilice el segundo de los vocablos. Tal aspecto reviste especial importancia para el ejercicio de los medios de impugnación, situación que igualmente es confusa en la actividad práctica.

### 1.b- INSTRUCCION EN SENTIDO RESTRINGIDO

Restrictivamente, Instrucción es solamente el proceso verificado ante el Juez Instructor, en los casos en que la ley establece la sujeción a su procedimiento, (artículos 184 y 402 del Código Procesal). Se concreta a los delitos penados con prisión superior a los tres años, admitiendo también que se siga por instrucción la investigación de delitos de simple contenido y penalidad cuando el imputado así lo solicite al Juez y éste lo estime conveniente, artículo 403 CPP.; o en los casos en que la complejidad o especialidad del asunto exija darle inicio de una vez mediando las garantías del proceso, anticipándose a la eventual conversión que debería en todo caso efectuar el agente fiscal artículo 402 ibidem.

Desde este ángulo, instrucción y proceso son sinónimos, lo que excluye que se designe tal la investigación realizada por los Agentes Fiscales que de seguido dejaremos al margen de la exposición.

### 1.c- FINALIDAD DE LA INSTRUCCION:

Se ha dicho que la instrucción tiene varios fines; de ahí que resulte importante a la hora de delimitar su concepto, determinar todos y cada uno de ellos a efecto de entender con mayor claridad la significación de esta etapa procesal.

En principio se afirma, que la instrucción implica una "**Inquisitio generalis**" como inclinación objetiva de la investigación hacia hechos que se presumen punibles, y han sido puestos en conocimiento del Juez por la instancia del Ministerio Público en la promoción instructora o requerimiento de instrucción formal, que

8. Con ésto se hace referencia a su carácter anticipativo respecto de la prueba y preliminar respecto de la acusación.

9. El error quizá proviene del hecho de que por parte de algún sector de la doctrina se le niega a la instrucción la categoría de proceso, al señalar que el Juez Instructor no posee poderes jurisdiccionales sustancialmente dichos, y que su categorización de Juez lo es sólo en sentido orgánico y por la simple circunstancia de pertenecer a la judicatura, pero sin desplegar poderes jurisdiccionales al no resolver sobre el fondo del asunto; esto último sobre todo en aquellas legislaciones en que le está vedado sobreseer.



importa la notitia criminis y que hay que diferenciar del ejercicio de la acusación<sup>10</sup>; y una "**Inquisitio specialis**" como dirección finalista hacia el descubrimiento y aprehensión de los autores del hecho concreto bajo investigación. Esta bifurcación es evidentemente académica<sup>11</sup> ya que en la práctica los fines que establece para la instrucción el artículo 185 del CPP. involucran derroteros objetivos y subjetivos en forma genérica.

Aparte de estos fines que pueden denominarse inmediatos, están los fines mediatos de los que ya adelantamos algo supra.

Uno de estos fines mediatos es el cometido de determinar, tanto la necesidad cuanto la posibilidad de la realización del debate como proceso subsiguiente, respecto del cual, y como veremos infra<sup>12</sup> deriva la instrucción su carácter de proceso preliminar; el otro, la procedencia del dictado de una sentencia de sobreseimiento. El carácter de mediatez e inmediatez de dichos fines deriva de un criterio procesal y no estimativo; ya que bajo el aspecto valorativo los fines inmediatos resultan ser los esenciales, aunque vengan precedidos por razones prácticas de los otros que fungen como presupuestos de la decisión que pueda ser adoptada en este orden, así, por ejemplo, se pretende averiguar si existe un hecho y quien es su responsable, para establecer si deberá realizarse un debate o emitirse un sobreseimiento, lo que subraya la importancia teleológica de los objetivos señalados.

Este juego de valoraciones implica el bastanteo y ponderación de los elementos que se recaben en la fase de investigación O "formativa" que es en la que se persiguen los fines inmediatos, vale decir la determinación de la existencia del hecho presuntamente delictivo y sus posibles responsables, fase denominada "**práctica**"; para incursionar en la determinación de la necesidad del juicio plenario, lo que se cumple en la "**fase crítica**" que es en la que se emiten las conclusiones sobre la vocación del proceso que puede finalizar también con un sobreseimiento, no obstante que tal resolución podría devenir en forma anticipada si el mérito de la investigación pone al descubierto alguna causal que la justifique, resolución por cuyo significado, no se le constriñe a un momento procesal determinado, sino que podría producirse en cualquier estado y grado del proceso como manda el numeral 318 del CPP.

Estas finalidades mediatas e inmediatas destacan una de las funciones naturales de la Instrucción, su carácter anticipativo y asegurativo respecto de la prueba, acoplando elementos de juicio que para el debate podrían resultar esenciales, sobre todo cuando se trata de actos irreproductibles. Igualmente pone de relieve

la necesidad de la conservación de cosas y personas relacionadas con el delito, como procedimiento cautelar que justifica la adopción de medios coercitivos reales o personales tales como los registros de locales, el allanamiento de moradas, la intervención de comunicaciones telefónicas<sup>13</sup>, la detención e incomunicación de los presuntos responsables, los secuestros de cosas etc.

Se destaca ya la instrucción, tal y como resulta evidente, como un proceso que se desenvuelve en fases e interfaces en el que la relación procesal se hace compleja y que empieza a modificarse desde que llega el momento en que debe emitirse el primer mérito sobre la causa, momento que puede producirse en un plazo de seis días contados a partir de la declaración del imputado o del último de ellos si fuesen varios<sup>14</sup>, aunque bien podría ser el único si se tratara de un sobreseimiento.

#### 1.d- MATIZ MIXTO DE LA INSTRUCCION:

El proceso penal mixto implica como ya es consabido, la influencia de los dos sistemas que a través de la historia, y según sea el momento histórico o político imperante se han ido alternando. Obviamente se hace referencia al **sistema inquisitivo** y al **sistema acusatorio** que llegaron a superponerse como producto de los movimientos filosóficos de finales del siglo XVIII en que se establece la vigencia y preponderancia de los derechos individuales. La Instrucción en sí misma resume la confluencia de ambos sistemas, aunque en ella predominan, en resguardo del interés público, y con prevalencia del principio de autoridad, en sacrificio del interés particular en algunos casos y siempre que ello no coarte derechos fundamentales del individuo, como el mismo derecho de defensa, las caracterís-

10. Vale aquí destacar que la acusación se esgrime hasta la fase crítica de la instrucción, y al emitir el requerimiento de elevación a juicio (Artículos 338, 341, Código de Procedimientos Penales).

11. Proviene esta diferenciación de los conceptos adoptados en la Ordenanza Francesa de 1670 que dividía el proceso en dos grandes secciones, dirigida una a detectar el hecho delictivo y la subsiguiente a encontrar y castigar a sus actores.

12. Aparte 2.a.

13. En nuestro medio y al menos de momento, deberá dejarse al margen esta posibilidad hasta que se armonice por reforma constitucional la posibilidad de recobrar en el ordenamiento la norma contenida en el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, dado el pronunciamiento de su inconstitucionalidad por parte de la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia.

ticas del sistema inquisitivo. Esto encuentra justificación según algunas posiciones en la necesidad de posibilitar la adopción de medios coercitivos que permitirán rápidamente proteger a la sociedad del hecho criminoso y de su responsable, aunque reflejamente, de descartar con igual rapidez un hecho irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, y descargar de responsabilidad a un imputado inocente o a favor de quien concurra alguna causal de sobreseimiento. No obstante y con el mismo resultado puede invertirse el orden de esas prioridades.

La tutela del interés público se da pues con mayor énfasis en la etapa de instrucción,<sup>15</sup> cosa que extraña a no pocas personas, sobre todo cuando se colocan desde el punto de vista de la defensa, olvidándose que en cualquier momento se pueden enfrentar a un hecho delictivo como víctimas o como encargados de la representación del damnificado por la acción antijurídica, que interviene como actor civil, lo que obviamente les dará un panorama muy distinto, tal concepción no descarta de ningún modo la imperancia de aquellos derechos individuales de rango constitucional a los que se ha adecuado precisamente, o deberá adecuarse el proceso.

Para el Juez Instructor, esta imperancia del sistema inquisitivo representa por lo antes dicho, no solo una gran gama de poderes formales, sino a la vez de responsabilidades, pues tales poderes quedan sujetos al poder-deber funcional, que implica su obediencia genérica a La Constitución y las leyes, contralor de las actuaciones del funcionario, quien deberá con firmeza en el caso necesario, pero con igual prudencia y ponderación, ejercitar todos y cada uno de los mecanismos coercitivos que en forma inquisitiva pueden operar en la instrucción. Ejemplos de este predominio inquisitivo son **la incomunicación del imputado** (artículos 44 de la Constitución Política y 197 del CPP), **los medios coercitivos reales y entre ellos los Allanamientos, registros, secuestros**, y otras diligencias de índole cautelar donde se da prioridad al principio de autoridad más que al de libertad por los motivos antes apuntados.

Sin embargo, y aunque reducidamente y básicamente en cuanto a oportunidad más que a intensidad, existen algunas expresiones del sistema acusatorio como son entre otros la defensa individual, los medios impugnativos, la indagatoria como medio de defensa y no de prueba, la intervención del Juez Técnico de carrera, la existencia de alguna dosis de contradicción aunque constreñida a momentos procesales específicos cuya máxima expresión es la misma fase crítica del proceso, siendo la más importante, el hecho de que los actos conserven un carácter instrumental y pre-

paratorio en relación con el debate, en donde solo en contadas excepciones expresas, se admite la inclusión de la prueba allegada en la instrucción en forma directa mediante la oralización o lectura<sup>16</sup>.

El enfoque de la situación expuesta facilita comprender lo que motiva que en la instrucción se ejerzan múltiples actos coercitivos que inicialmente podrían parecer al profano excesivos, pero que se encaminan a lograr que el primer contacto de la administración de justicia penal con el delito y con sus presuntos autores, le posibilite ejercer en mejor forma su cometido, aprehendiendo en forma certera y rápida aquellos elementos que podrían desaparecer o ser ocultados, aquellos rastros que lleven a una decisión ulterior adecuada y justa.

## 2. NATURALEZA

A continuación parece oportuno establecer algunos de los caracteres naturales del proceso de instrucción, para ello la exposición se dividirá en cinco aspectos atendiendo a la naturaleza preliminar, autónoma, y cautelar de la instrucción, a su determinación como proceso medio o proceso fin y a su conceptualización como jurisdicción plena o semi-jurisdicción.

### 2.a- PROCESO PRELIMINAR PREPARATORIO ORIGINARIO

Atendiendo a un criterio finalista de la instrucción, debe señalarse la misma como un proceso preli-

14. Artículos 286, 274 del Código Procesal: Sobre este aspecto no obstante, existe un importante pronunciamiento de la misma Sala Constitucional que señala que esta regla opera solo en el caso de procedimientos acumulados contra varios imputados que se relacionen con la comisión por parte de todos ellos, del o de los delitos bajo investigación, sobre la base del artículo 21, inciso 1 del Código Procesal, y no cuando se trate de imputaciones disímiles, y por causas acumulativas de las previstas en el inciso 2 del mismo numeral de cita, caso en el cual deberá resolverse, bajo un término individual contado a partir de cada una de las indagatorias, la situación de cada encartado.
15. Este es precisamente uno de los conflictos que más se presentan en la práctica, y de parte del abogado defensor principalmente cuando pretende que la instrucción se convierta en un proceso de amplio contradictorio y posibilidades de defensa más amplias de las que existen, entrando casi en un examen de la presunta pretensión jurídico-penal que ni siquiera ha sido deducida, motivo por el cual no entienden la escasez de poderes formales que le asisten al encargado con fines contentivos.
16. De aquí depende cómo se verá en adelante el carácter preparatorio de la instrucción que implica que los actos de instrucción figuran como base de la **acusación** y no de la **sentencia**.

minar originario, no sobrevenido, y en aspectos de conexidad, específico y no heterogéneo.

Al hablar del proceso preliminar, y siguiendo los conceptos del tratadista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,<sup>17</sup> hay que caer en cuenta que existen cinco tipos de procesos preliminares, tres de ellos son de carácter originario y dos de carácter sobrevenido. Dentro de los primeros situamos el proceso preparatorio, el preventivo (cuyo ejemplo más clásico es la conciliación) y el cautelar, (que se expresa en el ejemplo del embargo) y dentro de los segundo el prejudicial y el revisivo.

El proceso preliminar se define como:

*"El conjunto de actuaciones desenvueltas con anterioridad a un proceso principal en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquél"*<sup>18</sup>

Bajo este orden de ideas la instrucción es un proceso preliminar por razones obvias, en principio su existencia tiene por objetivo la determinación de la necesidad y posibilidad del juicio plenario como proceso ulterior, y en segundo lugar, cronológicamente precede a éste como un conjunto de actuaciones anteriores que podrían o no derivar en ese proceso secundario.

Este último aspecto es el que le da el carácter originario a la instrucción como proceso preliminar, ya que se desarrolla con anterioridad y no como consecuencia al proceso que podría decirse principal. Los procesos sobrevenidos por el contrario, anteceden al proceso principal pero por circunstancias que sobrevienen con posterioridad a su tramitación, como resulta con el proceso revisivo, aunque es evidente que el preliminar resulta ser el revisado y no el proceso de revisión, pero tal característica proviene de la eventualidad de que sea interpuesto el revisivo que lo convierte en su antecedente necesario.

Por razones de conexión, y analizando el vínculo que une a ambos procesos, el preliminar y el secundario, se dice que la instrucción es un proceso preliminar específico, pues va encaminado a posibilitar o a impedir una determinada y específica clase de proceso, el proceso de debate penal, esto por cuanto existen procesos preliminares que pueden estar relacionados con distintos tipos de procesos, lo cual significa un vínculo de conexidad heterogéneo que no se da en la instrucción.

Su carácter de proceso preparatorio, se lo da la característica de que pertenece al género de procesos que buscan remover una duda, deficiencia u obstáculo que debe ser despejada para incursionar en el proceso principal y lograr de este último sus fines trascenden-

tales en resguardo del principio de economía procesal.

## 2.b- LA INSTRUCCION PROCESO AUTONOMO:

Atendiendo a criterios relacionados con la necesidad o no de la derivación del proceso preliminar hacia el secundario, puede hablarse de procesos autónomos o no autónomos. Los primeros son aquellos procesos preliminares que no necesariamente van a producir la derivación hacia el proceso principal, sino que pueden por el contrario impedir el inicio de éste, no produciéndose el lazo de vocación interprocesal; los segundos por el contrario, aquellos que necesariamente y en todos los casos van a ir sucedidos del proceso secundario, lo que les da más bien un carácter de fase de aquél por faltarles autonomía y constituyen verdaderos pre-procesos.

La instrucción por su parte no está causalmente ligada con el juicio plenario como proceso sucesivo. En nuestro medio la instrucción puede dar por terminado el juicio sobre el hecho o en torno al imputado, dentro de ella misma, mediante la sentencia de sobreseimiento, que conforme a la norma del artículo 318 puede sobrevenir oficiosamente en cualquier estado y grado del proceso, eliminando la vocación interprocesal. Esto le da un carácter autónomo a la instrucción como proceso, pues dentro de ella misma puede producirse la sentencia definitiva sin que deba pasarse al proceso secundario.

Tiene también la instrucción como proceso autónomo, un momento inicial y un momento final. El "dies a quo" o momento inicial de la instrucción se produce cuando el sujeto titular de la acción, despliega la solicitud respectiva para que se inicie la causa, el acto de promoción instructoria, uno de las dos manifestaciones de la acción penal, la más elemental de ellas, lo que acontece cuando se dirige al instructor el Requerimiento de Instrucción formal que constituye una instancia o exitativa para que el Juez despliegue sus poderes de investigación, en torno a un hecho presumiblemente delictivo, y nunca, como se malentiende, el ejercicio de la acusación, ya que esta no podría llevarse a cabo sin tener individualizado a su destinatario, lo que constituye precisamente uno de los fines del proceso instructivo. Escuchada tal petición y realizada la valoración de la misma desde las perspectivas del artículo 188 del Código de Procedimientos Penales, que posibilita su rechazo cuando se determina que el hecho no constituye delito, básicamente por razones de

17. ALCALA ZAMORA y CASTILLO NICETO, *Op. Cit.* pág.482.

18. ALCALA ZAMORA y CASTILLO NICETO, *Op. Cit.* pág.455.

tipicidad, o que no se puede proceder por estar presente un obstáculo formal para el ejercicio de la acción penal constituido por un requisito de procedibilidad no salvado o por la presencia de alguna causa que implique la extinción de la acción penal, el Juez emite el dictado que ordena la investigación dando apertura a la causa.

El "dies ad quem" o momento final se produce cuando queda firme el auto de elevación a juicio o se dicta la providencia del mismo género que carece de cualquier recurso.

Dentro de estos extremos, existe realmente un proceso, estructural y funcionalmente, cuyas faces e interfaces hacen surgir una serie de poderes y deberes para los sujetos intervinientes, regido sistemáticamente en forma específica, que puede culminar en sí mismo sin que deba necesariamente trasladarse ante otros estrados para ponerle fin.

Desde este ángulo la autonomía puede ser entendida en dos facetas 1-respecto de la relación jurídica material, que involucra obviamente la pretensión jurídica penal y; 2-respecto de la relación procesal principal constituida por el proceso subsiguiente.

## 2.c- LA INSTRUCCION PROCESO PREVENTIVO Y CAUTELAR:

En relación a la naturaleza de la instrucción, se le señala como un proceso preventivo y cautelar, conservativo y anticipativo.

Se dice preventivo teleológicamente, desde dos puntos de vista -en sentido positivo, en cuanto se dirige a preparar y disponer en forma anticipada la realización del juicio plenario, destacando y recolectando todos los elementos que puedan ser útiles a aquél, y en un sentido negativo, -en tanto trata de prevenir genéricamente la necesidad de la realización del debate y determinar si éste es necesario o evitable en tanto estén presentes los elementos necesarios para culminar con una sentencia de sobreseimiento. Desde este punto de vista da apertura, aunque sea en forma justificadamente reducida por esos sus cometidos, a la defensa del imputado y a las instancias del Ministerio Público con el mismo propósito.

Su faceta cautelar se refiere básicamente a los elementos de prueba, cosas y personas, y se expresa en dos direcciones, **anticipativa y conservativa**.

El aspecto cautelar anticipativo, se relaciona principalmente con aquellos medios de prueba cuyos efectos podrán ser trasladados al debate, por tratarse de actos definitivos e irreproducibles de necesaria realización instantánea al momento de descubrirse el hecho presuntamente delictivo, comportándose la ins-

trucción como anticipadora de esa eficacia que se trasladará hasta el debate.

El carácter conservativo, se denota en la particularidad de que la instrucción hace sujetar, con utilización de los poderes coercitivos reales y personales aquellas cosas y personas útiles y necesarias para la realización positiva del juicio plenario, conservándolas hasta el momento en que aquel deba llevarse a cabo o por el contrario se descarte su posterior realización.

Con esto se evita la recopilación retardada de la prueba, que a veces resulta hasta imposible, practicándola con oportunidad. A ello corresponde la previsión de otorgar al instructor el poder de coercibilidad que parece a veces desmedido, pero que está positivamente reglado y busca impedir precisamente la pérdida de los elementos a que se ha hecho referencia, para dar lugar a un juicio justo en la mayor medida posible.

La comprensión o incomprensión de este aspecto es lo que en la práctica conduce a una desmedida utilización, tanto de parte del Ministerio Público como de los defensores, de instancias infundadas, con ofrecimiento de prueba impertinente o innecesaria o como la utilización de medios de defensa incongruentes con esta etapa procesal, queriendo muchas veces darle apertura a un contradictorio pleno que solo se justificaría ante las posibilidades de absolución o condena que surgen en el Debate y que no atañen a la instrucción como quedara expuesto.

## 2.d- LA INSTRUCCION PROCESO MEDIO O PROCESO FIN

Bajo este perfil de análisis, se busca detectar el carácter de la instrucción como un proceso medio en relación con el proceso principal o como un proceso fin respecto de la adecuación de la ley penal, procesal y sustancial, hacia su esquema de realización final.

Desde este punto de vista, el proceso instructivo sería un proceso medio, en el tanto que estuviera involucrada con un nexo causal necesario con el proceso principal, apareciendo como una simple fase procesal de aquél, imprescindible, y por la que necesariamente se ingresa, con el propósito de la apertura del proceso secundario, en orden cronológico pero principal, en punto a la finalidad de la justicia.

Tal situación se presentaría en el caso de que siempre, irremediable y necesariamente, la instrucción derivara en el juicio plenario manteniendo una especie de cordón umbilical con aquél sin que en ella misma, y en forma anticipada pudieran llenarse las necesidades de la Justicia, perdiendo autonomía y surgiendo como una simple fase inicial del proceso principal.

Proceso fin es la instrucción, en tanto en ella

misma pueda existir la posibilidad de la emisión de una resolución sobre el fondo del asunto bajo discusión, que cierre el proceso con autoridad de cosa juzgada material, como es el sobreseimiento; y de que así se satisfagan los cometidos de la justicia.

En nuestro medio, y bajo los conceptos reseñados, debe admitirse que la instrucción es un proceso fin, en el tanto que en sí misma puede encontrar satisfacción la necesidad de Justicia y en cuanto al Juez Instructor le está concedida la facultad de pronunciarse en sentencia sobre el fondo de la *cognitio causae*, y en virtud de que por ende la derivación hacia el proceso principal, que es el juicio plenario, es eventual, dándose un ligamen hipotético entre el proceso de instrucción y el de debate que bien podría no materializarse en todos los casos.

## 2.e- LA INSTRUCCION COMO SEMI JURISDICCION O JURISDICCION PLENA:

Siguiendo el mismo patrón de ideas señaladas en el aparte anterior, pero enfocando esta vez las facultades concedidas al Juez de Instrucción; vale destacar el carácter de la instrucción como semi-jurisdicción o jurisdicción plena.

La connotación de la instrucción como una semi jurisdicción proviene de un punto de vista intermedio entre aquel que niega que el Juez Instructor esté dotado de poderes jurisdiccionales y del que más bien se los atribuye absolutos.

Entendiendo que el Juez de instrucción la mayoría de las veces, emite dictados de carácter interlocutorio, que no resuelven sobre el fondo, se ha descrito tal actividad como la carencia de un poder jurisdiccional, en que toca al funcionario, en ejercicio simplemente de una actividad de impulsión y dirección del proceso, enrumbarlo hacia su desembocadura que es el debate, pasando por diferentes interfaces para depurar su estructuración y facilitar la decisión que en aquél deba adoptarse sobre la acusación, ejercida al clausurarse la instrucción. Se niega desde este punto de vista la posibilidad de que el Juez Instructor pueda emitir una sentencia sobre el fondo con categoría de cosa Juzgada material.

Sin embargo, en nuestro medio, tal enfoque no resulta admisible, puesto que el Juez de Instrucción, bajo la determinación de la presencia de alguna de las causales objetivas o subjetivas, taxativamente establecidas en la ley, puede poner fin anticipado al proceso, haciendo desaparecer la posibilidad de la realización del plenario, dictando el sobreseimiento del imputado o imputados haciendo gala de un poder jurisdiccional completo.

En otras legislaciones el Juez instructor carece de esa facultad y se considera que cuando la tiene invade funciones del Juez encargado del eventual debate, porque es a este último a quien le debe estar confiada la capacidad para decidir sobre el fondo del proceso, y a quien por su jerarquía e integración compleja, ya que casi siempre se trata de un Tribunal colegiado, le está conferida esa vocación.<sup>19</sup>

Desde otro punto de vista, puede admitirse que el instructor carece de una jurisdicción plena, en tanto podrá abordar el fondo del proceso solo y únicamente cuando deba emitir un pronunciamiento favorable al encartado, sin que pueda emitir una sentencia de condena. De aquí nace la afirmación de que al Juez Instructor le asiste un poder semi-jurisdiccional, en el tanto que su intervención para resolver el fondo del asunto, le está permitida en una sola dirección, para sobreseer en favor del o de los imputados. Así visto este aspecto es admisible la existencia de ese poder semi-jurisdiccional, el cual en efecto se expresa en las facultades que le asisten al instructor, y bajo el cual, siempre que no esté presente una causa que posibilite el sobreseimiento, y que prevalezca el mérito positivo respecto de la existencia del hecho, cuanto de la participación del imputado o imputados en el mismo, deberá remitir el proceso ante el Tribunal de juicio para la adopción de la decisión final.

Es así el instructor un funcionario jurisdiccional con poderes limitados respecto del fondo del asunto sobre el que podrá pronunciarse solo en la dirección comentada, lo que se conceptúa muy descriptivamente como una semi-jurisdicción.

## 3 CARACTERISTICAS

Atendiendo a un punto de vista finalista, y por consiguiente vinculándolo y relacionándolo con el eventual debate, la instrucción tiene un carácter preparatorio, posee una estructura ordenadora, y es un proceso con contradictorio reducido, de tramitación limitadamente pública y con una fase de conocimiento homogénea inmediata; lo que permite precisar sus características más importantes cuya disección resulta oportuno efectuar en lo sucesivo a propósito de lo que ha venido siendo el cometido de estas líneas:

19. Véase ALCALA ZAMORA y CASTILLO NICETO, *Op. Cit.* p.295.

### 3.a- PROCESO ORDENADOR

Se presenta el proceso de instrucción, como un vehículo indispensable para la individualización y compilación de los diversos elementos probatorios con el fin de satisfacer uno de sus fines eventuales. En efecto teniendo como meta el juicio plenario, que como vimos podría no llegar a materializarse, deberá el Juez instructor, y para ello está dotado de los poderes formales al efecto, determinar y recopilar asegurativamente, todos aquellos elementos probatorios que puedan ser indispensables a efecto de que en el juicio oral y público pueda aprehenderse la verdad real en torno a los hechos objeto del proceso. Con este fin deberá partir el proceso en forma ordenadora hacia la determinación en cada caso, y según la modalidad de la especie de la investigación, a detectar, y en ello influye mucho la experiencia y capacidad intuitiva del Juez, e individualizar aquellos elementos que permitan ponderar en su oportunidad los hechos bajo conocimiento en un futuro debate, deberá disponer todos aquellos medios de prueba permisibles que aparezcan oportunos al efecto señalado y sobre todo cuando se trate de actos definitivos e irreproductibles cuya influencia en el debate dependerá de su recolección bajo los tecnicismos que establece el procedimiento, efectuando la reconstrucción histórica del hecho y a la vez la documentación de las actuaciones.

Desde este ángulo deberá velar el instructor por la normalidad de los actos que concatenadamente permitan al proceso discurrir hacia su fase final, impidiendo que se arrastren vicios que puedan provocar la retracción del proceso hacia fases primitivas y de que con ello se afecte en unos casos el interés público y en otras el individual de los imputados.

Deberá en consecuencia desplegarse una función ordenadora sobre la prueba y sobre las estructuras del proceso mismo con el objetivo de posibilitar los fines primordiales de la instrucción.

### 3.b- PROCESO PREPARATORIO:

El carácter preparatorio de la instrucción, deriva igualmente de su vinculación posible con un proceso posterior y precisamente en función de aquél. son preparatorios los procesos en los cuales se busque disipar alguna duda o remover algún obstáculo o impedimento para que el proceso posterior aparezca como posible y necesario. Ante esto no hay duda alguna de la característica de la instrucción como proceso preparatorio.

Significa esto que la instrucción bajo la hipótesis de que debe ir sucedida del proceso principal de juicio plenario deberá preparar las estructuras formales para

que aquél se asiente, contribuyendo como presupuesto de aquél, dotándolo de la causa que justifique su materialización. Bajo este perfil debe entenderse que el proceso instructivo funciona como un antecedente necesario del proceso de debate, bajo la regla de que no podrá existir el plenario en ausencia de la instrucción, aun cuando de toda instrucción no deba necesariamente emerger el plenario.

En tal caso y como eventos preparatorios del debate, deberá la instrucción darle un destinatario a la acusación, lo cual se logra embrionariamente cuando se emite el dictado de procesamiento que permite correr vista en la fase crítica, al Ministerio Público para que concrete la acusación, proveer los hechos de una calificación aunque eventual, determinando su adecuación con las normas del derecho sustantivo penal en todos los aspectos alcanzables, determinando la presencia de agravantes, atenuantes, causas de exculpación, legitimación, de concursos de delitos etc. practicar las pericias, sobre los rastros y objetos del delito y en fin darle al juicio plenario una base sólida para que en él se pueda adoptar una decisión que satisfaga en la mayor medida posible las exigencias de la justicia, lo que no implica necesariamente una condena sino una muy bien fundada absolución.

Otra implicación de este carácter preparatorio es que básicamente toda los actos de la instrucción, salvo la excepción de los definitivos e irreproductibles, existen a propósito de posibilitar la acusación cuando corresponda, y no la de dar base a la sentencia de juicio plenario, aspecto que ha sido tan mal entendido en la práctica, que es producto de la existencia de muchos prolongados procesos, cuya duración en el tiempo no se justifica, y que obedece a reiteradas solicitudes de prueba no necesaria para el pronunciamiento fiscal que se ve dilatado innecesariamente.

### 3.c- PROCESO DE DERIVACION HOMOGENEA INMEDIATA

Observado la naturaleza del proceso preparatorio y del derivado, y luego la temporalidad de esa derivación, puede afirmarse que la instrucción es un proceso de derivación homogénea e inmediata cuando se da la vocación interprocesal o la vinculación entre la instrucción y la etapa de juicio.

Es homogénea porque a diferencia de lo que resulta con otros procesos preparatorios, en los que al menos hipotéticamente, la naturaleza del preliminar y el derivado puede ser disímil, produciéndose un heterogeneidad en el vínculo que los une; la instrucción penal esta diseñada necesariamente para desembocar en el juicio plenario penal con un vínculo

homogéneo de derivación en un proceso de la misma naturaleza. Del mismo modo, esta derivación se produce instantáneamente sin que exista una interface entre ambos, de modo que el dies ad quem de la instrucción, que es la elevación mediante auto firme o por medio de providencia, se convierte en el dies a quo del plenario, llevándose a cabo la finalización del preliminar y el inicio del sucesivo concomitantemente, y sin que sea necesario superar ningún otro escollo para que la *cognitio causae* sea trasladada del instructor al Tribunal de juicio, sino con un simple envío material de las actuaciones ante la firmeza del auto de remisión a juicio, cuando fuere necesario su dictado<sup>20</sup> o con el dictado de la providencia que carece de recurso alguno.

### 3.d- PROCESO CON FASE DE CONOCIMIENTO

Se afirma que la instrucción involucra una fase de conocimiento porque el Juez Instructor tiene la facultad de emitir resoluciones, de examinar y ponderar todas las actuaciones que ante él y con motivo del mismo proceso le sean sometidas, y resolver sobre el aspecto principal, aunque no siempre en forma definitiva, y sobre aquellos accesorios que caigan dentro de su órbita jurisdiccional. Esto implica que el Juez de Instrucción no sea un simple federatario público de actuaciones, ni un homologador, ya que posee además el gobierno procesal con una amplitud de facultades sobre la investigación. Sin embargo y solo en el caso de que le corresponda sobreseer, le está vedado al Juez de Instrucción la emisión de un juicio sobre el fondo del asunto en forma definitiva, sino que sus dictados serán propulsivos del proceso haciendo mérito sobre la imputación únicamente con este fin, y sin que pueda hacer pronunciamiento de condena ni sobre la pena, lo cual implica según enfoque doctrinario, que el conocimiento sobre la causa del proceso le está reducido y limitado solo a las finalidades del proceso y con un objetivo impulsivo del proceso hacia la etapa del juicio en la que sí se podrá decidir sobre los aspectos en que se ve limitado el instructor.

### 3.e- PROCESO CON CONTRADICTORIO INFERIOR

El surgimiento del contradictorio en la etapa inicial del proceso se produce por la adopción de las corrientes nacidas a partir de la segunda mitad del siglo XIX y como reconocimiento a la tutela necesaria del derecho de defensa para hacer figurar al imputado ya no como simple objeto sino como sujeto del proceso.

No obstante, por las particularidades de la etapa procesal, esta posibilidad contradictoria se ve reducida, no cualitativa sino cuantitativamente lo que se describe esquematizadamente como un sub-litigio.

A efecto de poder enfocar con precisión este último tema, parece necesario hacer una diferenciación entre lo que constituye la controversia preliminar con la controversia principal o de fondo, que equivalen a la misma división que hemos hecho entre los procesos de instrucción y de juicio.

A la hora de hacer esta caracterización se hace énfasis en que la controversia que se produce en la instrucción, en su grado y significación es absolutamente distinta a aquella que se lleva a cabo en la etapa de debate. En la primera, la instancia instructoria que se dedujo al inicio encontró su satisfacción al abrirse el proceso, y tanto la calificación dada al hecho como la imputación subjetiva quedan en suspenso hasta el momento de hacerse mérito sobre la imputación, en la que se le da un destinatario específico al proceso y una calificación provisional al hecho cuando se emite un dictado de procesamiento, dándose la posibilidad de que el mérito sea de sobreseimiento ante lo cual no se plantea ningún problema; o de falta de mérito, lo que obliga a continuar las indagaciones. A partir de aquí el proceso discurre casi por inercia hacia la recopilación de otros elementos de prueba para posibilitar el momento crítico, cuando viene precedido del procesamiento; o la prolongación extraordinaria de la causa, dentro de este discurrir de la fase práctica es muy poco lo que puede hacer tanto el Ministerio Público como la defensa, y que se reduce prácticamente al ofrecimiento de prueba bajo la limitación de ser necesaria y pertinente, a la impugnación de los dictados susceptibles de ser atacados, determinados en base al perjuicio que puedan ocasionar al lesionar derechos individuales de alto rango; o en su caso a la demostración de la presencia de alguna de las causas por las que corresponda sobreseer, o a establecer una excepción de las admisibles en el proceso<sup>21</sup>, o a pretender la eliminación de los efectos de algún acto o resolución por existir alguna causa de nulidad<sup>22</sup> de donde se observa que la actividad es básicamente destinada a ejercer un control formal del proceso con algunas posibilidades reducidas,

20. Artículos 342 y 344 del Código de Procedimientos Penales.

21. Únicamente aquellas que señala el artículo 329 del Código de Procedimientos Penales.

22. Solamente si existe previsión expresa o se violenta alguna de disposición relacionada con la normal integración y desarrollo de la relación procesal. Artículos 144 y 145 del Código Procesal.

de contradecir aspectos de fondo que precisamente deberán quedar reservados para el Debate oral.

La contradicción significa la existencia de la posibilidad de intercambio de pensamientos y la interacción entre los sujetos procesales, de manera que los actos de cada uno, estén sujetos al control de los otros, produciéndose una coincidencia de relaciones de carácter recíproco, permitiendo a cada sujeto ejercer sus derechos y facultades para contener el ejercicio que de las suyas hicieran los otros. Desde una faceta genérica y práctica, es "el derecho de hacerse oír por el Juez, de proponer e introducir sus propias pruebas y de rebatir las pruebas contrarias, la posibilidad de controlar la actividad de la parte oponente, y la posibilidad de refutar los argumentos contrarios"<sup>23</sup>

En la instrucción, estas posibilidades y derechos, a diferencia del debate, se encuentran limitados y reducidos, quedando circunscritos a momentos y situaciones procesales específicas; y sometidos al gobierno procesal del Juez, que podrá decidir irrecurriblemente algunos planteamientos,<sup>24</sup> y a presupuestos de admisibilidad y procedencia específicos, a fin de no adelantar el examen del fondo hacia la etapa de instrucción en la que no toca efectuarlo, y a posibilitar a corto plazo este examen, cuando corresponda en la etapa ulterior del proceso.

Se expresa así una diferencia notoria en el aspecto contradictorio entre la controversia preliminar y la principal; las posibilidades de ejercer una actividad propiamente contenciva queda delimitada en la instrucción a momentos y circunstancias específicas, todo con el propósito de que el proceso realice sus fines, dejando de lado por ello los argumentos tendientes a combatir aquellos aspectos que debèn ser objeto de examen en el juicio plenario y que por ende no lo son en el proceso preparatorio de éste.

Finalmente y dentro de la estructura misma del proceso de instrucción cabe hacer una diferencia necesaria: La Instrucción se divide en varios momentos, doctrinalmente reducidos a dos: la fase práctica y la fase crítica.

La primera se caracteriza precisamente por la indispensable reducción del contradictorio, ya que está caracterizada por una nota de urgencia, dirigida precisamente a la reunión y aseguramiento del material probatorio, no obstante dentro de ella se incluyen interfaces, una de las cuales se denomina la de "integración" en la que haciendo mérito sobre la imputación, se valoran inicial y provisionalmente los elementos recabados hasta ese momento pudiendo verificarse cualquiera de los tres dictados ya comentados, ella implica el surgimiento necesario de una actividad contenciva, circunscrita a lo que ahí fuere expresado por

ser una plataforma de formación del proceso.

Es en la fase crítica donde se da más apertura al contradictorio aunque en direcciones específicamente limitadas. Esta fase que nace con el cierre de las actuaciones y con la audiencia al Ministerio Público para que emita sus conclusiones constituye el momento de la instrucción en donde de plasmarse la acusación contenida en el pedido fiscal de elevación a juicio, podrá facultativamente la defensa, por medio de argumentaciones técnicas, posibilitar el reexamen de los méritos por parte del Juez Instructor, con una actividad evidente y absolutamente contradictoria. Es una fase de valoración y crítica del material recopilado en la fase práctica mediante el choque dialéctico para obtener la decisión final sobre la virtud del proceso. Resulta aquí indispensable, y no obstante criterios adversos, por ser la única posibilidad amplia de contradicción, una debida actuación de la defensa técnica para hacer de la oposición un verdadero instrumento para la toma de la decisión del Juez y no solo una actividad cumplida por simple "hacer procesal", como sucede en la práctica, donde el defensor renuncia a sus posibilidad de expresarse por medio de argumentaciones y planteamientos técnicos para recurrir a frases sacramentales con menoscabo la mayor de las veces de los intereses de sus defendidos, con menosprecio hacia su función y lo que es más grave con un desacierto sistemático a la hora de ejercer su derecho de contradicción en uno de los momentos más trascendentales y escasos del proceso.

## CONCLUSIONES

Múltiples conclusiones pueden obtenerse de lo expuesto, por ende considero procedente señalar únicamente aquellas que resulten ser a mi juicio las más importantes, sin que ello descarte la presencia de otros criterios no solo diferentes sino más acertados al respecto; los que espero que sucedan porque ello le dará verdadera importancia a esta exposición.

Inicialmente, cabe destacar la función y finalidad de la instrucción, Ella constituye como quedara expuesto, la única forma de ahorrar esfuerzos inútiles al Estado en la actuación de la justicia penal, permitiendo que pasen a juicio únicamente aquellos procesos en que se detecta la posibilidad de existencia de la infracción al ordenamiento jurídico penal, tanto como la presunta individualización de sus responsables, po-

23. CASTILLO BARRANTES, Enrique. *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*. Pág. 69.

24. Véase artículo 196 del Código Procesal respecto a la prueba.



niendo fin oportunamente a aquellos casos en que tal derivación pueda y deba ser evitada. Esto implica una actividad responsablemente certera tanto de los jueces de instrucción, como de los representantes del Ministerio Público, quienes deberán partir de esos cometidos.

De otro lado, habrá de entenderse como derivación de la circunstancia ya comentada, la necesaria brevedad del proceso de instrucción, y en ello deberá haber una mayor concientización tanto de agentes fiscales como de los defensores, y en la que deberá insistir el Juez Instructor mismo, para que, una vez concretizado uno de los dos fines esenciales de la instrucción, la posibilitación del debate, o la procedencia de la sentencia de sobreseimiento, no se dilate el proceso en divagaciones innecesarias, sobre todo cuando lo que se pretende con ellas, es anticipar el debate a una etapa muy primitiva en la que incluso no existen diseñados instrumentos para la adquisición de la certeza, o para la operación de la duda como causa de absolución.

De otra parte, resulta imprescindible llamar, a los representantes del Ministerio público sobre todo, a meditar sobre el carácter preparatorio de la instrucción, de modo que bien entendido se utilice únicamente para recopilar en ella los actos definitivos e irreproducible que deberán necesariamente por esta característica y como única excepción, trasplantarse incólumemente al debate, y de recibir las demás probanzas que dado el caso, posibiliten la deducción de la acusación que se materializa en el requerimiento de elevación a juicio. Ello por cuanto, pese a que se cuenta

con esa indispensable base, algunos agentes fiscales quieren además recibir prueba que no resulta necesaria y que prolonga injustificadamente el proceso hacia propósitos inútiles y equivocados sobre todo desde la mira misma del Ministerio Público. Un bien entendido proceso instructivo lejos de retrasar la actuación de la ley penal sustancial, como está sucediendo en la actualidad, independientemente de que el resultado sea de absolución o condena, debe ser vehículo para la realización de la misma.

Haciendo acopio de todas estas características del proceso de instrucción, no puede ni debe soslayarse su importancia y deberá por el contrario resaltarse la misma, advirtiendo que se trata de un proceso con un cometido propio y significativo, diseñado bajo un procedimiento que bien empleado ha de permitir al Estado seleccionar las causas sobre las que invertirá mayor tiempo y recursos en la averiguación de la verdad y en el descubrimiento de los delitos y en la sanción de sus responsables.

Son estos cometidos los que en la actualidad no se cumplen y los procesos de instrucción se convierten en verdaderos plenarios escritos, degenerando muchas de sus funciones a veces por culpa de los defensores, unas más a causa de los fiscales, pero también en muchos casos por circunstancias imputables a los jueces, de instancia o de apelación. Es tal vez una ojeada a los aspectos aquí expuestos, la que pueda permitir retomar el rumbo de la instrucción y dirigirla hacia sus verdaderos derroteros.

## APENDICE

### LA REFORMA AL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIFICAMENTE EN CUANTO A LA INSTRUCCION

Después de haber incursionado en el tema expuesto líneas atrás, donde se ha destacado la etapa de instrucción como un proceso, indispensable tanto para racionalizar la actuación de la justicia penal, al tener dentro de uno de sus cometidos la determinación de la etapa de juicio como una derivación necesaria y justificada; y de preparar a su vez el ejercicio de la acción penal, conjuntamente con la de permitir que aquellos casos iniciados por hechos no delictivos, contra imputados inocentes, o mediando causas que impidan el ejercicio de la acción penal o donde existan causas que hayan determinado su extinción, finalicen en ese primer estadio del proceso penal sin ocupar en ellos esfuerzos más profundos con derroche de tiempo y recursos del Estado; cabe hacerse dos preguntas en relación con el tema que ahora nos ocupa. ¿Es necesario reformar en nuestro país el proceso en lo que toca a la etapa de la instrucción? y; ¿Conllevará esta reforma la transformación o abolición de esos cometidos trascendentales de esta etapa procesal?

Las respuestas son afirmativa y negativa respectivamente, y los motivos que dan sustento a tales aseveraciones pueden ser resumidos destacando los de mayor envergadura como adelante se expondrá:

I- El primero de ellos hace eco de lo que se ha afirmado en algunas de las exposiciones de motivos de los proyectos existentes en torno a la reforma del procedimiento penal. En ellas se señala que las soluciones que se han dado en algunas sociedades, que se ven asediadas por la proliferación de la delincuencia, para impedir ese efecto, recurriendo a aumentar la gravedad de las penas, es equivocada; y a la vez reparan en que, resulta más acertado, adecuar los mecanismo de persecución de los delitos en respuesta a la demanda de seguridad, castigo justo y respeto a las garantías individuales, expresando así la eficacia misma del sistema jurídico penal, que es el efecto que percibe la sociedad en general sobre la respuesta dada por El Estado al delito, obteniendo de este modo la confianza y el respeto de la ciudadanía, previniendo con ello asimismo el aumento de la actividad delictiva.

II-Otra perspectiva importante, es aquella que busca desburocratizar la justicia penal, simplificando su trámite para obtener de ella esa agilidad y eficacia; llegando a producir efectos trascendentales como la

rapidez, la economía procesal y la mayor y mejor actividad del Juez en el proceso.

III-Más allá encontramos criterios no de menor significado como aquellas que señalan que el proceso penal debe ajustarse a las exigencias de estos años postreros del siglo veinte, que han provocado la aparición de nuevos problemas y han generado con el aumento de la población, y con la sofisticación de la actividad delictiva, delincuencias más numerosos, más complejas, que a su vez exigen mayor laboriosidad de los órganos encargados de la justicia penal, que deben recurrir en el futuro a procedimientos más prácticos, dinámicos y flexibles que les permitan cumplir en mayor y mejor medida con los propósitos a ellos encargados.

IV-Cabe señalar ahora un motivo de alto rango, y es que el procedimiento penal, como instrumento para garantizar la paz social, debe hacer gala de efectivos mecanismos de protección de las garantías individuales y ciudadanas, y debe operar para lograr ambos propósitos bajo un mecanismo ahora más adecuado que aquel que, sobre todo en nuestro medio, se encuentra plagado innecesariamente de matices inquisitivos.

Todas estas razones y otras más que pueden entretenerse alrededor de la problemática que abordamos, vienen a ser actuales y reales en nuestro país, pues es evidente que la justicia penal en Costa Rica es tardada y lo que es más grave, en muchos casos inoperante, ineficiente, debido a entramientos que ha producido el procedimiento penal que nos rige, sobre todo en lo que atañe a la etapa de la instrucción. Las causas son muchas, y la principal de ellas es quizá la confabulación de los vicios prácticos que se han creado y que han pasado perniciosamente a formar parte del procedimiento, la inadecuada intervención del Ministerio Público y la intrincada labor del Juez Instructor, que debe trabajar con eficiencia a cargo de la investigación y conjuntamente como responsable de la decisión sobre la virtud y méritos del proceso y sobre la operación de las medidas coercitivas, actividad que implica esfuerzos y cantidad de tiempo inmanejables y que a la vez compromete su posición ante su deber de tutelar muchas de las garantías individuales que entran en con-

flicto con el procedimiento y con su deber de investigador eficiente dentro de la causa, ya que la investigación está diseñada bajo formalidades con muy poca inclinación hacia la protección de esas garantías.

Consecuentemente se hace no solo necesario sino imprescindible trasplantar a nuestro sistema, sin que ello implique transformaciones sustanciales, algunas instituciones ya en función en sistemas procesales como el Italiano y el Alemán que vengán a modificar sobre todo la estructura de la etapa inicial y preparatoria del proceso, la instrucción, separando las dos actividades que en ella son esenciales, la de investigación y preparación de la acción penal, que deberá quedar a cargo del Ministerio Público, y la de decisión, que se encomendará a un órgano jurisdiccional que deberá intervenir, entre otras oportunidades significativas, siempre que se requiera realizar una actividad o tomar una determinación que afecte derechos fundamentales.

En nuestro país la reforma es urgente, y como causa de ello, cabe traer a comentario lo que ha sucedido con el despertar del régimen constitucional debido a la creación de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia. Esto equivale en el medio casi a la promulgación de una nueva Constitución, porque nuestra Carta Magna estaba relegada, casi en el olvido, y al recobrar ahora su vigencia, ha demostrado la incongruencia de muchas disposiciones procesales, con sus normas, dejando el procedimiento privado de una serie de cometidos, poniendo incluso de relieve que la función ya comentada del Juez instructor, es inmanejable para un solo órgano, que, como se ha demostrado, con la responsabilidad de investigar y decidir se ve obligado, a causa de la escasez de tiempo a no poder, salvo que labore en espacios de tiempo totalmente inhumanos, a no poder fundamentar debidamente cada una de sus decisiones, o a no lograr investigar debidamente todas y cada una de las causas bajo su conocimiento. El primero de estos problemas es el que ha dado motivo a que gran cantidad de recursos de Hábeas Corpus sean declarados con lugar, y si se observan los votos respectivos, no es por el empleo abusivo de las facultades del Juez, sino por la ausencia o insuficiencia de motivación en los dictados o por la adopción de decisiones bajo fórmulas vacías, todo como producto de la inmanejable tarea que tiene en sus manos el Juez de Instrucción.

Esto exige una inmediata solución, que es relevar al Juez de Instrucción de una de esas dos tareas, la de investigar o la de juzgar, y obviamente deberá ser de la primera, caso contrario el sistema se dirige hacia el colapso, y a ello se deben los constantes reclamos de la ciudadanía, porque ahora el Juez debe administrar su

tiempo en ambas actividades con sacrificio de su salud y sus ocupaciones privadas, entre ellas la atención a su familia, y no es humanamente posible que salga adelante, máxime con la incompreensión de los otros dos sujetos procesales esenciales, el Ministerio Público y la Defensa, que lo asedian con pedidos y pretensiones no acordes con la etapa de la instrucción, pretendiendo anticipar dentro de ella el juicio plenario; por ello seguirá lenta la justicia o seguirán existiendo los dictados carentes de debida fundamentación por escaso estudio o por la limitación de tiempo. La solución deberá encontrarse a muy corto plazo y los posible remedios ya están dados e incluso funcionando en otros sistemas.

La transformación no es sustancial, y no significa en modo alguno variar los cometidos de la instrucción, sino solamente dividir las responsabilidades en ella inmersa, dejando a cargo del Ministerio Público la preparación del ejercicio de la acción pública con la recopilación de elementos que pongan de relieve la procedencia y justificación del debate, teniendo dicho órgano a su cargo las facultades que en este sentido corresponden ahora al instructor, y éste únicamente será como se le designa "un Juez de Garantías" que intervendrá en la toma de las decisiones más importantes del procedimiento, entre ellas las que afecten derechos fundamentales, como la de la detención del imputado, y la adopción de medidas coercitivas, así como en la práctica de actos definitivos e irreproducibles cuyo trasplante al debate se admite por excepción. Se trata de una nueva y más práctica organización de las estructuras del proceso, sin la pérdida de la esencia de sus instituciones, y más bien la incorporación de nuevas instituciones que permitan hacer más ágil el accionamiento de los órganos de la justicia penal; como son por ejemplo la posición protagonista de la víctima, la disponibilidad de la acción penal, la suspensión del proceso a prueba, la limitación de los medios impugnativos a una fase específica del procedimiento, la clausura provisional, y otras.

Otra innovación la constituye el implantamiento, como disección del actual proceso de instrucción, de un procedimiento intermedio que equivale a la actual fase crítica o de clausura y elevación a juicio, diseñada para ser conducida por un tribunal que ejercerá acciones de saneamiento del proceso y decidirá sobre la virtud de la causa para justificar el juicio plenario, el sobreseimiento o la clausura provisional, en un enfrentamiento dialéctico y evidentemente contradictorio que resalta y salvaguarda la preponderancia del derecho de defensa, resolverá sobre la intervención de otras personas como la víctima en el proceso y examinará por vía impugnativa horizontal,

no vertical, las decisiones adoptada en la instrucción antecedente, en la cual se verán reducidos los medios impugnativos a escasas oportunidades cuando se trate de contener medidas de coerción personal, para darle celeridad al procedimiento.

Se ha tratado aquí específicamente con las posibles modificaciones que requiera hacerse en la etapa de la instrucción, pero las modernas corrientes traen consigo otras bondades aplicables a otras modalidades institucionales del procedimiento y correspondientes a otras etapas del mismo, que han sido dejadas de lado

por lo particular del tema de esta exposición, pero que pueden ser consultadas sobre todo en los proyectos de Código Procesal Penal para La República de Argentina, y de Código Procesal Penal para la República de Guatemala.

No obstante este simple vistazo permite percibir ya de la necesidad de efectuar reformas, de los motivos en que ellas se fundan y de la premura que existe al respecto, lo cual destaca el hecho de que a muy corto plazo deberán esperarse soluciones.

### BIBLIOGRAFIA

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO, *Estudios de Teoría General e historia del proceso* Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 1974 Tomos I y II.

CLARIA OLMEDO JORGE, *tratado de Derecho Procesal Penal* editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 1968, tomos V y VII

CASTILLO BARRANTES ENRIQUE, *Ensayos Sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1977.

"Codice de Procedura Penale." Instituto Poligrafico dello Stato, Roma, Italia.

GOMEZ COLOMER JUAN LUIS, *El proceso Penal Aleman* Casa editorial Bosch, Barcelona, España, 1985.

LEONE GIOVANNI, *Tratado de Derecho Procesal Penal* Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Ai-

res, Argentina 1963,

MAIER JULIO, *La Ordenanza Procesal Alemana*

NUÑEZ RICARDO, *Código Procesal de la Provincia de Córdoba* Editorial Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1978.

PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ - GUTIERREZ DE CABIEDES Y FERNANDEZ EDUARDO, *Derecho Procesal Penal* Editorial Tecnos, Madrid, España, 1982.

TORRES BAS RAUL EDUARDO, *El Procedimiento Penal Argentino*, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1986.

VELEZ MARICONDE ALFREDO, *Derecho Procesal Penal* Editorial Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1969.

PROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL República de Guatemala, 1990.

# LA DECLARACION DEL IMPUTADO: UN MEDIO DE DEFENSA O UN MEDIO DE PRUEBA

Lic. Eddie Alvarado Vargas  
Agente Fiscal

## 1. INTRODUCCION

En esta breve exposición vamos a profundizar sobre la declaración del imputado<sup>1</sup> normalmente denominada "indagatoria", la cual se diferencia de la declaración producida por una presentación espontánea<sup>2</sup> del acusado, lo mismo que de la declaración de este último al cierre del debate<sup>3</sup>.

Aclarado este punto diremos que la "indagatoria" hoy en día es concebida por una parte considerable de la doctrina como un medio de defensa<sup>4</sup> en tanto que otro sector considerable de la doctrina la visualiza ante todo como un medio de prueba<sup>5</sup>. Aquí debemos señalar que mientras el medio de defensa indica una inequívoca posición como instrumento utilizable a fin del éxito de la defensa material del acusado, el medio de prueba, por el contrario, es un instrumento que puede utilizarse para hacer llegar elementos de prueba al proceso, sin importar que estos sean asimilados como elementos de "cargo" o de "descargo". De esta forma los conceptos no se pueden identificar y su esencia y finalidad es diversa.

En nuestro medio ya ha señalado TIJERINO la confrontación que existe en la doctrina acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la declaración del imputado<sup>6</sup>.

Si observamos detenidamente las definiciones que dan los diversos tratadistas sobre este instituto, veremos como estos asumen la posición de otorgarle a la "indagatoria" la característica de medio de defensa, de medio de prueba o de una mixtión de ambos, pero en realidad no se profundiza sobre la "ratio legis" de la "indagatoria", sea, sobre la finalidad que el ordenamiento persigue con este instituto, más allá de las consecuencias que se puedan producir en su aplicación práctica. Y es aquí donde a mi humilde entender se ha confundido la

doctrina, pues observando las consecuencias referidas el concepto va ha adquirir matices subjetivos, cargados de connotaciones y supuestos de hecho, pero se pierde la visión de conjunto y la indagatoria termina por no ser definida sino caracterizada.

## 2. POSICION PERSONAL

Nosotros consideramos que la llamada "indagatoria" compuesta por a) la intimación de los hechos y cargos en contra de un individuo sospechoso de haber

1. República de Costa Rica; *CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES*, Artículo 45; "Los derechos que ley acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, la persona que fuere detenida como partícipe de un hecho delictuoso, o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra..."
2. *Ibidem*; véase artículo 264.
3. *Ibidem*; véase artículo 389.
4. CAFFERATA NORES; *LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1986, p.168; VELEZ MARICONDE; *DERECHO PROCESAL PENAL*; Tomo II, 3ª Edición Buenos Aires, 1969, p. 378; LEONE (Giovanni); *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL*, tomo II, Napoles, 1961, p. 251.
5. FOSCHINI, "L'interrogatorio dell'imputado" *L'imputado Studi*, Milano Giuffrè, 1956, p.49 y 58; GUARNERI, *LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL*, Traduc. Crístancio Vernaldo, Puebla, 1952, p. 286 FENECH, *Derecho Procesal Penal*, 3ª Ed, Barcelona, Lanor, 1960, ps. 651-652.
6. TIJERINO; "ACERCA DE LA DECLARACION DEL IMPUTADO", *Revista de Ciencias Penales*; Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Número 3 Año 3.

cometido un hecho punible, b) la eventual manifestación de este individuo acerca de esos hechos y cargos o su abstención a declarar al respecto y c) el interrogatorio a cargo del juez y las partes en caso de que el imputado haya declarado<sup>7</sup> es un acto procesal de naturaleza compleja destinado a garantizar al imputado su derecho a ser oído en el proceso frente a la acusación que existe en su contra, en acatamiento al principio constitucional del debido proceso<sup>8</sup> como parte integrante de un estado democrático de derecho. No otro es el fin de la "indagatoria", ahora llamada "declaración del imputado" y eliminada cualquier forma de coacción, previa a las manifestaciones del acusado. El estado, a través de la regulación normativa de este instituto procesal antes que pretender que el imputado salga ganancioso en el ejercicio de su defensa material, le interesa oírle, garantizarle un espacio procesal para este cometido, y luego si este ha declarado, aclarar las manifestaciones del acusado mediante las que estime conveniente, las cuales también pueden estar dirigidas a la búsqueda de la verdad real, adquiriendo así la indagatoria la eventual configuración de fuente y medio de prueba, sea de "cargo" o de "descargo", sin que por ello se pierda la esencia y finalidad del instituto en comentario tal y como lo hemos definido.

### 3. LA PRINCIPAL CONFUSION DOCTRINARIA

Partiendo de que el imputado no está obligado a declarar ni a prestar juramento sobre la veracidad de sus manifestaciones<sup>9</sup> algunos autores<sup>10</sup> han concluido que este instituto es indudablemente un medio de defensa, en tanto el imputado puede bien mentir, confundir o no manifestar nada, claro está con las limitaciones consabidas en el caso de los delitos de autocalumnia, calumnia, etc.<sup>11</sup> Sin embargo a esta posición puede oponerse que aún cuando el imputado mienta, ello no significa que vaya a salir ganancioso en el ejercicio de su defensa material; que el abstenerse a declarar en determinados caso puede más bien perjudicar al imputado y que el confesar puede ser en determinados casos la mejor decisión que puede tomar un imputado en aras de su defensa, si con ello demuestra su arrepentimiento. De esta forma reiteramos nuestra posición en el sentido de que la "ratio legis" del instituto es el garantizarle al acusado un espacio procesal para que si a bien tiene se manifieste sobre la acusación existente en su contra. Punto y aparte son las consecuencias que se produzcan en la práctica a raíz del ejercicio de la declaración del imputado, y así esta última se puede ver transformada en un medio de defensa o por el contrario, en una auténtica "trampa" para los intereses del imputado.

### 4. LA INDAGATORIA Y LAS CONSECUENCIAS EN LA PRAXIS

Partimos de la premisa según la cual un concepto debe identificar en lo posible el objeto al cual está referido de manera perfecta. Si decimos que la indagatoria es un medio de defensa debemos observar al objeto definido, en la realidad, para ver si esta afirmación es cierta, y si decimos que la indagatoria es un medio de prueba debemos utilizar idéntico procedimiento<sup>12</sup> en tanto el derecho pretenda ser una ciencia.

Lo anterior nos lleva a profundizar más sobre las consecuencias que se pueden producir en el mundo jurídico a raíz del ejercicio de la "indagatoria" como acto procesal, ello nos dará pistas a fin de determinar si la definición que hemos exteriorizado sobre este instituto es acertado o no.

Ante una "indagatoria" se pueden presentar los siguientes supuestos:

PRIMERO: Que el imputado se abstenga a declarar.

SEGUNDO: Que el imputado rechace los cargos: pudiendo tornarse así la indagatoria en un medio eventual de prueba a través del acusado, quien transporta elementos de prueba al proceso en función de órgano de prueba.

TERCERO: Que el acusado acepte la comisión del hecho delictivo y su responsabilidad en el mismo de manera total o alegando alguna causa de justificación o exculpación (lo que nos introduce en el tema de la divisibilidad de la confesión).

a) Ante la primera situación (abstenerse a emitir manifestación alguna) algunos podrían arribar a la conclusión de que la indagatoria es indudablemente un medio de defensa; sin embargo, en la realidad del mundo jurídico, muchas veces el no decir nada puede perjudicar al acusado: tanto al inocente, como al culpable que si hubiese "sembrado la duda" eventualmente pudo haberse favorecido al declarar; aspecto que es

7. REPUBLICA DE COSTA RICA; CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES; artículos 278 y 279.

8. REPUBLICA DE COSTA RICA; CONSTITUCION POLITICA; Art. 39.

9. REPUBLICA DE COSTA RICA; CONSTITUCION POLITICA; Art. 36.

10. VASQUEZ ROSSI, *La defensa penal*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal y Calzoni, S.C.C.; 1978, p. 113.

11. REPUBLICA DE COSTA RICA; CODIGO PENAL: Título XIV DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, Sección II, Artículo 319 (Autocalumnia); Título II DELITOS CONTRA EL HONOR, Sección única, artículo 147 (Calumnia).

parte de la habilidad del imputado en el ejercicio de su defensa material, y lo que la ley no prohíbe en tanto el acusado no está obligado a declarar contra sí mismo<sup>12</sup> ni a sufrir perjuicio (razón por la cual tampoco es punible el autoencubrimiento).

b) Ante la segunda situación: que el imputado rechace los cargos; esto podría llevar a muchos a considerar la indagatoria como la manifestación clásica y natural del derecho de defensa. Empero, si el imputado responsable "habla demasiado" ello podría perjudicarlo. El juez tiene la facultad y está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas las pruebas y hechos, incluidas las manifestaciones del imputado<sup>13</sup> y en determinado caso, el objetivo de defensa del imputado podría no coincidir con las circunstancias indiciantes de "cargo" que el juez haya observado a través de la declaración del acusado, circunstancias que unidas a una máxima de la experiencia por medio de un proceso lógico podrían conformar el indicio que unido a otras pruebas lleve a establecer la responsabilidad del imputado en la comisión del delito.

Moraleja: "rechazar los cargos no implica el éxito en el ejercicio del derecho de defensa"

Ya dice De Mauro que el interrogatorio del acusado no tiene como exclusiva finalidad de defensa del imputado pues en un acto tan importante del proceso no parece que pueda prohibirse al juez que infiera de las mismas palabras del imputado elementos incriminatorios. "Un imputado que durante el interrogatorio, se contraiga continuamente, o se apoye en circunstancias absolutamente inconciliables con las pruebas del proceso, favorece más a la acusación que a la propia defensa"<sup>14</sup>.

Pero nosotros también denotamos que no importa la forma en que el imputado declare, podría suceder que el juez no infiera ningún elemento de prueba sea incriminatorio o no, excluyéndose así la posición que define la indagatoria como medio de prueba.

Partimos con LEONE de que prueba es todo aquello que pueda llevar al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que se investigan y respecto a los que se pretende actuar la ley sustantiva<sup>15</sup>. Y en tanto la actividad probatoria se enmarque dentro del principio constitucional del debido proceso.

c) Ante la tercera situación: que el imputado confiese su responsabilidad total o parcial en la realización del hecho punible, algunos podrían concluir que la indagatoria es un medio de prueba incriminatorio, sin embargo, aún en este caso, el confesar podría favorecer al imputado que con ello muestre su arrepentimiento, lo que eventualmente le va a favorecer en la fijación de la pena en su contra<sup>16</sup> y más que si hubiese mentido frente a la existencia de abundante prueba de cargo. También, en el caso de que la ley prevea que la

acreditación de la participación de otros imputados en acciones delictivas favorezca al imputado que haya confesado pero además haya coadyubado al esclarecimiento del caso, la confesión, el decir la verdad, puede más bien ser parte integrante del ejercicio concreto del derecho de defensa: Vemos aquí como la indagatoria puede ser visualizada tanto como un medio de defensa, como un medio de prueba incriminatoria o de "cargo", sin que por ello vayamos a caer en el error de afirmar entonces que la indagatoria es un medio de defensa y un medio de cargo, porque esto significaría definir un instituto por una de sus consecuencias en la práctica. Lo cual atentaría contra los principios lógicos de identidad y contradicción<sup>17</sup>.

## 5. CONCLUSION

De todo lo expuesto podemos concluir que la indagatoria o declaración del imputado no es un medio de prueba ni un medio de defensa sino un acto procesal de carácter complejo destinado a garantizar el derecho del imputado a ser oído frente a la acusación que existe en su contra, constituyéndose en un espacio que puede ser fuente eventual de prueba de "cargo" o de "descargo" y que según las circunstancias concretas puede exteriorizarse como medio de defensa o como un medio de prueba, sin perder por ello su verdadera esencia.

12. REPUBLICA DE COSTA RICA; *CONSTITUCION POLITICA*, Art. 36. REPUBLICA DE COSTA RICA; *CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES* Art. 276.
13. ECHANDIA (Hermano) *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*, p. 1932 citado por CAFFERATA NORES, op. cit; p.330.
14. DE MAURO, *Manuale di diritto processuale penale* 3ª ed; Roma, Jandi Sapi, 1959, p.283, nota 2.
15. LEONE (Giovanni); *TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL*, Napoles 1961, p. 156.
16. REPUBLICA DE COSTA RICA; *CODIGO PENAL*, Véase Art. 71.
17. "La identidad es el ser una persona o cosa la misma que se supone es, y en lógica se expresa bajo la fórmula "A es A" p.150... "La ley de la contradicción establece que una persona o cosa no puede ser y no ser a la misma vez, por manera que no pueden ser válidos dos juicios, de los cuales uno expresa que alguien o algo es y el otro dice que ese alguien o ese algo no es. No pueden ser verdaderos a la vez los juicios "A es B" y "A no es B". En "EL CONTROL DE LA LOGICIDAD DE LA SENTENCIA POR LA CORTE DE CASACION PENAL"; Por DALL'ANESE RUIZ; en Revista *JURISPRUDENCIA CRITICA*; Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia; ILANUD, N°3, San José, Costa Rica, 1989.

## BIBLIOGRAFIA

## A. TRATADOS Y LIBROS

- 1- CAFFERATA NORES (José); "La Prueba en el proceso penal"; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- 2- CLARIA OLMEDO; "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, Ediar, 1964.
- 3- DE MAURO; "Manuale di diritto processuale penale, 3ª, ed; Roma, Jandi Sapi, 1959.
- 4- ECHANDIA (Hernando); "Teoría General de la prueba judicial"; citado por CAFFERATA NORES op cit.
- 5- FENECH, "Derecho Procesal Penal" 32ª, Edición, Tomo I, Barcelona Lanor, 1960.
- 6- FOSCHINI, "L interrogatorio dell imputato" publicado originalmente en "Annali di diritto e procedura penale 1943, "L" imputato, Studi", Milano Giuffré, 1956.
- 7- GUARNERI; "Las partes en el Proceso Penal" Traducción de Crisancio Vernaldo, Puebla, 1952.
- 8- VELEZ MARICONDE; "Derecho Procesal Penal", Tomo II, 3ª Edición, 1969. Buenos Aires.

## B. REVISTAS

- 1- CASTILLO GONZALEZ (Francisco); "La prueba indiciaria", en Revista Judicial, Costa Rica, año III, N° 11, marzo, 1979.
- 2- DALL ANESSE RUIZ (Francisco); "El control de la logicidad de la Sentencia por la Corte de Casación Penal"; En Revista Jurisprudencia crítica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia, ILANUD, N°3, San José, Costa Rica, 1989.
- 3- TIJERINO PACHECO (José María); "Acerca de la Declaración del Imputado" en Revista de Ciencias Penales de la Asociación Nacional de Ciencias Penales, N°3, Año 3.

## C. CONSTITUCIONES

REPUBLICA DE COSTA RICA: "Constitución Política de la República de Costa Rica", 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1990.

## D. CODIGOS

Código Penal, República de Costa Rica, Ley N°4573 del 4 de marzo de 1970, Editorial Porvenir, 6ª Edición, 1990, San José

Código de Procedimientos Penales, República de Costa Rica; Ley N°5377 del 19 de octubre de 1973, San José, Editorial Porvenir, Sexta edición 1991.



# EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL\*

*Daniel González Álvarez.*  
Magistrado de Casación Penal

## SUMARIO:

1.- Generalidades. 2.- Surgimiento del problema de la obligatoriedad. a) El monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. b) Terminología. c) Fundamentos del Principio de obligatoriedad. 3.- El proceso de selección de los asuntos penales. 4.- El principio de oportunidad. a) Conceptualización. b) Casos en los que puede prescindirse de la acusación. c) Controles sobre la escogencia del Ministerio Público. ch) Condiciones para prescindir de la acusación. d) Los efectos de la medida.

## 1. GENERALIDADES

Cualquier reforma al sistema procesal penal que se precie de serlo debe necesariamente transformar la política de las penas. No es posible hablar de una transformación del proceso penal, si no es en relación con un cambio político sobre la reacción ante la criminalidad, de un cambio también del sistema de penas y de los sustitutivos de éstas. Se trata de aspectos totalmente paralelos, de dos caras de una misma moneda.

Precisamente, uno de los grandes problemas en nuestro medio, que demuestra esta falta de correlación entre un aspecto y otro, lo constituye el hecho de que nuestros códigos (penal y procesal penal) no sean afines, pues responden a ideas, y a principios ideológicos muy diferentes. Sólo para ejemplificar, mientras que para el proceso penal, el imputado es inocente hasta que la sentencia lo declare culpable, el derecho penal sustancial permite sobre el imputado una serie de investigaciones anteriores a la condena que podrían infringir ese principio de inocencia, como lo es el exámen psicológico para fijar la pena. Una investigación de esta naturaleza se justifica en la medida en que el sujeto sea culpable. Los códigos corresponden, digamos, a diversos intereses, cada uno de ellos está orientado precisamente a principios ideológicos muy diferentes y son de distinta época y de diferente lugar también.

El segundo punto es el problema del garantismo. Yo se que ha habido una gran crítica y una injustificada reacción adversa, al menos al interno del sistema penal, sobre la intervención de la Sala Constitucional en el

proceso penal. En mi criterio la Sala Constitucional lo que hizo fue poner en evidencia el decaimiento de los principios acusatorios en el proceso penal costarricense, limitando el exceso y las actitudes inquisitivas que con gran arbitrariedad se estaban ejerciendo en ese momento. Si nos detenemos a examinar los recursos de hábeas corpus declarados con lugar, realmente nos podríamos percatar de la cantidad de actos arbitrarios, desautorizados e inconstitucionales, que los mismos operadores del sistema penal venían ejecutando con absoluta impunidad. Es cierto que se han interpuesto cantidad de recursos y se ha utilizado la amenaza de recurrir ante la Sala Constitucional como un mecanismo de presión y eso molesta a los jueces y fiscales. Sin embargo, se han declarado sin lugar cantidad de recursos, y hoy asistimos curiosamente a una disminución de los mismos.

En determinada oportunidad tuve que buscar algunas resoluciones de la Sala Constitucional donde declaraba con lugar recursos de hábeas corpus, para una investigación. Haciendo una selección arbitraria, escogí los primeros que pude localizar y fue pavoroso lo que me encontré. Por razones de tiempo, nada más me refiero a uno: Un juez de Instrucción que le pedía al imputado que presentara los testigos de cargo, es decir aquellos que comprobarían supuestamente su participación en el hecho delictivo que se le atribuía,

\* Resumen de la conferencia pronunciada en el Seminario "Perspectivas del Proceso Penal Costarricense, el camino hacia la reforma". Colegio de Abogados, Facultad de Derecho U.C.R., Abril 1992.

apercibido que si no los llevaba ordenaba su detención. No merece mayor comentario, hasta un lego sabe que existe algo irregular en esa actuación. Pues los otros casos también eran similares, y no crean que se trataba de jueces interinos y de lejanos lugares. Realmente la Sala Constitucional puso al descubierto la crisis del sistema penal y le tocó una misión no muy comprendida por los operadores del sistema penal, pero por dicha el olfato popular si se ha percatado de que ahora también existe otra alternativa para defender sus derechos fundamentales frente a la arbitrariedad de los funcionarios públicos, incluidos los jueces penales.

Se critican estas nuevas opciones de garantía para los ciudadanos afirmando que ahora hay derechos sólo para el imputado. Esta afirmación no es válida si apreciamos el problema en sentido contrario. Históricamente, ningún sistema penal que se haya caracterizado por arbitrario y represivo ha defendido a la sociedad. En los períodos históricos en los cuales ha regido un sistema procesal no garantístico, no se ha defendido en los Tribunales ni a los imputados, ni a los ofendidos; se han defendido otros intereses, pero no necesariamente los intereses de los ciudadanos, sean imputados, sean ofendidos o sean los familiares de los involucrados en un proceso penal, víctimas o no víctimas. Tampoco estos sistemas represivos han sido eficientes o idóneos para frenar o disminuir la criminalidad, sino todo lo contrario. La historia nos demuestra que en países en los cuales se instauró un sistema penal totalmente represivo, que no reconocía derechos ni garantías frente al poder del Estado, lo que ocurrió fue que los verdaderos delincuentes nunca fueron perseguidos y actuaron con absoluta impunidad, incluso aquellos que cometieron los actos más repulsivos, como violaciones y homicidios de grupos y familias enteras. La situación en un sistema de garantías es diferente y tenemos que aprender a valorarlo, pues el precio de no reconocerlo puede ser muy alto.

También se afirma que los controles de constitucionalidad implican un atraso para la administración de justicia. Es cierto que para hacer verdadera justicia es indispensable que sea pronta, pero debemos también reconocer como verdadero que un sistema que otorga derechos e instancias para defenderse no siempre es un sistema expedito. En uno de los países centroamericanos antes de instalarse la democracia, más o menos a finales de los años 70, existía un sistema que tramitaba los procesos penales aproximadamente en una semana. Pero yo no creo que esa celeridad haya sido transformada en garantía para los ciudadanos, ni para los imputados, es decir, el problema de la celeridad hay que verlo también con mucho cuidado, es un arma de doble filo. En la medida que se otorguen posibilidades de defensa,

en esa medida es probable que el proceso se alargue.

Yo creo que el proceso penal debe ser racionalmente corto, pero tenemos que escoger: o no damos ninguna oportunidad a la defensa para que pueda intervenir y reprochar ciertos procedimientos irregulares, entonces tendremos un asunto fallado en un mes; o se lo damos, y tendremos una justicia menos pronta. Desde luego eso no significa que no deba darse un plazo racional. El problema lo han resuelto algunos países con una fórmula que me parece acertada. Por lo general, en ningún país que siga el sistema continental europeo se han respetado los plazos señalados en los códigos para tramitar el proceso penal. Por ello la mejor solución en esos sistemas ha sido la de ponerle no un plazo al proceso, sino un plazo máximo a la prisión preventiva, cumplido el cual el imputado debe ser puesto en libertad sin perjuicio de que el proceso continúe siempre que la acción penal no haya prescrito. Con esta fórmula se pretende otorgar al Estado la posibilidad de someter a juicio y dictar la sentencia contra una persona privada de libertad, siempre que ello lo haga dentro de un plazo razonable, de manera que si cumplido ese plazo no ha logrado celebrar el juicio y dictar la sentencia, debe poner en libertad al imputado sin perjuicio de que el proceso penal continúe. Creo que esa es la mejor solución porque resuelve al menos el dilema práctico y humano del sujeto acusado de delito, sin descuidar la continuación del proceso penal para atender también los derechos de la víctima.

Por último, debo hacer referencia al problema de la oralidad del proceso penal. Nosotros los costarricenses, muy acostumbrados a enorgullecernos de nuestras instituciones frente a los demás latinoamericanos, siempre indicamos que tenemos un sistema oral en la justicia penal, y creemos que casi se parece al sistema anglo-americano donde todas las fases son orales. Pero ciudadano, ¿tenemos un proceso penal oral y público? Debemos reconocer que el debate se realiza en forma oral y con asistencia de público, pero de ello a que el proceso penal sea oral y público existe un gran trecho. Nuestros procesos penales duran meses y años, de los cuales sólo una o dos horas fueron orales y públicas, nada más.

Un procedimiento que por lo general tarda unos dos años en concluir, de los cuales algunos minutos fueron orales no es un sistema caracterizado por la oralidad y la publicidad. La verdadera dimensión se tendría cuando afirmemos que nuestro proceso penal es privado y escrito, con algunos matices de oralidad y publicidad antes de dictar la sentencia.

Es cierto, ese poco de oralidad ha sido muy significativo porque antecede el dictado de la sentencia, y esto es trascendente, pero tenemos que reflexio-

nar un poco con esto de que nuestro sistema es oral, para comprender hacia dónde debe dirigirse una verdadera reforma.

## 2. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD

### a) El monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.

Cuando estaba vigente el Código Procesal Penal de 1910 no tenía sentido hablar del problema de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, porque en aquella fecha cualquier ciudadano estaba autorizado para provocar el surgimiento del proceso penal, ya fuese mediante una denuncia o una acusación.

El Código Procesal Penal de 1973, puesto en vigencia en 1975, elimina a los ciudadanos la facultad de ejercer la acción penal salvo en los delitos de acción privada y en las causas contra los miembros de los Supremos Poderes del Estado. Para entonces se pensó que los procesos no podían utilizarse por razones de venganza, y por lo general los particulares no persiguen un interés altruista, además de que en la práctica fueron muy pocos los casos en que el particular asumía una verdadera posición de acusador. En la mayoría de los casos el juez se encontraba sólo frente al imputado, de manera que se hacía necesario ubicar un sujeto que en nombre de la colectividad y del mismo ofendido asumiera la tarea de acusar, ubicando al juez en mejor posición, interpartes.

Así se "creó" el nuevo Ministerio Público, adscrito al Poder Judicial, con funciones repotenciadas y específicas, sustrayendo esas tareas de la Procuraduría General de la República. Un órgano público que en nombre de la comunidad ejercería la acción de manera profesional y desapasionada, objetivamente, que debía perseguir la aplicación de la ley y colaborar con la administración de justicia.

Se instauró en su favor un monopolio en el ejercicio de la acción. A partir de entonces sólo ese órgano público está autorizado para ejercer la acción penal en delitos de "acción pública". Muchos son los aspectos positivos que pueden extraerse de esta escogencia legislativa, pero inicialmente provocó alguna reacción, que encontró eco incluso en la Asamblea Legislativa, al aprobarse alguna reforma al artículo 5 del del Código de Procedimientos Penales que luego se derogó, y al introducirse la posibilidad de que la Procuraduría General de la República también ejerciera la acción penal en asuntos de interés del Estado.

Además, cuando se encarga a un sólo órgano el

ejercicio de la acción penal existe el peligro de la inactividad, del incumplimiento de deberes, y ello justifica garantizarle al ciudadano, de algún modo, que si él no puede ejercitar la acusación, alguien lo hará en su nombre en forma obligatoria. Así surge el problema de la obligatoriedad, es decir del conjunto de disposiciones legales que garantizan que el Ministerio Público ejercerá la acción penal frente a hechos que en apariencia son delictivos, sin discriminar por razones arbitrarias (credo, religión, raza, nacionalidad, condición social o económica, posición política, etc.).

### b) Terminología.

Un buen sector de la doctrina se refiere al principio de obligatoriedad como idéntico a legalidad. Yo creo que debe hablarse de obligatoriedad y no de legalidad, porque el principio opuesto, sea el de oportunidad, en realidad es contrario al principio de obligatoriedad pero no al de legalidad.

En otros términos, cuando la ley le permite al Ministerio Público no ejercitar la acción penal (incluso por razones de oportunidad) está actuando legalmente, es decir cumple y se adecúa con el principio de legalidad, pero excepciona el criterio de la obligatoriedad. Si la ley prevé el principio de oportunidad, el Ministerio Público actúa legalmente.

### c) Fundamentos del principio de obligatoriedad

El principio de obligatoriedad se sustenta, en primer término, en el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia penal. En artículo 27 de la Constitución Política garantiza el derecho de petición ante cualquier órgano público, y el 41 idem, el derecho de obtener una decisión justa sobre las ofensas y daños de otros, moldeándose así un derecho a obtener tutela jurisdiccional.

Desde este punto de vista la acción constituye una especie del género: derecho de petición, motivo por el que debe garantizarse al ciudadano que el Ministerio Público cumplirá su función requirente de perseguir los delitos, porque el juez no puede actuar de oficio.

En segundo lugar, el principio de obligatoriedad se sustenta en el principio de igualdad jurídica señalado en el artículo 33 constitucional, en la medida en que no debe ni puede seleccionarse en forma arbitraria a los ciudadanos que deba acusarse ante la jurisdicción penal. Razones de credo, raza, condición social, cargos políticos, ideología, etc. no puede servir de sustento a una selección jurídica de los casos a tramitar ante la jurisdicción penal. En consecuencia, debe garantizarse

que el Ministerio Público actuará correctamente sin sujetarse en estos criterios.

En tercer lugar, el principio de obligatoriedad se sustenta también en la independencia del juez penal, en la medida en que se justifica que un sujeto distinto al juzgador sea el que asuma la función de acusador en forma obligatoria, aunque no lo haga a ultranza.

### 3. EL PROCESO DE SELECCION DE LOS ASUNTOS PENALES

Sin embargo no debemos perder de vista el origen del principio de obligatoriedad, porque hoy afirmar que tiene plena vigencia constituye un absurdo, al desconocer la práctica cotidiana que sugiere el funcionamiento del entero sistema penal, en la medida en que los casos son seleccionados en todos los niveles y con diferentes motivaciones.

En efecto, el principio deriva de teorías absolutistas de la pena, en las ideas de Kant y Hegel, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, lo que hoy no sólo es absurdo sino también imposible.

En primer término ningún sistema penal está capacitado para responder a todos los hechos delictivos que ocurren en su comunidad, ni la policía sería suficiente, ni los tribunales serían suficientes, ni las cárceles serían suficientes. Existe un margen muy amplio de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta. No sólo me refiero a las cifras negras de la criminalidad, es decir aquella que nunca se denuncia, sino además a la que habiéndose denunciado el mismo sistema es incapaz de descubrir y tratar. La verdad, debemos reconocerlo, el sistema penal se aplica más enfáticamente sobre ciertos grupos sociales y es más eficiente para la persecución de ciertos delitos, los denominados comunes y convencionales, pero no tiene respuestas para la delincuencia no convencional en cualquiera de sus dos formas: abuso de poder económico, y abuso de poder público o político.

En ese proceso de selección intervenimos todos, algunas veces hasta sin saberlo. En efecto, hasta la víctima selecciona, cuando no denuncia hechos delictivos ocurridos en su perjuicio porque no tiene interés en hacerlo, porque no quiere para evitarse problemas, porque desconoce sus derechos, porque su agresor se lo impide, entre otras razones. La policía también selecciona porque resulta imposible atender todas las denuncias, o porque no tiene idea de quien pueda ser el autor del hecho que se le denuncia. Piensen Ustedes qué puede hacer la policía frente a una denuncia de

una persona que señale haber sido víctima de la sustracción de una cadena de oro, cuando caminaba en la vía pública, donde pasó un sujeto desconocido a quien normalmente no puede siquiera reconocer, y le arrebató la cadena del cuello. O los delitos contra la propiedad, cuando el perjuicio económico de la víctima es muy pequeño. Recuerdo ahora también el caso de la venta de divisas, cuando tal hecho era delictivo la policía actuaba como agente provocador, y a raíz de unos fallos en los cuales se absolvió a unos acusados, la policía dejó de perseguir ese tipo de delitos, aún cuando continuó siendo delictivo por mucho tiempo.

También el Ministerio Público selecciona. Recuerden aquellos casos en que se denunció a todos los maestros y maestras del país por estar en huelga (abandono de funciones públicas). Se imaginan Ustedes lo que hubiera significado acusar a todos los maestros (miles), razón por la cual el Ministerio Público optó por perseguir solo a los cabecillas.

Pero también seleccionan los Tribunales. Recientemente se han hecho estudios comparativos sobre las motivaciones en la detención, y se han descubierto que los jueces son más indulgentes con las mujeres que con los hombres. Así también hay criterios selectivos distintos entre un Despacho y otro, sobre las razones que fundamentan seguir el proceso penal e ir a juicio.

Este proceso selectivo escapa a los controles jurídicos y políticos necesarios. Carece de transparencia porque generalmente no se admite, se oculta y en algunos casos se ignora. De ahí entonces que sea indispensable reglar ese terreno, comenzando por reconocer la verdad: que hay proceso de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad, para luego, por la vía de la excepción, reglar los casos en los cuales se pueda dejar de acusar.

Así como hay proceso selectivo, también en muchos casos es un absurdo seguir con el criterio de la obligatoriedad. Piensen en los casos en que se solicita la extradición de un extranjero por delitos de suma gravedad, la cual no puede ejecutarse porque en el país se le sigue causa o descuenta una pena por delitos menores, algunas veces ridículos. En igual sentido carece de racionalidad perseguir a un conductor irresponsable, que por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas perdió el control del vehículo y cayó a un barranco donde murió su propio hijo. Que más pena que la pérdida de su propio hijo ante su falta al deber de cuidado. Para este sujeto cualquier sanción penal será ínfima frente a la pena natural sufrida. O bien los casos en que una persona es objeto de extorsión por haber realizado una conducta delictiva menor, la cual no puede denunciar el hecho ante el temor de ser perseguido también por la justicia penal. En fin, pode-

mos señalar muchos casos en los cuales la instauración del proceso y la posible aplicación de una pena carece de sentido común y no beneficia a nadie.

#### 4. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

##### a) Conceptualización.

El principio de oportunidad trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo. Este sistema ha sido tradicionalmente seguido como regla en los países de tradición jurídica anglo-americana, pero también es adoptado, al menos como excepción al principio de obligatoriedad, en algunos países europeos, encabezados por Alemania.

El criterio de la oportunidad puede y debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

De acuerdo con estas ideas, el principio de oportunidad tendría como objetivos básicos, en primer término, descriminalizar cuando haya otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena. En segundo lugar, pretendería volver los ojos hacia la víctima en la medida en que en muchos casos exigiría la indemnización previa. Y, en tercer lugar, buscaría la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los atascados tribunales, de manera tal que les permita intervenir en los hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos.

En consecuencia, creemos que el principio de obligatoriedad debe mantenerse, pero que es necesario incrustar como excepción la oportunidad, estableciendo algunos casos previamente delimitados, en los cuales se autorice a los órganos públicos prescindir de la acusación y de la pena, cuando políticamente se ubiquen otros intereses superiores que hagan evidente que aquellas son innecesarias.

##### b) Casos en los que puede prescindirse de la acusación.

Cuando se pretenda introducir el principio de oportunidad, necesariamente debe exigirse que de pre-

vio se establezcan los casos en que puede prescindirse de la acusación, de manera que se conviertan en casos excepcionales, tasados y bajo control incluso jurisdiccional. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que hacen absurdo el proceso penal y la pena. Este extremo debe ser definido según la particular situación político-cultural del país, tomando en cuenta los avances jurídicos de la época, las experiencias de otros países con realidades jurídicas similares, y las condiciones, los recursos y las posibilidades reales para ser eficientes del sistema de justicia penal (policía, Ministerio Público, defensores públicos, tribunales, funcionarios penitenciarios, cárceles, etc.).

Sin pretender agotar la lista sólo como un punto de referencia para discutir, podemos mencionar los siguientes casos en los cuales podría autorizarse a prescindir de la acusación:

**b1- Frente a conductas socialmente adecuadas.** Es decir aquellas que la comunidad acepta como legítimas aún siendo típicas, para lo cual no es necesario esperar la absolución con el proceso.

**b2- Frente a los delitos de bagatela y de culpabilidad mínima de autor.** Los cuales por su escasa significancia, muchas veces no deben ser perseguidos, como por ejemplo el cambiar el color del automóvil, lo que en la Costa Rica de finales del siglo XX es un hecho delictivo, aún cuando no se tenga más propósito que el de embellecer el carro pero no se pidió el permiso a la oficina pública respectiva.

**b3- Aquellos que impliquen una pena natural.** Nos referimos a los casos en los cuales el autor del hecho recibió un castigo natural por la realización del mismo, como el del ladrón que perdió un pie o un brazo a consecuencia del balazo que recibió cuando pretendía consumir la sustracción; o el caso contado del conductor ebrio que ocasionó la muerte de su hijo al perder el control del vehículo.

**b4- Cuando lo justifique la persecución de delitos más graves.** En los supuestos a que hicimos antes referencia, de la víctima de extorsión, o quien entrega la dádiva en el delito de cohecho para sobornar al funcionario público, quienes podrían suministrar información y servir de excelente prueba por delitos más graves que los que pudieron realizar siempre que no corran el riesgo de ser encausados y sancionados penalmente también ellos. Esta posibilidad es muy efectiva sobre todo para contrarrestar la corrupción en la administración pública. Pero también nos referimos a los casos en que el sujeto suministre información eficiente para descubrir a todos los autores de hechos delictivos y ello sirva para enjuiciarlos penalmente,

sobre todo cuando se trata de delitos como el tráfico de drogas, trata de blancas, etc. Sujetos que están dispuestos a informar siempre que ello se traduzca en una posibilidad de resultar favorecidos. Desde luego, guardando todas las necesarias garantías para asegurarse que se trata de información verdadera, y ésta se confirme por otros medios.

**b5- Frente al arrepentimiento activo, o el desentimiento voluntario.** Se trata de aquellos casos en los cuales, no obstante el cambio de actitud del autor del hecho, que resultó idóneo para no producir el resultado, pero permanecen algunos hechos que por sí solos son constitutivos de delitos menores. Es evidente que si el sujeto se arrepiente o desiste en forma voluntaria, es necesario dar algún margen a los representantes del Ministerio Público para que puedan solicitar autorización para prescindir del ejercicio de la acción penal.

**b6- Frente a sujetos solicitados en extradición.** Desde luego cuando el delito que se les atribuya en nuestro país sea de poca gravedad y en todo caso de gravedad inferior al hecho que motiva la solicitud de extradición.

**b7-Etcétera.** Hemos elencado grupos de casos, sin pretender realizar una lista completa. La escogencia y la selección de los supuestos en los cuales puede prescindirse de la persecución penal y en consecuencia de la pena, constituye una cuestión que debe ser discutida y definida a nivel político, según nuestra tradición jurídica y social, pero sobre todo de frente a los intereses de los ciudadanos, más que de los intereses de grupos u organizaciones particulares.

### c) Controles sobre la escogencia del Ministerio Público

Desde luego que el principio de oportunidad conlleva también la necesidad de establecer adecuados y permanentes mecanismos de control sobre la escogencia del Ministerio Público, para lo cual es insuficiente establecer en la ley en forma bien detallada los casos en que puede prescindir de la acusación.

La diferencia entre la selección arbitraria de hoy y el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, está precisamente en la transparencia y los mecanismos de control del segundo.

Estos mecanismos de control pueden ser de diverso tipo. En primer término es claro que deben existir controles internos dentro de la estructura del Ministerio Público, para establecer quien puede prescindir de la acusación. En ciertos supuestos ello debe autorizarse al Agente Fiscal, pero en otros necesariamente deberá requerirse previamente la autorización del Fiscal de

Juicio e incluso del propio Jefe del Ministerio Público en forma expresa, dependiendo de la gravedad del hecho y la naturaleza de las circunstancias por las cuales se prescinde de la persecución.

En segundo lugar, los controles también tienen que ser externos, en cuyo caso debe exigirse la aprobación del Tribunal que debía conocer de la causa. El Ministerio Público debe realizar una gestión al Tribunal, informando que prescindirá de la acusación contra determinada persona, al estimar que se encuentra autorizado por una causal previamente delimitada en la ley. En estos casos debe discutirse si al Tribunal se le otorga la posibilidad de examinar el mérito del asunto, o bien si debe limitarse a verificar si concurren los supuestos de hecho previstos en la norma para que el Ministerio Público pueda prescindir de la acusación.

Otros límites genéricos también pueden establecerse recurriendo a la cuantía de las penas, o a la naturaleza de los delitos. En estos casos la ley establecerá que se puede prescindir de la acusación siempre que la pena por el presunto delito no supere de cierto monto, por ejemplo tres años; o bien, la ley puede excluir ciertos delitos aunque su pena sea inferior, como la agresión a menores de edad, abusos en el ejercicio de la patria potestad y otros delitos según su naturaleza. Se trata de una escogencia de política criminal, según los sentimientos y valores de nuestra comunidad.

En algunos supuestos debe informarse a la víctima de que el Ministerio Público ha decidido prescindir de la acusación, para que ésta manifieste su criterio, se oponga y eventualmente sustituya al órgano acusador. En este sentido algunos autores proponen la posibilidad de que ciertos delitos de acción pública, sobre todo los de bagatela, se conviertan en delitos de acción privada cuando el Ministerio Público opte por prescindir de la acusación, para que la víctima si lo estima necesario formule la acusación por estar en desacuerdo con la escogencia del Ministerio Público. Desde luego ello implica una mayor y más potenciada intervención de la víctima en el proceso penal.

Otras limitaciones pueden estar referidas al momento en que se puede prescindir de la acusación. En algunos casos la causal autorizante puede surgir después de iniciado el proceso penal, en cuyo supuesto debe autorizarse prescindir de la continuación del ejercicio de la acción penal, ya no de su ejercicio inicial. Consecuentemente, debe establecerse con claridad hasta qué momento puede operar la escogencia del Ministerio Público. Así, por ejemplo, la ley deberá indicar si esta opción la puede ejercitar el Ministerio Público sólo antes de iniciar el proceso, o antes de que concluya la fase de instrucción, o incluso -como lo

admiten algunas legislaciones- hasta antes de la celebración del debate oral en la fase de juicio.

#### ch) Condiciones para prescindir de la acusación

Desde luego la posibilidad de prescindir de la acusación puede estar sujeta a una o varias condiciones que debe cumplir el beneficiado con la medida.

En algunos casos es de suma trascendencia exigir, como requisito previo, que la víctima haya sido indemnizada, o al menos que se hubiere pactado con ella la fórmula para hacerlo, a su entera satisfacción, sobre todo en los delitos contra la propiedad. El imputado debe así garantizar la forma en que se satisfará la reparación civil.

Es importante también sujetar la escogencia a que el beneficiado se someta a una serie de condiciones durante un determinado período de prueba, según el caso, las circunstancias y los sujetos involucrados.

En este sentido los funcionarios deben ser imaginativos, y sin dejar abierta la posibilidad de exigir condiciones innecesarias o arbitrarias, debe al menos dejarse algún margen de discrecionalidad para que formulen algunas que ellos estimen indispensables.

#### d) Los efectos de la medida.

Otro aspecto que también debe regularse conjuntamente con lo anterior es el relativo a los efectos. Es necesario señalar en forma clara y específica las consecuencias de la medida adoptada, indicándose si constituye cosa juzgada o no, si puede o no reiniciarse la acción, y si ello es posible en todos o en algunos supuestos.

Parece conveniente, frente algunos delitos, que se "privatice" el ejercicio de la acción, dándole al ofendido la posibilidad de querellar ante la inactividad del Ministerio Público por escogencia expresa. Pero esta posibilidad no debe generalizarse más que a aquellos casos en que se estime indispensable, según una lista taxativa.

En igual sentido, creemos que en otros supuestos debe establecerse la caducidad de la acción penal, de manera que no pueda ser reiniciada ni por el ofendido ni por el Ministerio Público cuando ya se optó por prescindir de la acusación, como el ejemplo de la pena natural.

Desde luego, en otros casos, sobre todo cuando se ha prescindido de la acusación bajo ciertas condiciones, debe esperarse el cumplimiento de éstas para que opere la caducidad, de tal manera que si las condiciones no se han producido o no se han cumplido, siempre existirá la posibilidad de reiniciar la acusación. Piensen Ustedes en el caso del arrepentido, que suministrará información

para demostrar la culpabilidad de otros en una banda organizada (terrorismo, mafia, drogas, etc.). En estos supuestos debe esperarse prácticamente la conclusión del proceso seguido contra los otros para estimar que la acción penal contra el arrepentido caducó.

Existen otras cuestiones básicas que definir, pero creo que las anteriores permiten tener una idea de las cuestiones esenciales que debe debatirse para adoptar en Costa Rica el criterio de la oportunidad.

Ya para finalizar solo quería indicarles que estimo que nuestro sistema penal tiene necesariamente que cambiarse, sobre todo la fase de instrucción, pues no puede seguir como hasta ahora.

Uno de nuestros principales deberes está centrado en la necesidad de desformalizar el proceso. Eliminar la instrucción y dejar solamente una investigación preliminar en manos del Ministerio Público y la policía, bajo el control de un juez que venga a garantizar el respeto a los derechos fundamentales, puede solucionar el problema. Vean ustedes como la instrucción formal, como su nombre lo indica, es -perdonen la repetición- totalmente formal, es decir, es formalista: requisito tras requisito, firma tras firma, una nulidad tras nulidad para retrotraer el procedimiento.

Actuaciones como el procesamiento hoy parecen innecesarias. Es preferible que el Juez justifique la detención en lugar de verse obligado a realizar un examen muy preliminar sobre el mérito de la causa, cuando apenas comienza a recibir la prueba, pues muchas veces debe hacer verdaderos giros intelectuales para sustentar un juicio de probabilidad a esas alturas del procedimiento.

Por otro lado asistimos a una repetición continua e innecesaria de actos. Cuando llegamos a juicio, ya el testigo ha pasado como cuatro o cinco veces por el sistema penal, a veces hasta más. Primero le contó el hecho al investigador, después vino al Ministerio Público, muchas veces el Fiscal lo vuelve a llamar para ver qué fue lo que pasó y debe repetir lo ocurrido, después vuelve ante el Juez de Instrucción. Finalmente va a juicio y resulta que en la primera convocatoria llega a las 7:30 de la mañana, el debate debía comenzar a las 8:00, pero debe esperar hasta las nueve o diez de la mañana para que inicie, y en algunos casos a esas horas como no ha llegado el imputado, entonces le dicen que el juicio se suspendió y que después se le citará de nuevo. Lo vuelven a citar y de nuevo se presenta el mismo problema.

Esa es la concepción que muchas veces se forman nuestros ciudadanos sobre el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal, y es nuestra responsabilidad histórica cambiar esa situación transformando el sistema.

## HACIA UNA MODIFICACION DE LA FIGURA DEL JUEZ DE EJECUCION DE LA PENA\*

*Gilberth Armijo Sancho  
Magaly Calderón Cerdas  
Jeannette Castillo Mesén  
Carlos A. Chinchilla Sandí  
Lilliana García Vargas  
Silvia M. Madrigal Córdoba  
Johnny Mora Casadola  
Mario J. Piedra Montalbán  
Rolando Rojas Navarro  
Damaris Soto Pérez  
M<sup>a</sup> de los Ang. Villalta Vargas  
Especialistas en Ciencias Penales*

El Juez de Ejecución de la Pena ha surgido como una necesidad de mantener un control de legalidad dentro de la Administración Penitenciaria. Esta filosofía que informa al instituto, va paralela con el movimiento pro Derechos Humanos, que en todas latitudes ha tendido a considerar al detenido como un sujeto que conserva aquellos derechos pese a su situación de privación de libertad, filosofía que ha sido acogida e incorporada a los principios orientadores de nuestro Proceso Penal.

Sin embargo, pese a existir en nuestro sistema la figura del Juez de Ejecución de la Pena, el mismo no ha tenido el desarrollo y la importancia debida por diferentes causas; a nivel legislativo no se le otorgan los instrumentos necesarios para realizar de modo eficaz su función fiscalizadora y protectora de la legalidad. Por otra parte, el desarrollo judicial de éste, se ha visto limitado, entre otras cosas por la existencia de una sola vez para el territorio nacional, apoyado únicamente por dos secretarios en su despacho.

Se le ha denominado "Juez de Ejecución de la Pena" sin que ello refleje el verdadero contenido de su función, como ocurre en Francia de donde nuestra legislación tomó esta denominación y en donde el juez ha tenido amplias potestades en la ejecución de la pena. Por ello, en algunas legislaciones se le ha denominado "Juez de Vigilancia" como ha hecho Italia y España, en donde "la función del juez subsume tanto a la ejecución por cuanto también se vigila la ejecución de las penas:

inclusivo se ha propuesto la denominación de Juez Penitenciario. Sin embargo, conservamos el nombre de Juez de Ejecución de la Pena, fundamentalmente por razones prácticas, a pesar de que entendemos que esta denominación no es la más apropiada.

Conocemos de la existencia de gran cantidad de problemas de índole penitenciario, igualmente de la carencia de instrumentos jurisdiccionales y económicos que afectan al sistema; lo que ameritaría en la realidad una sistematización normativa global y la consecuente creación de una jurisdicción penitenciaria.

Ante la imposibilidad de poder materializar la reorganización total del sistema penitenciario, se hace necesario otorgarle mayores potestades al Juez de Ejecución de la Pena; a efecto de que sea un contralor de derechos de los detenidos y sentenciados. En doctrina esto ha sido afirmado por diferentes autores, entre ellos Antonio Doñate, magistrado español, quien refiere en su estudio sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en la página 214, lo siguiente:

*"... corresponde al Juez de Vigilancia velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, al consti-*

\* Proyecto presentado al Congreso Jurídico Nacional de 1989 y elaborado en el curso de "Derecho Penitenciario" del posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.



*tuir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".*

Las modificaciones que se pretenden introducir, no van dirigidas a variar la estructura penitenciaria sino, solamente permitirle al detenido (apremiados, indiciados, privados de libertad a la orden de Migración) y sentenciados, tener acceso a la vía jurisdiccional para reclamar sus derechos, otorgándole así un verdadero instrumento a la población penitenciaria para el control de la legalidad de los actos que le pueden perjudicar.

Consideramos que para una efectiva función en este campo, se hace necesario un mínimo de cuatro jueces que comprenden el territorio nacional, dividiendo su competencia en determinadas zonas o áreas del país que podrían ser: Alajuela, Limón, Puntarenas y San José.

Pretendemos modificar el artículo 518 del Código de Procedimientos Penales, eliminándole el último párrafo, referente a la consulta obligatoria ante el Tribunal que dictó la sentencia. En su lugar proponemos crear el Recurso de Apelación para las resoluciones que conozcan de medidas de seguridad y de libertad condicional, de esta manera sólo serán revisadas por el Tribunal las resoluciones apeladas por la parte interesada, recuperando con esto la autonomía que requiere la función del Juez Ejecutor. Ya la práctica ha demostrado que el trámite de consulta no ha sido efectiva, pues en la mayoría de los casos el Tribunal confirma; a pesar de ello consideramos pertinente implantar este medio impugnativo para no desvincular por completo al Tribunal que dictó la sentencia de las incidencias de la ejecución de la pena.

De vital importancia en un Estado de Derecho y de respeto a los derechos fundamentales del hombre, es abrir la posibilidad de que el detenido y sentenciado tengan la opción de reclamar de aquellas medidas que le afectan a sus más elementales derechos, los cuales de por sí estarían reducidos a su mínima expresión por su propia condición. En este sentido la doctrina ha enfatizado esa necesidad fundamental para el interno y obligatoria para el Juez de Ejecución de la Pena, como elocuentemente lo manifiesta Antonio Beristain en su libro "El delincuente en la democracia" al afirmar en la página 39:

"Con sólo la garantía de los recursos administrativos, los derechos fundamentales del preso no quedan suficientemente salvaguardados frente a los eventuales abusos del Poder Ejecutivo que actualmente va

invadiendo terrenos que en tiempos pasados le estaban absolutamente prohibidos. Piénsese por ejemplo, en el derecho del preso al trabajo, a la correspondencia epistolar con la familia, en el sencillísimo derecho (llamemoslo así) a fumar o a leer, o en otros verdaderos derechos elementales de las personas".

Por último, con respecto a la reforma planteada en el artículo citado, hemos considerado que la resolución del juez solamente debe tener Recurso de Revocatoria, pues de lo contrario implicaría la creación de una instancia superior al Juez de Ejecución de la Pena y no correspondería a un Tribunal común conocer de materia tan específica como la mencionada.

Se hace necesario integrar un nuevo artículo, que sería el 518 bis, el que vendría a modificar sustancialmente el actual numeral 519, en el sentido de que acorta el período de visita del Juez a los centros penitenciarios por lo menos una vez al mes, lo que permite detectar eficazmente situaciones irregulares y una comunicación directa con los reclusos para escuchar sus reclamaciones. Además, se crea un procedimiento sumario, por el cual el Juez al notar irregularidades en algunos de los centros penitenciarios visitados, pondrá en conocimiento de la autoridad administrativa correspondiente la situación para que sea corregida, so pena de las responsabilidades que le pueda acarrear su incumplimiento.

Estas variaciones van encaminadas a darle autonomía y poder de decisión al Juez, ya que en la actual regulación no se le da carácter vinculante a sus recomendaciones.

Eliminamos el informe que debe rendir el juez ante la Corte Suprema de Justicia, por ser un trámite innecesario, que se convierte en una gestión burocrática que no tiene un efecto práctico relevante. Como garantía indispensable para que las reformas expuestas sean eficaces, se hace necesario la instauración de un procedimiento idóneo y sumarísimo, acorde con la materia tratada. Sumarísimo en el sentido de que el mismo no puede exceder de 15 días, donde existe la posibilidad que a petición de parte o, si el Juez lo considera oportuno, se realice la audiencia oral y se dicte la resolución inmediatamente.

Concomitantemente se introduce la posibilidad de que el juez suspenda la ejecución de la medida impugnada, para aquellos casos que pueda causar perjuicio irreparable, lo que a todas luces, es

sumamente relevante, ya que es la vía efectiva por la que se materializa el resguardo de los derechos de los detenidos y sentenciados.

Una obligación que se le impone al juez en el procedimiento en comentario es la de levantar la información sumarísima de oficio, determinándose una le-

gitimación activa amplia, para gestionar los asuntos que afecten a los detenidos y sentenciados, tomándose en consideración a éstos, familiares, defensor, representante legal, Ministerio Público, u aún más, a cualquier funcionario público que tenga noticias de estas irregularidades, incluyéndose como interesados dentro de estas instancias al imputado, defensor, Ministerio Público, Instituto Nacional de Criminología o la autoridad administrativa que corresponda.

En virtud de lo expuesto, se solicita aprobar la siguiente reforma:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE  
LA REPUBLICA DE COSTA RICA.  
DECRETA:  
REFORMA Y ADICION AL  
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS  
PENALES  
(LEY N<sup>o</sup> 5377 DEL 19 DE OCTUBRE  
DE 1973).

Artículo 1<sup>o</sup>

Se varía en el libro Quinto, Título Segundo, la división capitular. El Capítulo Tercero pasará a ser el Capítulo Cuarto y a partir del artículo 518 se creará un capítulo Tercero, que se leerá de la siguiente manera:

CAPITULO TERCERO  
EL JUEZ DE EJECUCION DE LA  
PENA  
Funciones y deberes

Artículo 518

El Juez de Ejecución de la Pena será nombrado por la Corte Suprema de Justicia y dependerá de ésta. Podrá mantener, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de seguridad impuestas. También podrá conceder o revocar la libertad condicional cumpliendo los requisitos que establece el Código Penal.

En los casos anteriores la resolución tendrá recurso de apelación ante el Tribunal que dictó la sentencia.

Conocerá además de los asuntos que se susciten con ocasión de sanciones disciplinarias, o cualquier otra medida de custodia o tratamiento que impongan las autoridades penitenciarias que causen perjuicio, o que afecten los derechos fundamentales o los derechos y beneficios de los detenidos y sentenciados. Esta resolución sólo tendrá recurso de revocatoria.

Artículo 518 Bis

El Juez de Ejecución de la Pena deberá visitar todos los Centros Penitenciarios del país, por lo menos una vez al mes. En caso de encontrar situaciones irregulares, prevendrá a la autoridad correspondiente la subsanación de las mismas en un término de tres a quince días, e informará al Instituto Nacional de Criminología y al Ministerio de Justicia dicha situación. Cumplido el término y no habiéndose corregido las irregularidades, procederá de inmediato a poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos para lo que corresponda.

Así mismo, deberá el Juez visitar las unidades o etapas del Centro Penitenciario, con el fin de enterarse directamente de situaciones que pueden estar afectando a los detenidos y sentenciados, y dará trámite a las quejas que se le presenten por medio del procedimiento establecido en el artículo 519.

Del Procedimiento

Artículo 519

El procedimiento para conocer de las irregularidades que menciona el último párrafo del artículo 518, y el ordinal anterior se realizará por medio del levantamiento de una información sumarísima que no podrá durar más de quince días, y previa audiencia a los interesados que correspondan, resolverá lo pertinente. A petición de parte o si el Juez lo considera necesario, podrá otorgarse audiencia oral; al término de la cual se dictará inmediatamente la resolución. El Juez podrá suspender la ejecución de la medida impugnada en los casos en que su cumplimiento causare un perjuicio irreparable.

Artículo 519 bis

La información sumarísima deberá ser levantada de oficio por el Juez Ejecutor o a la solicitud del detenido o sentenciado, familiares, representante legal, su defensor, del Ministerio Público, o de cualquier otro funcionario público que tenga conocimiento de las irregularidades.

Para estos efectos, se tendrán como interesados, además del imputado, su defensor, y el Ministerio Público, al Instituto Nacional de Criminología o la autoridad administrativa que corresponda.

Artículo 2<sup>o</sup>

En un plazo de seis meses a partir de la vigencia

de esta reforma, la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio de Justicia, presentarán a conocimiento de la Asamblea Legislativa, un anteproyecto de Ley de Ejecución Penitenciaria y de sanciones por su incumplimiento, en el mismo, plazo improrrogable, se tomarán las demás medidas administrativas necesarias para

el fiel cumplimiento de la presente reforma.

Artículo 3º

Rige a partir de su publicación.

# JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

*Cecilia Sánchez Romero*  
Directora del Digesto de Jurisprudencia

## CONTENIDO

### RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

#### A- DERECHO PENAL

1. **ABUSO DE AUTORIDAD** - Detención de vehículo y posterior traslado a los planteles del MOPT sin permitirle al conductor su remoción.

2. **AGRESION CON ARMA** - Alcance del concepto "objeto contundente" - Uso de sombrilla.

3. **DAÑO MORAL** - Carácter facultativo del pronunciamiento.

4. **DAÑO MORAL** - Indemnización prudencial.

5. **DAÑO MORAL** - Necesaria demostración de su naturaleza y consecuencias habidas o posibles.

6. **DAÑO MORAL** - Procedencia en toda infracción punible que cause daños a intereses de orden moral.

7. **DEFENSA PUTATIVA** - Error de prohibición con efecto exculpante - Deber de indemnizar civilmente.

8. **DELITO CULPOSO** - Sustitución de los conceptos negligencia, imprudencia e impericia - Elementos de la tipicidad en el delito culposo.

9. **DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD** - Desacato a orden de derribo - Imposibilidad de impedir la ejecución de una sentencia interdictal.

10. **DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD** - Incumplimiento de resolución de la Sala Constitucional que no contiene mandato preciso y concreto no configura este delito.

11. **DOLO** - Análisis de su contenido en la legislación costarricense.

12. **EMOCION VIOLENTA** - Elementos básicos.

13. **ERROR DE DERECHO** - Análisis de su contenido - El

concepto culpabilidad es altamente graduable.

14. **ERROR DE HECHO** - Análisis de la estructura sistemática seguida por el legislador.

15. **ESTADO DE NECESIDAD** - Necesaria congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la permisión.

16. **ESTIMULACION O PROMOCION AL CONSUMO NO AUTORIZADO DE DROGAS** - Imposibilidad de relacionar conducta con operaciones de trasiego de drogas.

17. **EVASION** - Necesidad de una efectiva y real detención.

18. **HOMICIDIO** - Análisis del dolo eventual.

19. **HOMICIDIO CULPOSO** - Examen de los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo.

20. **HOMICIDIO CULPOSO** - Responsabilidad de conductores partícipes en competencias de velocidad o piques.

21. **HURTO AGRAVADO** - Agravación por uso de llave verdadera requiere una conducta conexas con el hurto encaminada a obtener la llave venciendo su protección.

22. **HURTO SIMPLE** - Las sumas que corresponden al impuesto de ventas no pueden integrarse al valor de los bienes sustraídos antes de su venta para establecer el requisito del artículo 208 del Código Penal.

23. **LEGITIMA DEFENSA** - Análisis de los requisitos.

24. **LEY DE PSICOTROPICOS** - Contenido de las conductas estipuladas en el artículo 18.

25. **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Cuando se comprueba la existencia de imputabilidad disminuida, se debe absolver y aplicar la respectiva medida de seguridad.

26. **NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES** - Contenido de la acción punible prevista en el tipo.

27. **PENA DE INHABILITACION** - La cancelación de licencia para conducir vehículos solo se puede ordenar ante los supuestos establecidos legalmente.

28. **PRETERINTENCIONALIDAD** - Homogeneidad de las lesiones jurídicas.

29. **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Necesaria relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado.

30. **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Responsabilidad solidaria del propietario del vehículo.

31. **RESPONSABILIDAD CIVIL** - Subsistencia a pesar de sentencia absolutoria.

32. **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO** - Homicidio cometido por guardia rural en funciones propias de su cargo.

33. **ROBO AGRAVADO** - Diversos actos de violencia para realizar la sustracción.

34. **TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO** - Valoración en relación con el tipo penal que se interpreta.

35. **TIPICIDAD CULPOSA** - Análisis de resultado - La licitud de la conducta no puede ser el punto de partida del tipo culposo.

36. **USURPACION** - Concurso en la modalidad de delito continuado entre usurpación por despojo violento y turbación de la posesión.

37. **USURPACION** - La amenazas pueden producirse para mantenerse en el hecho de la usurpación.

## B- DERECHO PROCESAL PENAL

38. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Notificación a personas jurídicas.

39. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Oportunidad procesal para oponer excepciones.

40. **ACCION CIVIL RESARCITORIA** - Pago de intereses - Análisis de su procedencia.

41. **ACTA DEL DEBATE** - Requisitos - Innecesaria consignación de manifestaciones de testigos.

42. **ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION** - Alcances del control de admisibilidad que corresponde al tribunal a quo.

43. **CONDENATORIA EN COSTAS AL ESTADO** - Imposibilidad de separar la obligación de reparar daños y perjuicios del pago de costas.

44. **CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA** - Alcances.

45. **COSTAS** - No existe motivo alguno para privilegiar al Estado con la exoneración del pago de costas.

46. **DEMANDADO CIVIL** - Posibilidad de asignarle un defensor público.

47. **DEMANDADO CIVIL** - Validez de las notificaciones realizadas al imputado que tiene la condición de demandado civil.

48. **DENUNCIA** - Validez como acto procesal a pesar de la abstención posterior del denunciante como testigo.

49. **DERECHO DE ABSTENCION** - Alcances - Posibilidad de incorporar declaración por muerte del testigo.

50. **DERECHO DE ABSTENCION** - Inexistencia para la concubina.

51. **INTERESES LEGALES** - Obligación de fundamentar la condenatoria a su pago.

52. **JURAMENTACION DEL FUNCIONARIO** - Doctrina del funcionario de hecho.

53. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - Ausencia de firma no subsanada posteriormente provoca nulidad.

54. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - Convocatoria verbal con hora estimada para la lectura es una cortesía para las partes.

55. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - Improcedencia de la nulidad por inasistencia de parte del Tribunal a la lectura integral.

56. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - La ausencia de algunos jueces al momento de la lectura no afecta derechos básicos de las partes.

57. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - La firma tardía de uno de los jueces, no provoca desintegración del tribunal.

58. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - La omisión de lectura integral por inasistencia de las partes no genera nulidad alguna.

59. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - La omisión de lectura por inasistencia de las partes no ocasiona nulidad.

60. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - Lectura de fallo que consta en borrador no causa afectación a los intereses del imputado.

61. **LECTURA DE LA SENTENCIA** - Posibilidad de que la Sala analice en cada caso las deficiencias relativas a la lectura de sentencia.

62. **MOTIVACION DE LA SENTENCIA** - Requisitos necesarios.

63. **PENA** - Omitir las razones para fijar la suma a pagar por concepto de multa, ocasiona una falta de fundamentación del fallo.

64. **PRUEBA INDICIARIA** - Requisitos para su valoración.

65. **PRUEBA SOBRE PROPIEDAD DE VEHICULOS** - Validez de carta-venta con fecha cierta.

66. **PRUEBA TESTIMONIAL** - Posibilidad de valorar testimonio policial sobre lo escuchado de manera casual.

67. **QUERELLA** - Imposibilidad de impugnar el sobreseimiento dictado en favor del querellado.

68. **QUERELLA** - La omisión de solicitar pena impide recurrir en casación.

69. **QUERELLA** - Requisitos para recurrir en casación - Formas de actuación previstas en el proceso de querrela.

70. **RECURSO DE CASACION** - Necesaria separación de cada motivo con sus fundamentos.

71. **RECURSO DEREVOCATORIA** - Interposición no suspende los términos para los demás recursos que procedan.

72. **RECUSACION** - Rechazo arbitrario de prueba tendiente a demostrar causal.

73. **SENTENCIA** - Nulidad por dictado a pesar de acción de inconstitucionalidad pendiente.

74. **TENTATIVA DE SUICIDIO** - Competencia de los juzgados penales.

## A- DERECHO PENAL

### 1. **ABUSO DE AUTORIDAD - Detención de vehículo y posterior traslado a los planteles del MOPT sin permitirle al conductor su remoción.**

"La juzgadora calificó la actuación del oficial de tránsito como constitutiva del delito de abuso de autoridad, y el recurrente reprocha -por la forma pero conviene examinarlo- que nunca podría calificarse de abusiva aquella conducta, porque la ofendida se aparcó mal en esa carretera, y el artículo 85 de la Ley de Tránsito prohíbe detener vehículos en las calzadas de la carretera, lo cual se encuentra sancionado en el artículo 112 inciso d) íbidem. Por esa razón, concluye el recurrente, la sentencia irrespeta las reglas de la sana crítica porque la conducta del oficial fue legal. Sin entrar a examinar si la ofendida aparcó o no el vehículo contraviniendo las leyes de tránsito, pero partiendo del supuesto de que ello fuere cierto, aún así no existe ninguna razón viable para tener por justificada la conducta del imputado, porque su actuación arbitraria no se centra en haber confeccionado un "parte de tránsito" cuando no debía hacerlo, hecho del que la acusada puede defenderse ante la respectiva autoridad jurisdiccional que conozca de la infracción, sino fundamentalmente porque procedió a detener el vehículo en que viajaba la ofendida sin justificación alguna y lo trasladó a los planteles de la Dirección General de Tránsito utilizando un vehículo grúa, sin darle ninguna oportunidad a su víctima de retomar el automotor. En realidad en ello se evidencia un absoluto menosprecio a los derechos constitucionales de los ciudadanos, cuando los oficiales de tránsito y los conductores de las grúas que los acompañan, se llevan un vehículo aún cuando su conductor esté dispuesto a quitarlo -suponiendo que está mal aparcado-. En ello consiste la actuación arbitraria del acusado, según los términos del artículo 329 del Código Penal, y peor aún cuando trasladan el vehículo sin importarles que lleva personas dentro, pues en este último caso no sólo se configura (concurso ideal) el delito de abuso de autoridad, sino también el de privación de libertad agravada (artículo 192 inciso 4º del Código Penal), que tiene una sanción de dos a diez años de prisión, y además exponen a los ciudadanos a un peligro inminente para su integridad física, al llevárselos dentro del vehículo remolcado como si se tratara de simples objetos. Definitivamente constituye una grave y arbitraria actuación la del funcionario público que prevaliéndose de su posición de autoridad decomisa un vehículo a un ciudadano, sin que exista alguna causa legal que así lo autorice, supuestamente para mantener despejadas las vías, en aquellos casos en que el propio conductor está dispuesto a quitarlo del lugar y llevárselo. Esa

autorización legal no existe, siquiera, cuando el oficial de tránsito constata alguna infracción a las disposiciones relativas al estacionamiento de vehículos en vías públicas. En este sentido es conveniente reafirmar que la ley de tránsito vigente no autoriza decomisar y trasladar vehículos en esas circunstancias. Y aún debe agregarse que tampoco lo permite el texto aprobado recientemente y por segunda vez en la asamblea Legislativa, pues la nueva ley condiciona el traslado de vehículos a que el conductor no esté presente, o que estándolo, las condiciones mecánicas del automotor le impiden circular, o que el conductor no quiera trasladarlo o no pueda hacerlo por alguna circunstancia determinada (ebriedad, herido en el accidente, etc.). En efecto, el artículo 140 de ese texto legal que pronto se publicará en el Diario Oficial La Gaceta dispone que "...El retiro de circulación de un vehículo procederá exclusivamente en los siguientes casos: a) Cuando obstruya vías y aceras, se estacionen frente a paradas de servicio público, rampas de minusválidos, hidrantes, salidas de emergencia, entradas a garajes y estacionamientos, **siempre y cuando no esté presente su conductor.** b) Cuando las condiciones mecánicas le impidan circular y en cualquiera de las situaciones del inciso anterior, **cuando el conductor se niegue a trasladarlo o si se encuentra físicamente incapacitado para conducir...o, cuando concurra alguna otra circunstancia razonable que le impida al conductor llevarlo hasta el lugar de detención...**". Como puede apreciarse, también en estos supuestos se exige la imposibilidad del conductor para trasladar el vehículo (por estar ausente o por alguna otra razón), para disponer el acarreo por parte de las grúas al servicio de la Dirección de Tránsito, en los casos en que supuestamente se encuentre mal estacionado el vehículo. Este tema también ha sido objeto de examen reiterado en la Sala Constitucional, la cual ha señalado, con carácter vinculante y erga omnes, que "...la libertad ambulatoria y el respeto a la propiedad privada resultan ser bienes jurídicos preponderantes en relación con el respeto a las órdenes emanadas de las autoridades, de manera tal que si el cumplimiento de una orden de ésta índole puede lograrse sin menoscabar el respeto de aquéllos, es obligación de la Administración, actuar de esa forma. En el presente caso el recurrente se encontraba dentro de su vehículo, pero a causa de una maniobra que pretendía realizar para ingresar a un parqueo, causó seria perturbación al tránsito de los automotores, ello ameritaba la actuación de la autoridad para que se hiciera el parte correspondiente por infracción a la legislación que regula la circulación vial en las ciudades, pero nunca el traslado del vehículo a la Dirección General de Tránsito, pues con el simple retiro del automotor del lugar, a lo que estaba anuente el recurrente, se lograba quitar el obstáculo que impedía la normalización de la circulación vial. El traslado del vehículo, sólo está legalmente autorizado en los casos en que no existe otra forma menos drástica para lograr

quitar el obstáculo a la circulación o el peligro para la seguridad de conductores, viajeros o transeúntes (artículos 4, 70, 85, 86 y 90 de la Ley de Tránsito). El retiro del vehículo sólo lo autoriza la Ley de Tránsito en aquellos casos en que ha sido dejado abandonado en la vía pública o cuando se encuentre mal estacionado, sin que el responsable del automotor acepte quitarlo, o no se encuentre en el lugar... Al haber actuado el recurrido sin autorización legal, ello hace que su actuar resulte contrario a lo reglado en el artículo 11 de la Constitución Política y en tal razón la afectación que realizó, al libre desplazamiento por el territorio nacional a que

tiene derecho F. Q. es ilegítima..." (Sentencia de la Sala Constitucional N° 456-92 de 9 hrs. del 21 de febrero de 1992)."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 129-F de las 9,20 hrs. del 2 de abril.

## 2. AGRESION CON ARMA - Alcance del concepto "objeto contundente" - Uso de sombrilla.

"En el único motivo del recurso por el fondo, la impugnante reclama la errónea aplicación del artículo 140, y la inobservancia del número 374.1, ambos del Código Penal. Razona el reproche, en punto al "objeto contundente" que debe concurrir para la configuración del delito de agresión con arma, previsto por el mencionado 140. Dice que cuando en este artículo se habla de "... objeto contundente, se está pensando en objetos que aumenten considerablemente el poder ofensivo del agresor, se aplica a instrumentos más poderosos que los miembros del cuerpo humano, nunca una pequeña sombrilla de aluminio cerrada...". Basado en lo anterior solicita se revoque la sentencia de mérito y se la absuelva de toda pena y responsabilidad. El reproche debe rechazarse. Cuando la norma 140 del Código Penal utiliza la terminología "objeto contundente", introduce en el tipo un elemento normativo que requiere de una valoración jurídica dependiente del intérprete. Objeto contundente es el que, utilizado para un acometimiento, podría producir un daño en el cuerpo de la persona y dejar o no evidencia externa. Entonces, jurídicamente entendida, la contundencia de una cosa se debe en primer lugar a la finalidad de quien la emplea, esto es para golpear a la víctima; y en segundo término, a la posibilidad de que tal uso pueda causar un daño en los términos antes dichos. La contundencia no puede depender de un aumento del poder ofensivo, que naturalmente tiene quien utiliza el objeto, pues tal razonamiento conduciría a absurdo. En el caso que nos ocupa, una sombrilla sí es un objeto contundente cuando es utilizada para golpear a una persona, porque -además de la finalidad con que es empleada- es un instrumento idóneo para causar un daño en el cuerpo de la víctima."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 543-F de las 8,50 hrs. del 13 de noviembre.

## 3. DAÑO MORAL - Carácter facultativo del pronunciamiento.

"Como único motivo de su recurso por el fondo, el licenciado [...], apoderado judicial de la ofendida [...], acusa violación de los artículos 1045 del Código Civil y 125 del Código Penal de 1941, vigente según ley N° 4891 de 8 de noviembre de 1981, aduciendo disconformidad con la suma fijada por el a quo en concepto de daño moral, por considerar que la suma acordada es insignificante y no guarda relación con el severo daño moral sufrido por la ofendida. El reclamo no es de recibo. Al respecto debe señalarse que tal indemnización pecuniaria, la puede acordar prudencialmente el

juzgador, de tal suerte que por ser un pronunciamiento facultativo, no se incurre en ninguna infracción, siempre que se esté en ese campo dentro de lo razonable, según las circunstancias de infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido, y no otra cosa tomó en cuenta la señora Juez para fijarla en la suma de cien mil colones, en reconocimiento del sufrimiento moral de la víctima ante un hecho que a su juicio lesiona no solo materialmente de su cuerpo sino también su psique."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 478-F de las 8,45 hrs. del 16 de octubre.

## 4. DAÑO MORAL - Indemnización prudencial.

"Indica el señor representante del Demandado Civil que el Tribunal no podía haber fijado el daño moral si no hubo prueba para acreditar esta partida, violándose por falta de aplicación el artículo 67 y 398 del Código de Procedimientos Penales. El reclamo debe declararse sin lugar, subrayando, como ya lo ha hecho el Voto Número 474-F de las 8:50 hrs. del 13 de setiembre de 1991, que la indemnización por daño moral la puede acordar prudencialmente el juzgador si no hubiese base suficiente para fijarla por medio de peritos, de tal suerte que por ser un pronunciamiento facultativo, no se incurre en ninguna infracción, siempre que se esté en ese campo dentro de lo razonable, según las circunstancias de infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido. El cálculo prudencial se define como "el que se hace a bulto, con aproximación y sin buscar la exactitud" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, decimoctava edición, Editorial Espasa Calpe S. A., pág. 229), exactitud que de por sí, dada la naturaleza de la cuestión, es imposible de lograr en tratándose de la estimación del daño moral que pueden sufrir los sujetos a causa de un hecho ilícito. En el caso sub-examine, el tribunal tomó en cuenta la forma en que falleció el ofendido, muerte violenta e injustificada que indudablemente hizo nacer la necesidad de una reparación por daño moral. Ahora bien la estimación se hace en una suma indemnizatoria que es razonable ya que el dinero no puede desempeñar la función de equivalencia (propia de la indemnización de los daños patrimoniales), sino tan solo la función de satisfacción, por ser la única que conviene a la reparación de los daños morales ( al respecto, véase Orgaz, Alfredo: "El Daño Resarcible", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967, páginas 188-189). En consecuencia, debe declararse que la suma fijada por el a quo resulta suficiente para tal finalidad y que por lo tanto debe mantenerse tal fijación, declarando sin lugar el reclamo del señor Representante del Estado."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

## 5. DAÑO MORAL - Necesaria demostración de su naturaleza y consecuencias habidas o posibles.

"En el motivo admitido del recurso planteado por el Apoderado Judicial de los actores civiles, se alega la violación del artículo 125 del Código Penal de 1941. Argumenta el recurrente que el a quo debió haber concedido la indemnización solicitada por concepto de daño moral, pues se acreditó en sentencia la incapacidad sufrida por los ofendidos. No lleva razón el impugnante. Ya esta Sala ha señalado que "El daño moral es la lesión que sufre una

persona en su honor, reputación, afectos, sentimientos, o intereses de orden moral por la acción de un delito. Desde esta perspectiva debe entenderse que esta clase de daño no se traduce en una pérdida económica, pues en realidad lo que hiere es un derecho extrapatrimonial, ya que ofende el orden interno de la víctima al dejarle secuelas que la hacen sentirse en un plano inferior a los demás en lo relativo a la valoración que de ella se puede hacer. Esta situación significa un sufrimiento psíquico, una posible limitación para el trabajo, alguna molestia en la sociedad y un dolor moral al encontrar que no recobra del todo la condición, que puede ser aún física, con que contaba con anterioridad al delito. Por ello esta pena debe ser reconocida económicamente. En el campo moral puede ser que el ofendido se sienta más agraviado que con la pérdida material que la acción ilícita le haya aparejado. Por este motivo, la reparación del daño moral en nuestra legislación no está limitada únicamente a los casos en que se afecta la honra, dignidad u honestidad de las personas, sino que su reconocimiento también está abierto para los hechos en que se produce un daño a los intereses de orden moral; artículo 125 del Código Penal de 1941..." (Nº 28 de las 9:10 horas del 28 de enero de 1987). Si bien es cierto la norma indicada en la cita autoriza al juzgador a cuantificar o determinar prudencialmente la indemnización pecuniaria del daño moral -si no hay medio para determinarlo a través de un peritaje-, la misma norma exige que se tenga en cuenta a esos efectos las naturalezas y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido, lo cual deja ver lógicamente que esta disposición supone como antecedente necesario e indispensable la efectiva constatación del daño moral en sí. Esto significa que no basta la comisión de un delito, incluso de lesiones como en el presente caso, para que haya un daño moral reparable. Para que tal daño sea indemnizable (ya sea estimado por medio de peritos o prudencialmente) primero debe ser demostrada su naturaleza y consecuencias habidas o posibles, lo cual no hizo la parte actora ante el *a quo*, lo que impide acoger el motivo en cuestión. Sin lugar al reclamo." (Hay voto salvado).

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 394-F de las 9,15 hrs. del 7 de setiembre.

#### VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS GONZALEZ ALVAREZ Y CASTRO MONGE:

"Los suscritos Magistrados se permiten disentir con respeto de las razones expuestas en el voto de mayoría de esta Sala, que declara sin lugar el recurso interpuesto por el fondo, por las siguientes razones:

Sin que los suscritos compartamos ese criterio, es conveniente señalar que existe un sector de la doctrina y la jurisprudencia que, con una tesis radical, estiman que el daño moral no es susceptible de ser apreciado por medio de pruebas, y que ello debe determinarlo el juzgador en cada caso concreto. En tal sentido se afirma que "... es indemnizable el daño moral en el delito; aquél no necesita probarse, existe por el propio acto jurídico y debe apreciarse teniendo en cuenta el desprestigio de la víctima en su reputación y molestias causadas. En el caso, delito contra el patrimonio, si bien no hay agravio a la reputación personal, lo mismo debe indemnizarse sin que pueda llegar a un enriquecimiento ilícito (CC Tucumán, 27/5/65, JA, 1966-I-496)." (Rubianes, Carlos J. *Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tomo III; 1977, página 28). "Para conceder indemnización por daño moral no es necesario la prueba de su efectiva existencia o extensión, pues siempre es indemnizable en dinero (arts. 1078 y 1086, C.Civ.) (CC Cap., 13/9/46, Fallos, 7-363)" (Rubianes, *op.cit.*, tomo I;

página 100). En igual sentido, para Brebbia queda al mismo tiempo demostrada la existencia de un daño moral sin necesidad de entrar a considerar qué especial repercusión física o psíquica tuvo el hecho y admite que debe ser materia de apreciación especial por el Juez, en cada caso, la magnitud o importancia del agravio moral ocasionado, rechazando la prueba en cuanto a la existencia pero no en cuanto a la extensión. Cfr. *La prueba del daño moral*, en *Juris* 3, p.297 y ss. Para Minozzi, A. -*Il danno non patrimoniale*, Milano 1917- la prueba de los daños morales existe *in re ipsa*." (Brebbia y Minozzi citados por Mossate Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires, Editora EDIAR, Tomo II B; 1981, página 184).

Para la situación costarricense es necesario afirmar, en primer término, que compartimos el criterio de la mayoría al afirmar que el daño moral constituye una lesión que sufre una persona en su honor, reputación, sentimientos, afectos o intereses de orden moral de carácter general a consecuencia de un delito. En otros términos, y como lo dice la mayoría con cita del voto de esta Sala (Nº 28 del 28 de enero de 1987), se trata de un sufrimiento psíquico más amplio que la afectación al honor, no limitado sólo a esos delitos, sino ampliado a cualquier daño a intereses de orden moral. Lo anterior significa que ese daño psíquico también comprende el sufrimiento de una persona por las lesiones que ha recibido a consecuencia de un hecho delictivo, por el dolor padecido por la sola producción de heridas, y por el sufrimiento aflictivo durante todo el período de convalecencia de las heridas físicas recibidas. Por esa razón, bien afirmó la Sala en el voto que cita la mayoría, que "...esta situación significa un sufrimiento psíquico, una posible limitación para el trabajo, alguna molestia en la sociedad y un dolor moral al encontrar que (el ofendido) no recobra del todo la condición, que puede ser aún física, con que contaba con anterioridad al delito...", aún cuando sea sólo transitoriamente y por un período concreto (véase el voto antes citado).

En segundo lugar también compartimos con la mayoría que para la situación costarricense se hace indispensable demostrar la existencia del daño moral en cada caso concreto, y que aquella tesis amplia que exime de prueba (citada en el Considerando Primero de este voto salvado) puede admitirse sólo en cuanto al monto del daño, según fijación prudencial hecha por el juzgador, aún en ausencia de pruebas en ese sentido, de conformidad con el artículo 125 del Código Penal de 1941, que señala en lo conducente que: "La reparación del daño moral,.... consistirá en una indemnización pecuniaria que, si no hubiese base suficiente para fijarla por medio de peritos, la determinará el Juez prudencialmente, según las circunstancias de infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido" De tal manera que en principio, independientemente del delito de que se trate, bastará a los efectos de indemnizar el daño moral, con estar en presencia de los aspectos citados, sin que sea necesaria la constatación del monto del daño moral mediante prueba, por lo cual resulta suficiente sin más, que acreditada la existencia de ese tipo de daño, el juzgador pueda valorarlo prudencialmente fijando su monto respectivo para efectos de indemnización. Lo que se tutela, aquí, a juicio de los suscritos, es que la parte ofendida vea reparada la lesión moral de que fue objeto, como consecuencia de la angustia sufrida en ese plano, ya sea por el dolor físico, las limitaciones resultantes, el período de convalecencia, la divulgación que se dio al suceso, etc, que no estaban presentes antes de ocurrir el ilícito. Este tipo de dolor por su propia naturaleza, no es siempre factible de ser apreciado a través de prueba directa, ya que en la mayoría de los casos, queda en el fuero interno del perjudicado, por lo que el tribunal está en la obligación de analizar las circunstancias contenidas en los hechos, con el objeto de determinar la magnitud del daño. Como bien se afirma en doctrina "...debemos añadir en cuanto se refiere al daño no patrimonial, que



la falta de prueba deriva siempre de su imposibilidad objetiva...Esta imposibilidad es inherente a la naturaleza de este daño, por lo que tan sólo puede ser liquidado por el juez a través de su valoración equitativa...La prueba de la entidad cuantitativa del daño impone la prueba de la **medida pecuniaria** del objeto del daño, o sea, del interés afectado, lo cual es inconciliable con la naturaleza del interés no patrimonial; por lo que mediante la prueba no puede proyectarse en el mundo del conocimiento material una relación (medida pecuniaria) que en su realidad objetiva, repugna a la naturaleza del interés no patrimonial...Aunque limitadamente admite el legislador el resarcimiento del daño no patrimonial, exige que su medida se obtenga por medio de criterios equitativos de valoración efectuados por el juez. Es facultad propia de valoración equitativa el extender el resarcimiento más allá de la esfera patrimonial, confiriendo relevancia jurídica también al daño no patrimonial." (De Cupis, Adriano. *El daño*. Barcelona, Editorial Bosch, 2ª edición italiana traducida por Martínez Sarrión, Angel; 1975, páginas 557 y 558).

En el caso de autos el señor Juez tuvo por cierto que a consecuencia de un accidente de tránsito, del que declaró autor responsable al imputado [...], el ofendido [...] sufrió las lesiones descritas en los dictámenes médicos incorporados [...], que dice que sufrió heridas contuso-cortantes en antebrazo izquierdo, otra en la pierna izquierda, y en el codo derecho, así como también sufrió trauma torácico, que duele a los movimientos respiratorios, lesiones que lo incapacitaron para sus ocupaciones habituales por treinta días. De acuerdo con la sentencia de mérito dicho ofendido, en su carácter de actor civil, solicitó la suma de ciento cincuenta mil colones por daño moral. El señor Juez rechazó esa partida porque "...se evidenció de los dictámenes médicos legales [...] que las lesiones producidas no dejan secuelas, como también evidente durante la audiencia, la inexistencia de una aflicción moral..." [...]. Este razonamiento es absolutamente ilegal, y desconoce en forma total el artículo 125 del Código Penal de 1941 que define el daño moral y establece las bases para fijar su monto, en primer término porque las secuelas permanentes producidas por unas lesiones recibidas con ocasión de un hecho delictivo, no constituyen un presupuesto para que pueda acordarse una indemnización por daño moral, así como tampoco es admisible la tesis de que no procede el daño moral cuando no haya una afectación permanente. Conforme se indicó el daño moral cubre también aquel sufrimiento que, aunque pasajero, experimentó la víctima al convalecer de las lesiones recibidas con ocasión del hecho delictivo. En segundo lugar, tampoco es admisible la tesis del juzgador, al afirmar que no concedía la indemnización del daño moral porque no apreció durante el debate que la víctima estuviere padeciendo algún sufrimiento moral, pues ese rubro es indemnizable aún cuando a la fecha del debate la víctima se hubiere recuperado. Lo que se indemniza es el sufrimiento efectivo que se ocasionó a la víctima durante algún tiempo o permanentemente. Los hechos probados del juzgador permiten apreciar que el actor civil sufrió lesiones que lo incapacitaron por treinta días, y como todo ser humano también sufre dolor y aflicción cuando le causan lesiones, debe concluirse que si se demostró el daño moral con base en esos hechos y correspondía al juzgador fijar su monto, conforme a la norma que se reclama violada en el recurso. Por lo anterior los suscritos votamos por declarar con lugar el recurso, casar la sentencia en cuanto denegó esa partida y en su lugar acogerla en su totalidad, con costas a cargo de los demandados."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 394-F de las 9,15 hrs. del 7 de setiembre.

## 6. DAÑO MORAL - Procedencia en toda infracción punible que cause daños a intereses de orden moral.

"Como quinto motivo del recurso por el fondo se acusa la violación del artículo 125 del Código Penal de 1941 y 632, 719 y 1045 del Código Civil, por cuanto la sentencia impugnada condena al imputado a pagar al ofendido la suma de cien mil colones, "sin decir por qué razón". Agrega el recurrente que el referido artículo 125 establece un "*numerus clausus*" en materia de reparación de daño moral, puesto que enumera las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad, delitos que lesionan intereses de orden moral, y que en el caso que nos ocupa se trata de un delito de usurpación, en donde el interés protegido es la propiedad o el patrimonio, pero no intereses de orden moral y no se afecta con este delito la honra, el honor o la dignidad de la persona. Este reclamo no es atendible. En primer lugar, el recurrente cuestiona con su argumentación la fundamentación de la condena por daño moral, cuestión cuyo examen resulta impertinente por esta modalidad del recurso de casación; debió el impugnante encausar su disconformidad con la motivación mediante el respectivo reclamo por vicios *in procedendo*. Por otra parte, la reparación del daño moral, según la ley y la jurisprudencia nacionales (Sala Tercera, V-176 F de las 17 hrs. del 25 de setiembre de 1984 y V-28 F de las 9:10 hrs. del 28 de enero de 1987, entre otras) procede no sólo en los delitos contra la honra, la dignidad o la honestidad sino en toda infracción punible que cause daños a intereses de orden moral. Así, se ha dicho que "Todo delito produce en la víctima un mayor o menor sufrimiento originado en el dolor, en la disminución de la capacidad intelectual, en las alteraciones o deformaciones físicas, en la variación de las condiciones económicas, sociales, familiares" (Sala Tercera, V-153 F de las 9:40 hrs. del 27 de mayo de 1988). Como en el presente caso el actor civil y ofendido, quien era a la fecha de los hechos profesor universitario, fue compelido a hacer abandono del inmueble por el acusado [...] mediante actos arbitrarios que no le permitían al ofendido gozar libremente de la posesión del inmueble y sus áreas comunes, es comprensible que eso significara un sufrimiento de naturaleza psíquica para el actor civil, a causa del "stress, angustia, incomodidad, temor e inseguridad" que generó la conducta del imputado al ofendido, por lo que resolvió bien *a quo* al fijar una partida independiente por ese daño."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 474-F de las 11,05 hrs. del 9 de octubre.

## 7. DEFENSA PUTATIVA - Error de prohibición con efecto exculpante - Deber de indemnizar civilmente.

"[...] el acusado [...] actuó bajo la falsa creencia de que sería objeto de una inminente agresión por parte del ofendido. Las amenazas que el ofendido había hecho contra el imputado y su madre, incluso mostrando una arma y señalando que lo iba a matar, sin lugar a dudas contribuyeron a que el imputado lo calificara como su enemigo y se sintiera amenazado de muerte al momento en que se encontraron en un bar, cuando el ofendido hizo un ademán como si intentara sacar algún objeto de sus ropas. En contraste con la forma de actuar de [el ofendido] antes de los hechos de examen, [el imputado] nunca hizo nada en su contra, ya verbal ya físicamente, como para pensar que atentaría contra la vida de [el ofendido], pese a que éste era imputado en un proceso penal por robo en perjuicio de la madre de aquél [...]. No era de esperar por ello una actuación fuera de la ley, por parte de [el acusado] en contra de [el ofendido]; antes por el contrario, se sometió a derecho al esperar el resultado del proceso en que la señora [madre del imputado] se decía víctima

de un robo por parte del ahora ofendido. Por estos antecedentes -que no son ajenos al caso- al encontrarse en la Soda y Restaurante [...] a muy corta distancia, y hacer el ofendido un ademán como si fuera a sacar algo de entre sus ropas, provocó que [el imputado], razonable e invencible pero falsamente, creyera ser objeto de una agresión con arma cortante por parte de [el ofendido]. Razonablemente porque, como se dijo, el ofendido amenazó de muerte al imputado y otras personas exhibiendo un arma blanca; invenciblemente, ya que no era aceptable esperar una primera acción de [el ofendido] que pusiera en peligro su vida (según creía) con el esperado acometimiento; y falsamente, porque el hoy occiso no portaba arma alguna al momento en que el imputado le disparó. Empero, creyendo que se defendía, [el imputado] disparó contra [el perjudicado] y le dio muerte. Lleva razón el recurrente, cuando alega que se trata de una «defensa putativa», prevista en el artículo 34 del Código Penal; pues esta tiene lugar cuando objetivamente no existe agresión ilegítima, pero, en la psiquis del agente hay una falsa representación de la realidad y cree que es objeto de tal acometimiento, en circunstancias en que no podía pensar otra cosa.

Con relación a lo expuesto, esta Sala en resolución V-446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992, dijo -entre otras cosas- que el problema de «justificación putativa», regulado por el párrafo segundo del artículo 34 del Código Penal, no es un error de tipo excluyente del dolo sino un error de prohibición con efecto exculpante, porque suprime el conocimiento de la ilicitud. Como parte de un prolijo análisis, en aquella oportunidad se indicó: "... El problema de la falsa suposición de permisos o justificantes no es un problema que queda sin solución ya que al estar redactado el artículo 35 del Código Penal de manera tan amplia (ubicando el problema sobre el desconocimiento de la punibilidad de lo que se realiza), hace que los problemas de error sobre justificantes se resuelvan amparados a un problema de error de prohibición... 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 (sic) 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...". En el presente asunto el imputado [...] actuó bajo un error de prohibición porque creyó que concurría en el hecho una agresión contra la que ejercía la legítima defensa; pero en realidad no hubo acometimiento en su contra. Es precisamente el tercer caso de los enumerados por el fragmento transcrito. Al excluir la conciencia de la ilicitud y con ella la culpabilidad, se excluye la pena y así debe declararse, absolviendo al imputado de toda responsabilidad de tipo penal. Sin embargo, resultando la acción típica y antijurídica (aunque no culpable), se ha configurado un injusto penal que trae como consecuencia el deber de indemnizar civilmente a la víctima o sus herederos. Por lo anterior el recurso debe declararse con lugar en lo que al pronunciamiento de naturaleza penal se refiere, pero no en cuanto a las consecuencias civiles."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 52-F de las 9,45 hrs. del 29 de enero.

#### 8. DELITO CULPOSO - Sustitución de los conceptos negligencia, imprudencia e impericia - Elementos de la tipicidad en el delito culposo.

"La Sala ha venido sustituyendo los antiguos conceptos civiles de negligencia, imprudencia e impericia, para la definición legal de la conducta culposa. La principal razón de esta escogencia se sustentó en el hecho de que estos conceptos, lejos de ayudar a la

aplicación de la Ley, suelen llevar al analista a serios problemas lógicos de definición. De estos problemas, quizá el más importante es la imposibilidad de diferenciar entre imprudencia y negligencia, ya que no es posible encontrar una conducta "imprudente" que no sea "negligente". Así, el análisis judicial se hace ex-post facto con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado; pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le corresponde acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el Derecho. Si después de semejante examen el resultado siempre se produce (el resultado contrario a Derecho) la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, si la conducta verificada de acuerdo a este marco hipotético, hace que el resultado no se produzca, la conclusión que se deduce es que la conducta que infringió el deber de cuidado fue idónea para producir el resultado y, por ende, resulta típica del delito culposo que se está investigando. En el Código Penal de Costa Rica, el delito de lesiones culposas y de homicidio culposo obligan al analista a "valorar la magnitud del daño" y "el grado de culpa", es decir, que debe establecerse, también, una relación de determinación entre el Resultado (componente de azar) y el grado de culpa, el cual sólo puede medirse en cada caso, ya que ni el mismo Código hace una definición, ni tampoco establece ningún límite, salvo la derivación natural del principio de legalidad: principio de culpabilidad. Otro límite fundamental para el examen de la culpa en Costa Rica es la detección del Resultado y del deber de cuidado que ha de haberse tomado para evitarlo.

Los elementos de la tipicidad en el delito culposo: En el caso que nos ocupa el problema del conocimiento y de la voluntad de la acción realizada tienen una importancia trascendental, al punto que estos aspectos son los que distancian la solución de un mero problema de infracción al deber de cuidado. El tipo culposo también tiene aspectos de voluntad y conocimiento; no obstante, no son similares a aquellos indispensables para la tipicidad dolosa. En primer lugar, en el aspecto volitivo, que sí existe en el tipo culposo, se analiza la voluntad del sujeto para realizar el fin programado, con los medios predisuestos al efecto. En cuanto al conocimiento, el tipo culposo parte de un aspecto cognoscitivo que se concreta en una mera posibilidad, nunca es un conocimiento efectivo ya que si lo fuera la conducta no es culposa sino dolosa, adicionalmente, en este mismo aspecto, el juez debe analizar la posibilidad de conocer la peligrosidad de la conducta y de prever el resultado conforme a ese conocimiento. De esta manera, al igual que en la tipicidad dolosa, el tipo culposo requiere una congruencia entre los elementos subjetivos y objetivos que si no se verifica en la especie producirá el efecto de convertir la conducta analizada en atípica. Esto último puede suceder tanto porque el resultado es absolutamente imprevisible o está más allá de la capacidad de previsibilidad del sujeto (ignorancia invencible). En el problema jurídico que nos ocupa resulta más que evidente que el sujeto no puede alegar una posibilidad de conocimiento sobre la posibilidad de que el suceso se verifique, ya que dado el medio empleado para detener el vehículo éste permite hacer un cálculo de efectos concomitantes que permiten prever el resultado lesiones o muerte, resultado que el sujeto acepta como posible, sabe que no podrá evitarlo y percute dos veces su arma impactando igual número de veces el vehículo."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 506-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

9. **DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD - Desacato a orden de derribo - Imposibilidad de impedir la ejecución de una sentencia interdictal.**

"El carácter de la orden emanada del Tribunal Superior Civil, y las posibilidades del error de tipo: En lo que se refiere al valor de la sentencia del Tribunal Superior Civil, y el valor de eficacia preclusiva que la misma tiene, en lo que interesa para establecer los aspectos del error de tipo que se producen en la especie, vale la pena detenerse en una valoración del alegato del recurrente en el sentido de considerar que la Ley le permitía suspender los efectos de la orden judicial de derribo. De un análisis de la orden contenida en la resolución judicial del Tribunal Superior de [...], resulta que es indudable el valor de la misma como cosa juzgada formal, ya que sólo tiene efectos para el proceso en que fue emitida, esto es, en un proceso interdictal cuya razón de existencia es para proteger de manera sumaria e inmediata la posesión. La protección que realizan los interdictos está planteada para que, con carácter de urgencia, se proteja al poseedor de cualquier ataque a su derecho de propiedad o posesión. El Tribunal de [...] tuvo en cuenta la aplicación de las disposiciones concernientes a los interdictos incluidas en el Código de Procedimientos Civiles (ya derogado), el cual estaba vigente durante la tramitación del juicio. Conforme a las disposiciones de este Código, concretamente los artículos 682, 683 y 686, resulta evidente el interés del legislador de que las medidas tendientes a cortar el riesgo que pueda ofrecer el mal estado de un edificio o cosa ruinosas se ejecuten de inmediato; en el caso del artículo 684 *ibídem* el derribo debe hacerse a cuenta del dueño de la cosa que dé motivo al interdicto o del arrendatario de la misma. El artículo 686 es todavía más claro en el sentido de que, en caso de apelación de la resolución, el a quo, antes de enviar el expediente en apelación, deberá decretar de oficio y hacer que se ejecuten las medidas de precaución que estime necesarias, incluso la demolición total o parcial de la cosa, si no pudiere demorarse sin grave ni inminente riesgo (cosa que no ocurría en la litis civil interpuesta por el Lic. [...]). Esto quiere decir que incluso el Tribunal a quem podía conocer más bien de un interdicto que ya ha surtido efectos por razón de la urgencia o del peligro que la edificación o la cosa ruinosas representan, por lo que el interés del demandado triunfante en la segunda instancia debe ser que se cancelen los daños y perjuicios ocasionados por un derribo o demolición ilegal. De la lectura de este articulado del Código de Procedimientos Civiles queda muy claro que la orden de derribo no puede ser suspendida, si la misma luego se dictamina como ilegal; sea en la apelación, sea un ordinario aparte, la pretensión del actor (demandado perdidoso con la declaratoria del interdicto) es la de que se le cancelen los daños y perjuicios, pero en modo alguno puede pensarse que el ordinario suspende los efectos de la resolución pues el legislador fue claro en que la razón de este tipo de interdictos es tutelar, con carácter de urgente, la posesión y la seguridad de transeúntes y vecinos. Esta misma tendencia se sigue en el actual Código Procesal Civil. Como el mismo artículo 457 del Código Procesal Civil lo dice, las cuestiones definitivas sobre el derecho de propiedad o posesión no pueden discutirse en la vía interdictal la cual está concebida como una fase procesal sumaria de protección de esos derechos; cualquier discusión sobre la existencia del derecho, por ejemplo, sería materia de un juicio ordinario. Por esta razón la resolución que declare con lugar un interdicto, y la que resuelva en apelación sobre la legalidad de la decisión del a quo, tienen valor de cosa juzgada formal para el proceso interdictal que fue interpuesto. Esta sistemática de protección a la posesión y a la propiedad manifiesta una intención del legislador de acudir en inmediata protección de aquél que se sienta perturbado en el ejercicio de su derecho de propiedad o posesión, por lo que la

ejecución inmediata de lo que la resolución ordena es una forma de darle garantía de efectividad a la protección que esta vía sumaria contempla. No hay manera de impedir la ejecución de un interdicto una vez firme porque su razón de ser es proteger de manera urgente e inmediata la posesión. Esto resulta claro de la definición legislativa establecida para los procesos sumarios. Debe observarse, en primer lugar, que el proceso interdictal es un proceso sumario de los que establece el artículo 432 del Código Procesal Civil (inciso 3), no obstante, de una lectura del procedimiento general de dichos procesos, así como de las disposiciones especiales previstas para ellos, se nota que el legislador, expresamente, solo consignó la posibilidad de suspensión del proceso sumario en demandas cuya pretensión es la ejecución de un título con tal carácter (artículos 438 a 447 del C.P.C.). En efecto, el artículo 445 *ibídem* establece, en el proceso ejecutivo, la posibilidad de suspensión de la sentencia cuando la misma sea revisada en un proceso ordinario o abreviado, siempre y cuando se rinda garantía suficiente, a satisfacción del juez, que cubra el principal, ambas costas y los daños y perjuicios. Este proceso ordinario o sumario, con los efectos suspensivos que establece el artículo 445 C.P.C., debe establecerse antes de que se entreguen los bienes adjudicados en remate. Así las cosas, y de una revisión del total de disposiciones de este Capítulo II sobre el proceso sumario no es posible entresacar una voluntad legislativa de conceder esta suspensión a los otros procesos, especialmente al interdictal. Nótese además que el artículo 463 C.P.C., para el caso del interdicto de amparo de posesión en esencia manifiesta la actitud legislativa de que la orden judicial a este respecto debe ser ejecutada. Es así como en la sentencia estimatoria se deberá ordenar mantener en posesión al actor y se le ordenará al demandado que se abstenga de perturbar la posesión bajo el apercibimiento de que una conducta contraria a la orden será perseguida por el delito de desobediencia a la autoridad y se le condenará al pago de daños y perjuicios. Luego, en la sentencia del Tribunal Superior de [...], aplicando las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles (ya derogado) entre otras cosas, se observa que se le dio cabida a criterios propios de un amparo del derecho de vista, el cual permanecía subyacente a las reclamaciones del actor, y el cual fue indebidamente canalizado por el demandante, y que, siendo procedente, según el Tribunal, debía reconocerse. Abundando en otros razonamientos para la declaratoria del interdicto de obra nueva, el Tribunal estima que también puede existir en la especie una acción de tutela del bien del dominio público constituido por la playa del estero de Mata de Limón, ya que la afectación producida por la obra "...compromete intereses comunes defendibles por cualquier particular, máxime el interés legítimo del actor habida cuenta su inmediata vecindad con la edificación espúrea, razón que de suyo es suficiente para el acogimiento del interdicto de obra nueva instada...ordenándose la demolición inmediata de lo edificado" [...]. De lo dicho se desprende que el Tribunal, por la vía de declarar con lugar el interdicto de obra nueva, realizó una doble protección, por un lado del derecho de posesión del actor y, por el otro, el eventual interés de los ciudadanos de tener una playa pública, con libre acceso en la parte que así lo conceden las leyes de orden público que regulan las zonas marítimo-terrestres. De aquí que la orden judicial no sea puramente estética como lo indica el recurrente, sino que también iba en tutela del derecho en peligro del actor.

El error de tipo que se produjo en la especie: Sin embargo, resulta evidente que en el Voto N° 300-C-91 [...] del Tribunal Superior de [...] 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 "funcionario 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 [...]. 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 [...] y de [...]; siendo así se absuelve de toda pena y responsabilidad a los acusados por el delito de desobediencia que se les venía atribuyendo en perjuicio de la Autoridad Pública. No obstante lo expuesto, y como corolario de las valoraciones hechas sobre la orden emanada por la autoridad judicial, se mantiene la obligación de cumplir con el derribo de la obra dispuesto por el Tribunal Superior de [...], en el Voto N° 300-C-91, que declara con lugar el interdicto, advirtiéndole a aquéllos que de no hacerlo por su cuenta, otros podrán efectuarlo con el costo a su cargo y demás exigencias que en la vía correspondiente podrían imponerseles."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 446-F de las 15,40 hrs. del 25 de setiembre.

**10. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD - Incumplimiento de resolución de la Sala Constitucional que no contiene mandato preciso y concreto no configura este delito.**

"Afirma el recurrente que para que se configure el incumplimiento o desobediencia a que se refiere el mencionado artículo 71, es necesario que la orden emanada por la Sala Constitucional sea clara y específica "y que le prevenga al obligado, las consecuencias jurídicas que le acarrearían su incumplimiento" [...], lo cual no se observa -en su criterio- en la resolución que dio origen

a la presente causa, como lo reconoce el propio juez al decir que en ningún momento se le dijo al encartado, en forma expresa, que en caso de no acatar la orden dispuesta podía ser acusado del delito de Desobediencia, por lo que debe aplicarse el principio del "indubio pro reo". Efectivamente le asiste razón. El hecho básico que se tuvo por demostrado es que a consecuencia de un paro de labores efectuado por empleados de la Municipalidad del Cantón de [...], el Ejecutivo Municipal despidió a algunos de los que habían participado en ese movimiento. Que en razón de ello, los afectados interpusieron ante la Sala Constitucional un recurso de amparo al estimar que se estaba violando su derecho al trabajo, por lo que esta Sala dio trámite a la referida demanda, en resolución de las diez horas del veintidós de agosto de 1990, firmada por el Magistrado Instructor Dr. Rodolfo Piza Escalante, que le fue debidamente notificada al funcionario de cita. Que en esa resolución se indicaba que conforme al artículo 43 de la Ley de Jurisdicción Constitucional el recurso interpuesto suspendía los efectos del acto administrativo impugnado, pese a lo cual el imputado se abstuvo de reintegrar a los ofendidos en sus puestos, a la espera de lo que en definitiva se resolviera. Que producto de esa acción, aquéllos estuvieron por espacio de casi seis meses sin empleo, por lo que debieron desempeñarse en otras labores, hasta que por voto 129-91 del 16 de enero de 1991 la Sala Constitucional declaró con lugar el amparo y ordenó mantenerlos en sus cargos, lo que sí fue cumplido por el Ejecutivo dicho [...]. Según puede observarse, la resolución de la Sala Constitucional que acordó tramitar el recurso de amparo que dio origen a la presente causa -y que puede ser estimada como de "mero trámite"- ciertamente no contiene una "orden" en el sentido que usa ese término el artículo 305 del Código Penal (relativo al delito de Desobediencia), pues lo que hace es referir a lo dispuesto por una norma (art. 41 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), agregando inclusive que la suspensión de pleno derecho del acto impugnado se produce "...salvo que esta Sala, en casos de excepcional gravedad disponga su ejecución o la continuidad de su ejecución, a solicitud de la Administración o aún de oficio cuando la suspensión causa o amenace causar perjuicios ciertos o inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado y mediante las cautelas que considere necesarias para proteger los derechos y libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor..." [...], todo lo cual hace más difuso e indirecto el carácter de la advertencia derivada de la ley de cita. En efecto, para conceder tutela penal a una orden impartida por un funcionario público (en este caso de la más alta autoridad jurisdiccional de nuestra Nación) es indispensable que sea clara la conminación de ella y la existencia de un deber positivo de acatamiento, pues debe tratarse de un mandato preciso y concreto que provenga de la propia autoridad citada hacia el correspondiente destinatario (y no v.g. genéricamente por remisión de la ley, como ocurre en el presente asunto) (Respecto del carácter directo, expreso y claro de la orden o mandato, ver, entre otros, las obras de: Núñez, R., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Lerner, Arg. 1977, ps. 397-398; Soler, S., Derecho Penal Argentino, Ed. T.E.A., Arg. 1976, ps. 108-109; Breglia Arias y Gauna, Código Penal Anotado; Ed. Astrea, Arg. 1987, ps. 855-856). Debe tenerse presente que muchas normas jurídicas imponen la obligación de hacer o de no hacer, y no por ello su incumplimiento se traduce en el delito de Desobediencia que señala el mencionado artículo 305 ibid, pues la orden a que esta norma se refiere, debe provenir de un funcionario público y no exclusivamente de la ley (que desde luego así lo faculta), ya que en dicha figura no se tutela la función legislativa sino la autoridad pública como sujeto. Lo anterior no significa en modo alguno que esta Sala avale la conducta del imputado, sino tan solo que -de acuerdo con el cuadro fáctico acreditado en la sentencia de mérito- no constituye el delito de

comentario, conforme se examinó, independientemente de otras consecuencias (por ejemplo de orden civil) que pueden derivarse. Por todo lo expuesto se declara con lugar el recurso por violación de ley sustantiva y resolviendo el fondo del asunto, se absuelve de toda pena y responsabilidad (penal) [al imputado] por el delito de Desobediencia que se le atribuyó cometido en perjuicio de la Autoridad Pública."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 496-F de las 11,30 hrs. del 23 de octubre.

#### 11. DOLO - Análisis de su contenido en la legislación costarricense.

"El problema del dolo en el Código Penal Costarricense: En la Sección V del Código Penal costarricense, bajo el epígrafe "Culpabilidad", en nueve artículos, se ordenan una serie de circunstancias de la más variada índole, las cuales no todas se refieren a cuestiones de culpabilidad (o de "reprochabilidad") sino que también trata otros fenómenos e instituciones jurídico-penales que tiene funciones y resultados propios de estratos de análisis distintos a los de la culpabilidad. En primer lugar, la existencia del artículo 30 define una relación que resulta lógica en la sistemática del Código entre el hecho tipificado en la Ley y el dolo, culpa o preterintención que forman parte del aspecto de intención (subjetivo) que es necesario para la realización de lo descrito en el tipo penal. Resulta fundamental para el análisis judicial de cualquier conducta encuadrable en un tipo penal que se estudie el aspecto volitivo y cognitivo de la intención del sujeto activo, esto por cuanto el artículo 30 del Código Penal establece una relación inescindible entre el hecho tipificado (denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención). Tal aspecto queda también reafirmado con la existencia del artículo 31 del Código Penal, el cual, al definir el significado legal del dolo, indica que el mismo es una voluntad realizadora del hecho tipificado, esto es, que el dolo no se entiende aparte del hecho tipificado, sino que está dentro de ese hecho, tanto para efectos de descripción (labor legislativa) como para los efectos del análisis típico (labor judicial). De esta manera, es que se comprende cuál fue la actitud que tuvo el legislador penal costarricense al diseñar la estructura de la intención en el Código. Es evidente que quiso definir el dolo como una voluntad pero una voluntad que supone conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce. En este sentido, y siempre dentro de la estructura legal de la conducta dolosa, tenemos que si el dolo es el querer la realización del hecho típico (tipo objetivo), el conocimiento del dolo es un conocimiento de los elementos del tipo objetivo (elementos del hecho tipificado en la nomenclatura utilizada por el legislador). Este conocimiento no puede ser potencial, es decir, una posibilidad de conocimiento; el conocimiento que requiere el dolo es un conocimiento efectivo, aún de la probabilidad de que el resultado se produzca y no se evite el mismo (artículo 31 en relación al artículo 18 del Código Penal, sobre el mismo criterio pueden ser consultados, entre otros, los siguientes autores: BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, TEMIS-ILANUD, 1984, pp. 102-114 ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, EDIAR, 1985, pp. 403-426), SHOENE (Wolfgang), El Orden Jurídico Penal, San José, Costa Rica, JURICENTRO, 1992, especialmente el primero y segundo capítulos, sobre el problema de la intención en los delitos de omisión). Esta toma de posición del legislador costarricense tiene una implicación importante en la solución de problemas relacionados con el conocimiento que requiere el dolo. En este sentido, y de acuerdo con

una lectura exacta y apegada al texto legislativo, no se podría observar en el dolo el conocimiento de la antijuridicidad, aspecto que se trataría en el juicio de reproche (estrato de análisis posterior al análisis del injusto). Esa fue la verdadera voluntad legislativa, tal y como se desprende de una lectura atenta de los artículos 30, 31, 34 y 35 del Código Penal (en este sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, ver: ISSA EL-KHOURY JACOB (Henry) y otro, Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, Costa Rica, 1991, pp. 84-87, en especial resulta de interés el planteamiento sobre el dolo como manifestación de una voluntad realizadora del tipo, pp. 107-110; DALL'ANESE RUIZ (Francisco), El Dolo, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, pp. 17-21)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 446-F de las 15,40 hrs. del 25 de setiembre.

#### 12. EMOCION VIOLENTA - Elementos básicos.

"[...] es conveniente anotar que el Código Penal hace referencia a la emoción violenta en varias disposiciones, como por ejemplo en los artículos 29, 127, 140 y el 113 inciso 1º invocado en el recurso, pero no contiene una definición de lo que debe entenderse por tal. Ya esta Sala con anterioridad ha afirmado, con cita de doctrina, que existe emoción violenta cuando se presenta una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida. Para tales efectos no es suficiente el estado de emoción, sino que es imprescindible que tenga un grado tal que, por su violencia, arrastre al autor. Ello no significa que tal estado prive al autor de la conciencia de la criminalidad de su conducta o de la dirección de ella, pues no se trata de un caso de inimputabilidad, sino de una situación de menor responsabilidad criminal. En consecuencia, para que sea aplicable la norma de comentario se necesita no sólo que el encausado al momento del suceso se encuentre emocionado, alterado psíquicamente, sino además que esa alteración sea violenta, grave, que se trate de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, capaz de hacerlo perder el control de sí mismo y hacerlo realizar un acto que en circunstancias normales no hubiere hecho. (Votos Nº 172-f de 16:50 hrs. del 20 de diciembre de 1983; y Nº 194-F de 10 hrs. del 24 de julio de 1987, Sala Tercera). Es conveniente agregar que el estado de emoción violenta requiere de dos elementos básicos. Un elemento interno o subjetivo que consiste en la alteración psíquica violenta e irreflexiva antes descrita, pero también es indispensable la presencia de un elemento externo u objetivo que podemos ubicar como la causa eficiente e idónea que provoque ese estado de alteración psíquica. "Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos -ha precisado esta Sala- no hacen excusable el pretendido estado de emoción violenta que alega el recurrente como atenuante, toda vez que no se constata una causa eficiente que pudiera generar en el imputado una emoción de carácter violento, sino una causa fútil (a saber, el acoso y las recriminaciones justas o injustas que hizo el ofendido al encartado, en un evidente y alto grado de intoxicación alcohólica) que no es suficiente para motivar y hacer comprensible una emoción de esa índole." (Voto Nº 681-F de 8:55 hrs. del 13 de diciembre de 1991, Sala Tercera. En igual sentido véase voto 154-f de 9:05 hrs. del 8 de mayo de 1992). En otros términos, la emoción violenta es un concepto jurídico que requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella,

de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal (Entre otros véase LEVENE, RICARDO (h). *El delito de homicidio*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 328 y 330; LOZANO DELGADO, JORGE AUGUSTO. *Aspectos sustanciales y procesales del delito de homicidio emocional*. En "Derecho Penal y Criminología", Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. VIII, N° 25, Ediciones Librería Profesional, 1985, pp. 70 y ss.; entre otros)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 500-F de las 8,50 hrs. del 30 de octubre.

### 13. ERROR DE DERECHO - Análisis de su contenido - El concepto culpabilidad es altamente graduable.

"El error de derecho del artículo 35 del Código Penal: El artículo 35 del Código Penal costarricense, en su redacción establece que: "No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena". Hay dos elementos de esta definición legal que interesan. En primer lugar, el epígrafe del artículo: "Error de derecho", y en segundo lugar el factor de la "creencia" de que el "hecho" no está sujeto a pena. El epígrafe del artículo responde a una vieja distinción doctrinaria, como ya se ha explicado, ya hoy en desuso, que planteaba que la teoría del error se podía dividir en dos partes, por un lado el "error de hecho" y, por el otro, el "error de derecho". Esta distinción en la definición que plantea el Código es evidentemente inútil ya que hoy es posible demostrar con claridad que el error de tipo (aquél que recae sobre los elementos del tipo objetivo) puede ser de hecho o de derecho, lo mismo, un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Por ello, la doctrina prefiere referirse al error de tipo (ubicado su análisis en la tipicidad) y el error de prohibición (ubicado su análisis en la culpabilidad). La distinción moderna, aparte que ubica los problemas en su correcta fase de análisis, logra traer coherencia sobre la ubicación del análisis del dolo en el tipo, eliminando la necesidad de buscar una "ceguera del derecho" dentro de la culpabilidad. Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, 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. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, 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. Finalmente, estarían contenidos los aspectos del error de comprensión, tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la

antijuridicidad. Cuando es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión 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. Desde este punto de vista, el error de comprensión es una forma de error invencible de prohibición. El error de comprensión puede ser "culturalmente condicionado" cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquél grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos exigirle que los interiorice, que los haga suyos. Por supuesto que éste es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación a las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc., todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto. Asimismo esta graduación se refiere a la medición judicial del reproche para los efectos de la fijación de la pena, lugar donde corresponde examinar esta problemática del error de prohibición, que como ya lo dice el artículo 35 del Código Penal se refiere a un problema de la punibilidad. En efecto, el párrafo segundo del artículo 35 da la pauta cuando se refiere al error de derecho vencible e indica que en una hipótesis de este tipo de error "...la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo a lo que establece el artículo 79." Así resulta evidente que aunque la nomenclatura utilizada en el artículo 34 es la de que el error de hecho produce que el sujeto "No es culpable", es claro que el legislador, porque lo dice en el mismo artículo, quiso decir que desaparecía el dolo, de otro modo no tendría sentido, para el caso de error vencible "de hecho", dejar vigente la tipicidad culposa cuando exista esta tipicidad paralela a la descripción dolosa. De ahí que la expresión "no es culpable" del artículo 34 es un lapsus legislativo que bien puede soslayarse para darle coherencia al sistema del Código. Iguales argumentos pueden utilizarse para conceder que en el caso del artículo 35 C.P. el legislador quiso ubicarlo como un problema del estrato de análisis de reprochabilidad, pues, casualmente, al referirse al problema del error de derecho vencible, 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. Este último artículo a pesar de referirse al problema de la imputabilidad (que de todos modos es aceptado por la doctrina que informa el Código como un problema de culpabilidad) indica que el sujeto debe, a contrario sensu, tener capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho (área de acción del "error de derecho" y la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión (área de acción de todos los supuestos que limitan el umbral mínimo de autodeterminación del sujeto, como por ejemplo el estado de necesidad inculpante)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 446-F de las 15,40 hrs. del 25 de setiembre.

#### 14. ERROR DE HECHO - Análisis de la estructura sistemática seguida por el legislador.

"El error de hecho del artículo 34 del Código Penal: Para los efectos de plantear claramente la estructura de la teoría del error en el Código Penal, tema medular de esta Casación por el fondo, y problema que ha representado numerosas dificultades a los efectos de la resolución de problemas de tipicidad, es que resulta necesario encuadrar la estructura de la sistemática seguida por el legislador en los artículos 34 y 35 del Código Penal, a fin de armonizarla con lo establecido por el legislador en los artículos 30 y 31 del Código Penal, en la forma que se indicó en el aparte inmediatamente anterior. La tendencia seguida por el Código en esta materia, es decir, en lo que se refiere al conocimiento requerido en la voluntad realizadora del hecho tipificado (artículo 31 del Código Penal), es que si el dolo requiere el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo (las exigencias para que el delito exista según su descripción), presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico. Sin esta previsión no se puede hablar de dolo. Esta previsión legislativa es congruente con los postulados sobre el dolo que esta Sección del Código establece. Quizá la vieja nomenclatura utilizada en los artículos 34 y 35 del Código Penal llaman a confusión y a no pocos mal entendidos, sin embargo, resulta claro que estos artículos se refieren a problemas y a estratos de análisis judicial totalmente distintos. El Código recogió la distinción entre error de hecho (error facti) y error de derecho (error juris) que tenía enorme vigencia en América Latina y España a inicios de los años setenta. Esta diferencia fue recogida por el Código Penal Tipo para América Latina y con su adopción en el Código Penal de Costa Rica, se heredaron algunos de los profundos problemas de distinción que tal clasificación propone. Y es que ese planteamiento trae una principal confusión que es la de deslindar qué es el "hecho" y qué es el "derecho" sobre los que debe recaer el error, pues la razón de ser de este deslinde era tratar de separar el error de derecho con el error de derecho penal, este último, según la vieja discusión, no excusaba al agente de su conducta. Sin embargo, con la construcción legislativa que tiene nuestro Código (distinta a la del Código Argentino que involucra en una misma fórmula a los estados de inconsciencia, error y de ignorancia del hecho no imputable) estos problemas de distinción no son tan arduos. Afortunadamente el legislador penal costarricense tuvo el buen tino de consignar una tesis de distinción que supera los problemas iniciales y ésta es la de definir el error de derecho (artículo 35 del Código Penal) como el "...error invencible de lo que se realiza no está sujeto a pena...", es decir, que es el falso conocimiento o ignorancia de que lo que se realiza no está prohibido, sea esto provocado por error sobre el hecho (por ejemplo que la relación sexual extramarital con mujer casada no es delito - en un país donde se castiga penalmente el adulterio- o que se tiene una causa de justificación que en realidad no existe). Quizá el único problema, no tan serio para efectos de los análisis que se proponen en esta resolución, es la ubicación del error sobre las causas de justificación o de los permisos en la segunda parte del artículo 34 del Código Penal. Este problema tiene interés, ya que la doctrina moderna prefiere hablar del problema de las justificantes como de un error sobre la prohibición (error de prohibición indirecto). La génesis de esta discusión, tal y como la receptamos en América, se dio con el advenimiento de la teoría conocida como "rígida de la culpabilidad", de cuño exclusivo de las tesis sobre la acción sostenidas por WELZEL (*Neues Bild*, p. 70 y *Lehrbuch*, parágrafo 22, III, 1, f, citado por BAUMANN (*Jürgen*), *Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema*, Buenos Aires, Depalma, 1981, pp. 246-

247), las cuales llevan a sostener que los errores sobre las justificantes significan una exclusión del reproche y no del dolo. Esta tesis parece ser producto de los efectos de la doctrina de la teoría rígida de la culpabilidad (para algunos finalista), tal y como era explicada por alguna parte de la doctrina alemana (ver BAUMANN, op. cit., pp. 247-248), sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán de los años sesenta (fallos número 3, 107 y 195, citados por BAUMANN, op. cit., pp. 247 y 248), adoptando una teoría limitada de la culpabilidad (debemos entender no finalista), aceptaba que pudiese haber un error de prohibición (sobre el derecho) en el caso de quien cree erróneamente que le asiste un permiso que en realidad el ordenamiento jurídico no le concede. La importancia de esta discusión se inicia cuando se comprueba que el error sobre las justificantes no elimina el dolo de la conducta del autor, ni siquiera elimina la antijuridicidad (porque la relación de contradicción con el ordenamiento jurídico permanece vigente), sino que hace que el reproche, es decir, el análisis de la culpabilidad deba hacerse sobre la capacidad de comprensión de la antijuridicidad, problema que es distinto y con consecuencias de no punibilidad del injusto en el caso de error invencible. No obstante el aparente problema de ubicación del segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal, debemos ser conscientes que la falsa suposición de atenuantes 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. No se puede hablar aquí de un error de hecho con las consecuencias que tiene en el Código Penal, porque sería desaplicar para el caso concreto lo dicho sobre la definición del dolo que establece con claridad el artículo 31 C.P. El problema de la falsa suposición de permisos o justificantes no es un problema que queda sin solución ya que al estar redactado el artículo 35 del Código Penal de manera tan amplia (ubicando el problema sobre el desconocimiento de la punibilidad de lo que se realiza), hace que los problemas de error sobre justificantes se resuelvan amparados a un problema de error de prohibición. En todo lo demás, el artículo 34 del Código Penal consigna, solamente, problemas de tipicidad, de manera que quien se encuentre en un supuesto de error de tipo, en realidad actúa sin dolo, por lo que si su error es vencible se le castigaría por la conducta culposa si ésta se encuentra descrita paralelamente a la tipicidad dolosa (artículo 34 C.P.). De todo lo dicho anteriormente, se puede fácilmente colegir que el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo dice el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre "...algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción..." En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica. Lo anterior, porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando no puede existir ese querer. Los efectos del error de tipo dependen de si éste es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El error invencible además de la tipicidad dolosa elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error vencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (artículo 34 del Código Penal)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 446-F de las 15,40 hrs. del 25 de setiembre.

**15. ESTADO DE NECESIDAD - Necesaria congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la permisión.**

"[...] el estado de necesidad previsto en el artículo 27 del Código Penal funciona como una causa de justificación que implica ponderar bienes jurídicos en una situación de peligro. Por supuesto que la mencionada ponderación puede recaer sobre bienes jurídicos y también sobre deberes. El sujeto debe lesionar el bien jurídico menor para salvar el bien jurídico de mayor entidad, por ello, y esto debe decirse claramente, es posible que el sujeto se equivoque en el aquilatación y escogencia de los bienes jurídicos en juego, sobre todo, tomando en cuenta la situación de conflicto extremo dentro de la cual suele presentarse la necesidad a actuar. Como es posible que suceda esta "equivocación" o "error" sobre los bienes jurídicos es que la doctrina ha aceptado, casi de manera unánime, que pueda producirse un error de prohibición indirecto en estos casos y sea de aplicación lo establecido en el artículo 35 del Código Penal por ser éste un problema de reprochabilidad del injusto al autor. Cuando el sujeto actuante se ha equivocado y ha lesionado un bien jurídico de mayor jerarquía que el que deseaba proteger (jurídicamente de menor entidad), el injusto queda completo, es decir, la conducta es típica y antijurídica, lo que sucede es que el reproche de ese injusto o se reduce (en el caso de error vencible) o desaparece (en el caso de error invencible de prohibición). De esta manera, también el error de prohibición, desde que es un problema de culpabilidad, comparte la naturaleza jurídica de todas las otras causas de exclusión del reproche: la de ser una inexigibilidad de otra conducta, solo que funciona en el primer nivel de análisis de la reprochabilidad: la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho (artículo 42 del Código Penal, ver Voto 409-F-92 de esta Sala). Mediante el estado de necesidad puede justificarse la defensa de cualquier bien jurídico (la legislación no establece límites), el mencionado bien jurídico puede consistir en una relación de disponibilidad propia o ajena (pueden defenderse bienes jurídicos propios o de terceros). No obstante, para que la mencionada causa de justificación nazca a la vida jurídica es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisión y el tipo subjetivo de ella. En otras palabras, deben concurrir los requisitos objetivos señalados en el artículo 27 del Código Penal: una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, que el peligro sea actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el justificado, que no sea evitable de otra manera, y que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquél más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante. La valoración jerárquica de bienes es propia -exclusivamente- del tipo permisivo contemplado en el artículo 27 del Código Penal, la legítima defensa (artículo 28 del Código Penal), por ejemplo, no requiere el examen de los bienes jurídicos en concurrencia o peligro sino que son otros sus requisitos objetivos y subjetivos los que la ley le ha previsto. Estos requisitos objetivos deben concurrir necesariamente junto con requisitos de carácter subjetivo. A este suceso de concurrencia es a lo que se refiere la doctrina como tipo permisivo congruente. En el análisis judicial del tipo subjetivo de la permisión se debe constatar que el sujeto sabía que existía la situación de peligro, que la lesión al bien jurídico era inevitable puesto que era la única forma para defender el bien jurídico dadas las circunstancias, que era consciente que se actuaba para defender el bien jurídico de mayor jerarquía y, por supuesto, que su acción no fue la que provocó el peligro que hace necesaria la actuación lesionadora del bien jurídico de menor jerarquía. A estas circunstancias de carácter personal se les denomina tipo subjetivo de la permisión y deben coexistir junto con las objetivas (tipo objetivo). Si solo se dan los requisitos objetivos pero

no hubo una actuación con previsión y conocimiento de los elementos subjetivos ya indicados, no se da la causal en estudio y por ende la conducta no resulta justificada. La finalidad que interesa al derecho penal es la de evitar el mal mayor, sin tener mayor interés, por ejemplo, que quien ejerce la causa de justificación, tenga otra clase de motivaciones. Tampoco es relevante si el necesitado efectivamente logró la evitación del mal mayor, basta con que la acción iniciada (ex ante) hubiera sido adecuada para evitar la afectación del bien jurídico mayor. El juez hace este análisis del tipo objetivo y subjetivo de la permisión ex post facto y, por ello, debe tomar en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho (ex ante) a fin de observar no sólo la objetividad de la situación de peligro y la necesidad de la conducta desplegada, sino también la inexistencia de otra salida jurídicamente válida dentro de la circunstancialidad propia del evento en examen. En el caso planteado a esta Sala no existe comprobación en el cuadro fáctico demostrado por el a quo que hayan concurrido los elementos objetivos y subjetivos de la justificante que ya se han expuesto, antes bien se denota, y como bien lo explica el juez de mérito [...], que el supuesto "peligro" que la imputada "ponderó" fue el haber sido desalojada por su madre, desconociéndose si ese desalojo no fue provocado voluntariamente y, además, resulta claro que delinquir no era la única vía posible para salvaguardar los bienes jurídicos en peligro ya que perfectamente pudo haber solicitado en alquiler alguna casa o pedido alojamiento en los lugares que para ese propósito se habían instalado temporalmente en la provincia que había sido recientemente asolada por el evento sísmico de aquellos días. De lo expuesto resulta que no se verificó un estado de necesidad en la especie ni hay ningún hecho probado que permita determinar que pudo haber existido un error de prohibición indirecto en el comportamiento de la imputada, lo que hubiera recaído en una posible disminución del reproche, siendo, por las circunstancias, perfectamente vencible la representación errónea y equivocada de los aspectos de justificación que se pretendían hacer evidentes en la declaración indagatoria de la imputada en el debate."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 13-F de las 9,30 hrs. del 8 de enero.

**16. ESTIMULACION O PROMOCION AL CONSUMO NO AUTORIZADO DE DROGAS - Imposibilidad de relacionar conducta con operaciones de trasiego de drogas.**

"El Defensor Público del imputado [...] argumenta que la sentencia del tribunal de mérito aplicó incorrectamente el artículo 18 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no autorizado y Actividades conexas, al condenar a su defendido por el delito de Transporte de Marihuana para el Tráfico imponiéndole la pena de ocho años de prisión, en lugar de contemplar su caso dentro del artículo 20 de la misma ley, el cual fue, en consecuencia, inobservado. Este último precepto establece que "siempre que la acción no esté más severamente penada, se impondrá prisión de cuatro a ocho años a quien, por cualquier medio, estimule o promueva el consumo no autorizado de las drogas y productos a los que se refiere esta ley". El hecho básico que el a quo tuvo por acreditado es que al presentarse el encartado en horas de la noche a la caseta de entrada de la Unidad de Admisión de [...] y hacersele el registro de rutina (pues disfrutaba del beneficio del artículo 55 del Código Penal que le permitía trabajar de día y regresar por la noche a ese centro de reclusión) se le decomisó en la pretina de su pantalón, una cajetilla de cigarros que llevaba



oculta conteniendo 10.50 gramos de picadura de marihuana con la que se pueden elaborar aproximadamente 52 cigarrillos tamaño promedio [...]. Agrega el tribunal sentenciador que "...esa droga el acusado pretendía ingresarla a la Unidad de Admisión precitada con el consiguiente peligro de transmisión a otros reclusos con los que el imputado iba a tener contacto en el módulo a él asignado para que pasara la noche..." [...]. Efectivamente le asiste razón al impugnante en cuanto alega que el artículo 18 de la Ley mencionada establece el ilícito de transporte de drogas (entre otros verbos que caracterizan conductas punibles incluidas por el legislador en dicha norma) cuando se determinó que esa acción va dirigida al trasiego o tráfico, siendo que en el presente asunto tal circunstancia no se demostró ni el tribunal analiza que ese haya sido el propósito [del imputado], pues limitó su razonamiento a examinar el peligro que para los demás reclusos adictos a la droga suponía el pretendido ingreso de ésta por parte suya [...]. Ante esa configuración del cuadro fáctico, considera esta Sala que debe estarse a la situación más favorable al imputado, esto es -como se alega- que su conducta se encuadra dentro del contexto referido por el artículo 20 *ibid*, relativo al estímulo o promoción al consumo de drogas, ya que, según se explicó, no se estableció que el fallido acceso al centro de reclusión de la picadura de marihuana que aquél portaba subrepticamente fuere para su venta o comercio. Es cierto, como lo afirman los juzgadores, que si el imputado manifestó no ser adicto a droga alguna, debe suponerse que no era para su propio consumo sino para ser entregada a otras personas (inclusive a sus propios compañeros de módulo); pero derivar de ahí que lo hacía con el fin de comercializarlos para establecer que en la especie se trata de un transporte para el tráfico resulta una interpretación un tanto extrema si se tiene en cuenta que la cantidad de picadura decomisada no es significativa (más si se observa que el propio tribunal habla de su eventual entrega entre los compañeros adictos del centro penitenciario). Así entonces, desde la perspectiva de que el comportamiento [del imputado] configura un hecho aislado que el cuadro fáctico no relacionada con operaciones de trasiego de drogas de los cuales se tuvieron noticia o de comercialización de éstas dentro de la Unidad de Admisión referida, debe estimarse que su acción se dirigía a la promoción o facilitación del consumo (estímulo) de quienes son adictos a la marihuana, pues no existen otros elementos de juicio que permitan la interpretación en el sentido que lo hace el a quo. Con fundamento en lo expuesto y dadas las particulares características que se han examinado, se declara con lugar el recurso por violación de ley sustantiva y se casa la sentencia impugnada. Resolviendo el fondo del asunto se recalifican los hechos y se declara a [...] autor responsable del delito de Estimulación o Promoción al consumo no autorizado de Drogas en perjuicio de la Salud Pública [...]."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 41-F de las 9,15 hrs. del 22 de enero.

#### 17. EVASION - Necesidad de una efectiva y real detención.

"El licenciado [...], defensor público del imputado, en el recurso por el fondo estima que se violó el artículo 324 del Código Penal, porque en su criterio es ilegítima la condena por evasión en virtud de que su defendido estaba ubicado en el Régimen de Confianza, donde disfrutaba de una serie de permisos de salida del centro penitenciario. En apoyo de su tesis hace referencia a una resolución de esta Sala y a doctrina argentina. Al respecto es conveniente señalar que esta Sala, en la resolución número 146-F de las nueve horas con veinte minutos del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, indicó que para configurar el tipo

penal de evasión es indispensable que la persona se sustraiga a la acción de la justicia pero estando detenida, es decir que se evada estando sometida efectivamente a una custodia real, directa e inmediata, de los funcionarios públicos, y que tal situación no se presenta cuando el interno aprovecha un permiso de salida otorgado por los propios funcionarios que lo custodian, para no regresar al penal, ya que en tales supuestos aún cuando se evada no lo hace bajo la condición necesaria de un estado de detención real. Conviene agregar ahora, para la resolución del presente caso, que lo anterior no significa que todos los internos sometidos al "Régimen de Confianza" del sistema penitenciario estén exentos del delito de evasión sólo por el hecho de disfrutar de permisos de salida. En efecto, para determinar ese delito se configura es indispensable examinar las condiciones en las cuales se realiza la fuga. Si se trata de un interno que aprovechó un permiso de salida para no regresar al penal, tendríamos que concluir que la evasión se produjo cuando el sujeto no estaba sometido a una efectiva y real detención (como condición física necesaria) y que, por tanto, falta uno de los elementos del tipo penal para configurar el ilícito de comentario; pero si el interno se encuentra ubicado en un Centro de Confianza, y elude la vigilancia y la seguridad interna a la que está sometido, que por lo general es mínima en esos lugares, con el fin de evadirse, tenemos que concluir que en este último caso sí se tipifica el delito de evasión porque la acción se despliega en momentos en que se encontraba bajo una efectiva y real custodia, es decir en una situación física de detención, independientemente de que en otros momentos hubiere disfrutado de permisos de salida. En el presente caso, de acuerdo con los hechos probados, el imputado se fugó del Centro de Confianza precisamente porque se le había negado por razones disciplinarias el permiso de salida, para lo cual aprovechó que el vigilante [...] se introdujo un momento en "Sala de Televisión" del Centro. En esas circunstancias el imputado se evadió estando detenido, lo cual configura el ilícito por el que fue condenado. En relación con la doctrina argentina que se cita en el recurso debe indicarse que el Código Penal de ese país no contiene la figura de evasión simple que sí describe nuestro Código Penal, por ello los argentinos señalan que para configurar ese ilícito es indispensable el uso de fuerza o violencia, requisitos que nuestro Código exige para la evasión calificada, pero no para la evasión simple descrita en el tipo penal que se aplicó. Por todo lo expuesto el recurso debe declararse sin lugar."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 504-F de las 9,10 hrs. del 30 de octubre.

#### 18. HOMICIDIO - Análisis del dolo eventual.

"El tipo penal de homicidio simple (artículo 111 del Código Penal) es una conducta dolosa que puede ser cometida, como lo establece el artículo 31 *ibidem*, tanto por dolo directo como por dolo eventual cuando el sujeto al menos prevé como posible el resultado y lo acepta. Se trata de una hipótesis donde un sujeto programa la causalidad para obtener la finalidad y se representa posibles resultados concomitantes de su conducta; ante esa representación si el sujeto actúa admitiendo las posibilidades que sobrevengan esos resultados, ya se dan los requisitos necesarios para que se verifique un dolo eventual. Por supuesto, que para el análisis del dolo directo o eventual el juez debe ubicar los aspectos de conocimiento y de voluntad que se manifestaron en la acción para poder cuadrar el tipo subjetivo de la conducta. Esto mismo es lo que hace el Tribunal, cuando luego de desechar la falta al deber de cuidado, plantea lo siguiente en relación a los elementos del dolo: "...nos encontramos en presencia de una conducta dolosa, enmarcable

dentro del llamado dolo eventual, donde la posibilidad del resultado se acepta y la acción es compatible o reflejo de la intención de querer causar un daño..., quien dispara un arma de tanto alcance y poder ofensivo, a la parte trasera de un vehículo ocupado por varias personas en su cabina, no podría nunca justificar que su intención fuera la de simplemente lesionar y, como consecuencia no buscada, se lograra el lamentable resultado que nos mantiene ocupados..." [...]. Los juzgadores establecieron que el sujeto debió haberse representado que accionar un arma de tanto poder como la que tenía en ese momento y utilizarla para disparar contra un vehículo en movimiento en un lugar habitado debía prever, a lo menos como posible, que pudiera producirse un homicidio como de hecho ocurrió, el agente demostró un amplio desprecio por el resultado que podría producirse, como el mismo Tribunal lo indicó, cuando hizo dos disparos sobre el vehículo para aparentemente lograr que se detuviera. Indudablemente que el medio empleado para lograr el fin querido implicaba un conocimiento de circunstancias concomitantes que derivaban inexorablemente a la posible realización de un hecho típico tan lamentable como el sucedido. El Tribunal, si bien es cierto lo hace sin guardar el orden establecido aquí, pero comprendiendo la necesidad de su estudio, también cumple con el análisis de la antijuridicidad cuando indica que "...ninguna circunstancia llegó a motivar tal hecho, porque sería ilógico pensar, que ante una frase grosera para la integridad moral de un individuo -muchas veces acostumbrado a percibirla en virtud de sus funciones de guardia civil- constituya un acto permitido por el ordenamiento jurídico..." [...]. Los juzgadores, en completa concordancia con los hechos tenidos por probados demuestran que, desde el punto de vista del elemento conativo (volitivo) del dolo, el acusado actuó con una representación de la realización del hecho punible como posible. Es cierto que el dolo eventual no se mantiene simplemente con esta representación de la posibilidad sino que ésta se determine como probable (siguiendo la tesis definitiva seguida por el a quo que es plenamente compatible con el artículo 31 del Código Penal). En otras palabras, el autor debe representarse que el resultado tiene un alto grado de posibilidades de verificarse y aún así actúa con plena indiferencia acerca de si el resultado se produce o no. El Tribunal tiene por probado que el autor montó en cierta cólera, que tomó la calle cayéndose en el camino, "...lo que lo hizo cargar el arma con que realizaba su trabajo, un arma de fuego tipo fusil ametralladora, marca Colt, modelo M-16, calibre 5:56 milímetros...y cuando el vehículo se alejaba como a una distancia de unos cien metros aproximadamente, le disparó dos veces..." [...]. La intención del autor es clara en el sentido de disparar sobre el vehículo; por el medio utilizado y su alto poder ofensivo debió representarse a nivel del conocimiento del dolo la alta probabilidad de que se produjera el resultado lesivo para el bien jurídico, cosa que ocurre. En la doctrina se ha postulado una excepción para esta regla, cuando el sujeto, aunque sea temerariamente, actúa y a pesar de la representación de la probabilidad piensa que "de todos modos el resultado no se producirá", sin embargo, éste no es el caso porque cuando el acusado levantó el arma y percutió dos veces, dada la distancia y el tipo de arma utilizada lo probable era que impactara el vehículo y que el tipo de bala utilizada, con alto poder de penetración, pudiera causar lesión al bien jurídico en este caso la vida o la integridad corporal de los ocupantes. Con esto se quiere sostener que no solo se tomó en cuenta para tener configurado el dolo eventual la probabilidad de la realización del tipo, sino que también el acusado tomó en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico, contó con ella y se conformó con ella."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

#### 19. HOMICIDIO CULPOSO - Examen de los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo.

"La Licda. (...) en sustento de la tesis que formula, menciona el Voto No. 81 de las 9:30 hrs. del 30 de julio de 1982, donde la Sala, según estima la recurrente falló un caso parecido descartando la hipótesis del dolo eventual. En punto a esta cita jurisprudencial, y solo para efectos de clarificar el criterio de la nueva conformación de la Sala, es que resulta necesario explorar los diversos criterios que se han tenido en cuenta para desechar, en este caso sub-judice, la tesis del homicidio culposo, de manera que integrando ambos fallos puedan entresacarse los elementos necesarios para explicar los elementos del tipo culposo, verificar su existencia o inexistencia y ubicar el ámbito de la acción dolosa con respecto al peligro previsible como conocimiento efectivo actual o actualizable. En primer lugar debe tenerse en cuenta que este voto de 1982 consideraba el análisis del tipo culposo tal y como lo planteaba el autor Sebastián Soler en cuanto a la valoración de la ilicitud inicial. Como ya se ha dicho, esta postura ya no puede justificarse por las contradicciones que la misma ofrece en punto al tipo subjetivo y objetivo del delito culposo, las cuales no pueden partir de una licitud inicial del comportamiento del agente ya que la infracción al deber de cuidado no es amparada por el Ordenamiento Jurídico. Resulta más correcto, desde el punto de vista de la estructura del homicidio culposo y de las lesiones culposas, figuras que establecen los requisitos interpretativos para la graduación de la pena en estos ilícitos, que se examine los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo, no partiendo de la licitud inicial de la acción sino de la anticipación de un fin intrascendente para el Derecho, la realización de una causalidad necesaria para obtener ese fin y la infracción al deber de cuidado que genera un segundo resultado que interesa al Ordenamiento Jurídico (este segundo resultado es el que determina el alcance de la tipicidad culposa). En este análisis resulta fundamental la observación del tipo objetivo del tipo culposo, esto es, que la acción cause el resultado típico y que la causalidad haya sido defectuosamente programada, es decir, que la selección de medios para producir el resultado haya sido defectuosa y que constituya una violación al deber de cuidado, y que en el resultado medie una relación de determinación en donde la infracción al deber de cuidado haya sido determinante para la producción del resultado (análisis judicial ex-post con la conducta adecuada al deber de cuidado). Haciendo este análisis ex-post, resulta claro que en el caso que actualmente interesa el autor no ha hecho una programación defectuosa de la causalidad propia de un delito culposo, sino que ha escogido un medio altamente lesivo para obtener una finalidad (detener el vehículo) que obliga a prever el otro resultado posible (lesiones o muerte) como otra conducta que puede producirse con el desencadenamiento de la causalidad que implica su acción (disparar sobre un vehículo en movimiento). El autor evidentemente podía actualizar este conocimiento que resulta efectivo y acepta la posible causación de ese otro resultado. En segundo lugar, el analista debe poner especial cuidado al tipo subjetivo, en donde basta que el sujeto no haya deseado producir el resultado (componente de azar) que lesiona el Bien Jurídico penalmente tutelado, y que si el resultado típico es aceptado como posible por el sujeto activo, éste haya sobrevenido con una causalidad diferente a la programada, y, por supuesto, diferente a la voluntad final realizadora de la conducta intrascendente al Derecho. La voluntad y conocimiento del acusado en esta causa no permiten establecer que éste no haya deseado producir el resultado, ya que a nivel del tipo subjetivo doloso que se le reprocha el debió haber aceptado como posible que podía producirse el resultado con la causalidad que había desatado con su acción, de manera que el resultado no se produce por una causalidad diferente a la

programada, por lo que por esta razón también desaparece la culpa. El juez debe valorar también que el resultado típico y la causalidad sean previsible para el sujeto activo. Debe ponerse especial interés en dilucidar si el sujeto activo pudo conocer la peligrosidad de la conducta desplegada con relación al bien jurídico en cuestión. Resulta más que evidente que en el caso que nos ocupa el acusado tenía una previsibilidad a título de efectos concomitantes de la causalidad desatada, de manera que la conducta no demuestra una infracción al deber de cuidado sino una programación propia del dolo eventual."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

**20. HOMICIDIO CULPOSO - Responsabilidad de conductores partícipes en competencias de velocidad o piques.**

"En el recurso por el fondo el señor defensor alega violados los artículos 1, 2, 45 y 177 del Código Penal, así como el 39 de la Constitución Política. Afirma el recurrente que la conducta de su defendido [...] es impune, pues no fue autor del delito de homicidio culposo, pues nunca atropelló a los ofendidos. En este motivo el señor defensor realiza una extensa exposición de lo que constituye la autoría y la coautoría en delitos culposos, para concluir por la impunidad [de su defendido ...]. En primer término el Tribunal tuvo por cierto que ambos vehículos venían uno junto al otro realizando una competencia de velocidad; en segundo lugar que se trataba de una carretera angosta y muy transitada por peatones; en tercer lugar que ambos imputados solían realizar esas competencias en otras ocasiones, pese a la queja de los vecinos por el alto grado de probabilidad de que se produjera un atropello; que el día de los hechos circulaban a excesiva velocidad; que el imputado [...] intervenía en esa competencia de velocidad llevando dentro del vehículo a cinco personas más, es decir sobrecargado; entre otras circunstancias fácticas. Pero además de lo anterior, y constituye quizá lo más relevante para atribuirle responsabilidad penal a [el co-imputado], el Tribunal tuvo por cierto que el percance se produjo por una conducta atribuible a ambos, puesto que "...cuando el vehículo conducido por el aquí encartado [...], trató de rebasar al vehículo conducido por el [otro] encartado, [el co-imputado] maniobró para tratar de esquivar un hoyo pronunciado que por el carril izquierdo por el que conducía existía, que provoca que el encartado [...] maniobre para tratar de evitar la colisión entre ambos vehículos, orillándose hacia su derecha, pero pierde el control debido al exceso de velocidad y su impericia, y su vehículo se va dentro del caño y se mete en parte de la acera derecha del mismo lado donde se encuentran sentados los aquí ofendidos, a unos ocho metros de éstos, a quienes golpea y arrastró con su vehículo...". De los hechos anteriores claramente se desprende que el atropello se produce por causa directa e inmediata atribuible a la conducta de ambos conductores, quienes con absoluto menosprecio al deber de cuidado, por un lado, optaron por realizar esa competencia de velocidad, en las condiciones dichas, en una calle angosta y transitada; y por otro, ambos evidentemente intervienen en la pérdida del control del vehículo color celeste, que fue el que atropelló a los ofendidos, pues uno lo conducía [el imputado], y el otro que participaba en la competencia intentó rebasarlo y a la vez pretendió esquivar un hoyo, lo que hizo que [el imputado] maniobrara el vehículo celeste para no colisionar con quien pretendía adelantarle, lo cual unido a su impericia en la conducción de vehículos, por el exceso de velocidad y las condiciones de la carretera en que hacían esa competencia, provocó definitivamente el atropello del que resultaron tres personas muertas. Se trata de una

conducta realizada por ambos, pues sus faltas se sumaron una a otra, y en conjunto constituyeron la causa directa del atropello, al extremo de que no podemos desligar la conducta de uno y la del otro para obtener el resultado lesivo. Por lo expuesto es que las argumentaciones de la defensa no son de recibo, porque parten de que [el co-imputado] en ningún momento desvió el vehículo de [el imputado], cuando el fallo señala otra cosa, y al desconocer otros hechos fundamentales en los que se hizo descansar su responsabilidad penal. De acuerdo con esa descripción se trata de una conducta dolosa atribuible a ambos en calidad de coautores, de conformidad con el artículo 45 del Código Penal, pues la falta al deber de cuidado evidenciada en la conducta de ambos configura la acción culpable a que se refiere el artículo 117 *ibidem*. Lo anterior no significa que la Sala estime correcta la solución del caso con base en la teoría sobre el dominio del hecho a que hizo referencia el Tribunal, sino que se trata del concurso de dos actuaciones que sumada una a la otra constituyeron la falta al deber de cuidado que provocó el resultado lesivo conforme ya se dijo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 58-F de las 9,05 hrs. del 5 de marzo.

**21. HURTO AGRAVADO - Agravación por uso de llave verdadera requiere una conducta conexa con el hurto encaminada a obtener la llave venciendo su protección.**

"El acusado [...] interpone Recurso de Casación, por un único motivo de fondo, en virtud de considerar inobservados los artículos 30, 31 y 208 del Código Penal. Fundamenta su reclamo en que la aplicación hecha por el Tribunal de Mérito del artículo 209 del Código Penal resulta incorrecta toda vez que no concurren en la especie los elementos del tipo objetivo correspondientes a la agravación del hurto, concretamente el "uso de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida". Estima el recurrente que el Tribunal de Mérito no puede agravar el hurto que fue realizado ya que la tutela del tipo penal, en su circunstancia de calificación contenida en el inciso tercero del artículo 209, implica que hay una tutela adicional para el propietario que es víctima de un desapoderamiento de sus bienes junto con una privación de la llave que da acceso a dichos bienes, contra su voluntad, sin negligencia alguna de su parte y "sin exponerlos voluntariamente a riesgo alguno" [...]. De allí que si la llave que permitió el hurto, estaba oculta en una piedra, detrás de la casa de la ofendida, lugar que él conocía bien ya que había cohabitado con la señora [...], hay una renuncia voluntaria a la protección de dicha llave por parte del propietario de los bienes. Cita en sustento de su tesis la explicación hecha por el tratadista Sebastián Soler sobre esta agravación donde este último considera que el ladrón que actúa de la manera dicha, no se lleva la llave ni la toma con ánimo *rem sibi habendi*, aspecto que parece estar involucrado en la voluntad legislativa consignada en la redacción del artículo 209 del Código Penal. Solicita que se case la sentencia y aplicando el artículo 208 de este último Cuerpo de Leyes proceda la Sala a realizar el juicio de tipicidad como corresponde. El Señor Fiscal General de la República, contestando la audiencia conferida [...], considera que le asiste razón al acusado en su alegación pues estima que si bien la tesis sostenida por Soler no es compartida por otros sectores de la Doctrina, "...es de mucho peso la consideración de que el objeto protegido por la agravante es la voluntad de protección, a la que, en este caso, la ofendida renunció al dejar la llave al fácil alcance del imputado, que había sido puesto al tanto del sitio donde solía ocultarse, evidentemente no para él" [...]. El recurso de casación debe ser declarado con lugar; para llegar a esta decisión la Sala ha tomado como punto de partida

el análisis del tipo objetivo del artículo 208 y del artículo 209 inciso 3, así como la necesidad político-criminal de la tutela del bien jurídico en el tipo calificado, a continuación las razones que sustentan el criterio expuesto:

**La circunstancia agravatoria contenida en el artículo 209, inciso 3 del Código Penal:** El artículo 209 del Código Penal contiene, en siete incisos, diversas circunstancias de agravación del hurto, siendo algunas de ellas objetos materiales de la acción delictiva que agravan la conducta, o elementos accesorios de circunstancia, de medio o de modo que tienen el mismo efecto calificante. En el caso del inciso tercero la redacción legislativa atiende a un medio utilizado para obtener acceso al lugar donde se encuentran los bienes que serán desapoderados por el autor, así se agrava la conducta si se utiliza "ganzúa, llave falsa...o...la llave verdadera que hubiera sido sustraída, hallada o retenida". La calificante aquí prevista atiende a un criterio político-criminal evidente cual es la tutela mayor de la propiedad cuando se pretende un desapoderamiento utilizando, entre otras cosas, una llave verdadera que posea el dueño y que ya no posee por una conducta adicional que realiza el autor para obtener una especial ventaja que le garantice el éxito de su programación criminal. Indudablemente, este último aspecto, requiere una configuración especial del aspecto de voluntad y de conocimiento del dolo de hurtar que incluye la previsión de esta conducta adicional para obtener la llave, venciendo la cautela y diligencia de la víctima en la custodia de este instrumento. Esta segunda conducta no configura un nuevo delito, aunque materialmente si lo sea, en virtud de que se produce un concurso aparente de tipos penales que el Código resuelve con una subsidiaridad en el artículo 209, misma que tiene como resultado la agravación de la pena del hurto. En otras palabras, la agravación se produce al requerir el hurto otra acción conducente para obtener la llave verdadera, segunda actividad que se calcula a nivel de los medios necesarios para la realización de lo descrito en el tipo y que acarrea un nuevo cálculo de efectos concomitantes en la conducta del autor y, por ende, en su plan criminal (artículo 31 del Código Penal). No se resuelve el problema con un concurso real o material ya que concurren dos tipos que sí se excluyen uno al otro y obliga a aplicar las reglas de la subsidiaridad a fin de reprochar un injusto que acarrea una pena que la Ley ha subordinado para responder a la mayor protección del Bien Jurídico en cuestión, en este caso, la propiedad. Esta mayor tutela se explica ya que el hurto es una figura donde destaca una acción de desapoderamiento realizada sin daño en las cosas o en las personas, es decir, una acción realizada de tal manera que logra su objetivo o meta sin menoscabo o daño de otros bienes jurídicos, tal y como sí ocurre en el robo simple (212, inciso 3) donde el legislador previó una mayor pena para el apoderamiento que lesione otro bien jurídico como lo es la integridad corporal ("violencia sobre las personas"). En consecuencia, para que se produzca la agravación que prevé y sanciona el artículo 209, inciso 3, requiere que el autor haya realizado una conducta conexa con el hurto encaminada a lograr la obtención de la llave, en este caso verdadera, venciendo al efecto las protecciones que haya impuesto la víctima para la custodia de la llave. Este criterio gana cada vez más fuerza en el Derecho Comparado y en las perspectivas de Reforma Penal donde es posible notar una tendencia legislativa hacia el castigo de un mayor injusto constituido por el afán de "penetrar" al lugar donde se encuentran los objetos a ser apoderados, que revela, a su vez, una mayor "peligrosidad" y "capacidad de conducta delictiva" en el autor. En otras palabras, y citando el ejemplo de la Reforma Argentina de 1984, el legislador ha puesto un elemento subjetivo especial en la agravante que nos ocupa obligando a valorar la intención del autor de "penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción", quizá percibiendo los hondos problemas interpretativos que obligarían a esti-

mar frecuentes los errores de subsunción judicial. También el Proyecto de Código Penal Español de 1992, en su artículo 238, donde se ha definido como llave falsa también aquella que es legítima y que es "obtenida por un medio que constituya una infracción penal", la consecuencia de la utilización de este medio acarrea una mayor pena, lo que implica un mayor injusto y por ende un mayor reproche.

**El abuso de confianza y la circunstancia agravatoria del hurto:** Una vieja tendencia doctrinal, de marcada connotación peligrosista, perfila el abuso de confianza como un elemento exterior que permite deducir "un plus de actuación" que obliga a aplicar el elemento calificante del hurto, obligando, en casos como el presente, a pesar de existir una relación de convivencia (interrumpida) entre el autor y la víctima, que dicha relación no justifica o legitima el acceso a la llave siendo, por ello, cualquier apoderamiento de esa índole, una sustracción. Sin embargo, ya esta tesis se encuentra en franca decadencia, principalmente por la crítica que ha recibido de sus detractores quienes encuentran en ella raíces de un derecho de autor. De todos modos el cuadro fáctico que se encuentra demostrado en la especie orienta más bien hacia una interpretación típica más favorable al acusado. Esta interpretación tiene tres elementos indispensables para fundarse: a) en primer lugar, es cierto que la llave no se encuentra a disposición de cualquier persona, pero ha de notarse que el imputado no es cualquier persona, se trata de un individuo que tuvo cercanía afectiva con la ofendida, cercanía que incluso llevó a un conocimiento legítimo del lugar de custodia de la llave, de la combinación de la caja de seguridad que se encontraba en la casa y de la existencia de valores en dicho hogar; b) que la llave, en las condiciones en que era mantenida, seguía demostrando una voluntad de custodia en relación con otras personas ajenas a la familia, pero no en concreto con el acusado, ya que el conocimiento que él tenía de este lugar era legítimo en un principio, no desapareciendo esta legitimidad por las desavenencias entre la pareja; c) que anteponer un "abuso de confianza" como circunstancia agravatoria sería acoger, para el caso concreto, una interpretación in malam partem en contra del acusado, es cierto que su entrada en la casa de habitación fue clandestina, y demostró un alto grado de desprecio por la relación que se había iniciado con la víctima, así como por la confianza que se la había depositado, pero esos malos propósitos y actitudes no pueden concurrir para crear un "dolo malo" que integre el tipo penal, a fin de encontrar una sustracción adicional que en realidad no se ha dado. El cuadro fáctico corresponde a una situación sentimental de un hombre que demuestra grandes carencias afectivas, y que ha realizado una conducta moralmente reprochable, pero que no configura el dolo especializante que requiere el hurto agravado en su circunstancia tercera.

**"La imposibilidad de aplicar la agravante del inciso 3 del 209 en el caso sub-judice:** Tal y como lo expone el señor Fiscal General al contestar la audiencia referida, y de las consideraciones que anteceden, es notoria una apetencia legislativa dirigida a tomar en cuenta la "voluntad de protección" que demuestra el dueño de la llave al poner una serie de obstáculos que tienen como fin la custodia de esa llave, mismos que deben ser vencidos por la acción dolosa del sujeto. En el caso que nos ocupa, y partiendo del cuadro fáctico demostrado por el a quo, se nota claramente que el autor se aprovechó de la confianza que le había sido otorgada por la víctima, quien, entre otras cosas, le indicó dónde custodiaba la llave, logrando de manera sencilla el ingreso al inmueble pero no realizando una conducta adicional para vencer la "protección" ideada por el propietario para dificultar ese acceso toda vez que había renunciado a una tutela semejante desde el momento en que la puso en un lugar de fácil acceso, sin violencia y sin dificultades junto con un "extraño" (que no lo era en realidad) que conocía del

lugar de custodia desde el momento que cohabitó con la [ofendida] ganando su cariño y confianza. No encuentra la Sala, como ya se expuso en el considerando anterior, esa segunda infracción penal que requiere la utilización de la agravante y, de allí, el reproche de un injusto más grave al acusado, y por ello se debe proceder a realizar un juicio de tipicidad de la conducta en la figura simple siendo ésta la configurada por el autor tanto a nivel de tipo objetivo como también de tipo subjetivo (dolo de hurto del artículo 208 del Código Penal). En consecuencia procede declarar que el delito de hurto concurrió en su forma simple, imponiéndole por ese hecho la pena de tres años de prisión, con base en las razones expresadas en la sentencia recurrida, así como también tomando en consideración la naturaleza de los hechos, las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron, en especial la magnitud de los mismos, y algunas de las características personales del imputado que se infieren de la sentencia. De oficio y con fundamento en los artículos 59, 60, 61 y 62 del Código Penal, se le concede al acusado el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena por un período de cuatro años, haciéndole saber que si durante ese período comete un nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor de seis meses, se le revocará el beneficio. Asimismo, la gracia se condiciona a que durante el período de prueba no visite ni frecuente la casa de la ofendida, bajo el mismo apercibimiento." (Hay voto salvado).

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 606-F de las 9,10 hrs. del 18 de diciembre.

#### VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS GONZALEZ ALVAREZ Y CASTRO MONGE:

Los suscritos Magistrados se permiten disentir con respeto de las razones expuestas en el voto de mayoría de esta Sala, en cuanto declara con lugar el recurso por el fondo, con base en las siguientes razones: En el presente caso se tuvo por cierto que el imputado [...], convivió por un período aproximado de dos meses con la ofendida haciendo abandono de la casa de esta última el catorce de agosto de mil novecientos noventa, "...b) Que el día quince de agosto, sea un día después de haberse ido de la casa el encartado..., se presentó a la casa de la ofendida, quien no se encontraba en ese momento, ... c) Que aprovechando dicha circunstancia, el encartado ingresó primero al predio exterior de la vivienda, ya que conocía la combinación del candado que se encontraba en el portón de ingreso a la misma, y con posterioridad al interior de ella, utilizando una llave que tanto la ofendida como sus hijas, dejaban debajo de una piedra, ubicada en la parte trasera de la vivienda, situación que el imputado conocía perfectamente por haber cohabitado con la ofendida y sus hijas. d) Que una vez dentro de la vivienda, abrió la caja de seguridad, propiedad de [la ofendida], y quien le había enseñado la combinación para la apertura de la misma procediendo a sustraerle doscientos veinticinco mil colones, que en ella se encontraban y que esta había sacado del Banco días atrás para reparar un vehículo de su propiedad y cubrir algunos otros gastos, así como cinco camisas y ropa interior nueva en cantidad indeterminada, propiedad del esposo de la ofendida, que había fallecido meses antes" [...]. Con base en esos hechos el Tribunal Superior condenó al imputado por el delito de Hurto Agravado y sin embargo, la mayoría de la Sala casa la sentencia, al estimar que ese hecho constituye un hurto simple, por cuanto si bien "el autor se aprovechó de la confianza que le había sido otorgada por la víctima, quien, entre otras cosas, le indicó dónde custodiaba la llave, logrando de manera sencilla el ingreso al inmueble pero no realizando una conducta adicional para vencer la "protección" ideada por el propietario para dificultar ese acceso cada vez que había renunciado a una tutela semejante desde el

momento en que la puso en un lugar de fácil acceso, sin violencia y sin dificultades junto con un "extraño" (que no lo era en realidad) que conocía del lugar de custodia desde el momento que cohabitó con la [perjudicada] ganando su cariño y confianza". Los suscritos estimamos que en el presente caso existe el delito de hurto agravado, por cuanto la acción desplegada por el sentenciado se tipifica adecuadamente en el artículo 209 inciso 3) del Código Penal, que regula "Si se hiciera uso...de la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida;". En efecto, el encartado penetró clandestinamente a la vivienda de la ofendida aprovechándose de la confianza que le había sido otorgada, en razón de lo cual tenía conocimiento del lugar en donde se localizaba la llave de acceso y una vez adentro, procedió a sustraer diversos bienes, aprovechando la circunstancia de que la ofendida y sus hijas se encontraban fuera de la casa. Ciertamente el encartado no necesitó vencer ninguna otra protección ideada por la víctima (en resguardo de sus bienes), pero tal circunstancia obedecía a la relación que había entre ambos y en consecuencia esto no justifica modificar la calificación jurídica como lo señala la mayoría, por cuanto la relación entre el imputado y la ofendida era de confianza y en tal sentido, estamos en presencia de un abuso de confianza por parte del primero en relación con la segunda, debiéndose destacar que incluso cuando se hurta la llave que se ha dejado dentro de una maceta, (supuesto que se puede equiparar al caso en estudio donde la llave fue dejada debajo de una piedra), el sujeto que sustrae esa llave "...sabe perfectamente que está violando la reserva patrimonial y la esfera de custodia de la víctima; y, por lo demás, al cometer el hurto...denota la peligrosidad, el plus de actuación, que caracteriza la agravante" (ver NUÑEZ, (Ricardo C.) citado por Chiappini, (Julio O.). *Hurto y hurtos agravados*. Rosario, Editora Zeus; 1982, página 86). No se puede estimar que no hubo protección especial de la cosa, en primer lugar porque la llave en sí misma constituía una protección o aseguramiento y en segundo lugar, por cuanto la llave no se encontraba a disposición de quien quisiera usarla o sea, no estaba a disposición de cualquier persona. De manera que estamos, a juicio de los suscritos, en presencia del delito de hurto agravado en aquellos supuestos en que la llave "se encuentra en un lugar escondido que revela la voluntad del tenedor de permitir su uso sólo a aquellas personas que conocen legítimamente aquel escondite" (Creus, (Carlos). *Derecho Penal*, Parte especial. Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo I, 2da. edición; 1988, página 433), o sea "...que la agravante concurre si la llave no ha sido dejada negligentemente al alcance de cualquiera..." (Damianovich de Cerredo, (Laura T. A.). *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires, Editorial Universidad; 1983, página 101). Por último, en cuanto a la falta de necesidad de violencia para tener acceso a la llave como bien se afirma, "No es necesario que la llave se guarde de manera que para su obtención deba ejercerse violencia, lo que excede la noción de hurto; basta con su ilegítimo apoderamiento" (CNCrimCorr, Sala I, 13/6/85, c. 29.101, "García Marín, Alcides W.", s/p)" (Breglia Arias, (Omar). *Código Penal y leyes complementarias*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2da. edición actualizada; 1987, página 537). Por todo lo expuesto, con respeto nos apartamos del criterio de mayoría y votamos por declarar sin lugar el recurso por el fondo."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 606-F de las 9,10 hrs. del 18 de diciembre.

22. HURTO SIMPLE - Las sumas que corresponden al impuesto de ventas no pueden integrarse al valor de los bienes sustraídos antes de su venta para establecer el requisito del artículo 208 del Código Penal.

"En su único motivo de casación por la forma, el abogado

defensor licenciado [...], denuncia el agravio de falta de fundamentación por quebranto de los artículos 106, 395.2 y 400.4 del Código de Procedimientos Penales. Argumenta el recurrente que no fue tomada en cuenta una certificación del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, relativa al porcentaje de utilidades e impuesto de ventas del whisky, lo que -según dice- resulta determinante en el presente caso, pues restando los montos de esos rubros a la suma total estimada por el perito, el valor real de costo de la botella de licor que se trató de sustraer resulta inferior a €1.000.00 (mil colones <sup>100</sup>/100). Señala que al tratar de sustraer, su patrocinado [...], un bien cuyo valor está por debajo de esta cantidad, la acción deviene atípica porque -deja sobreentendido- no existe tentativa de hurto menor (arts. 73 y 384.1 del Código Penal); y de aquí lo decisivo de valorar en sentencia la mencionada certificación del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

"Lleva razón el recurrente solo en parte de sus razonamientos, porque, con independencia de la bondad con que utilice el concepto de "valor agregado" para calificar los porcentajes de utilidad e impuesto de ventas, lo cierto es que el valor de los bienes objeto de la acción a que se refiere el artículo 208 del Código Penal, ya como Hurto Simple consumado, ya como Tentativa de Hurto Simple de acuerdo al artículo 24 *ibidem*, se trata de un resultado consistente en un daño emergente al patrimonio de la víctima. En el caso de comerciantes que venden directamente al consumidor, es claro que el costo del producto no solo está referido al precio de adquisición, sino que deben sumarse otros conceptos dispersos en los salarios de empleados, costos de locales, energía eléctrica, depreciación de equipos, transportes, etcétera; y a eso debe adicionarse la ganancia neta, de manera que el precio de venta, con exclusión del porcentaje de impuesto de ventas según se dirá, es la cuantificación última de todo un proceso en virtud del cual el comerciante pone al alcance del público un artículo. De modo que desde su compra hasta su policitación, aumenta el valor económico de los bienes que se refleja en un crecimiento cuantitativo de activos en la contabilidad de la empresa, y desde luego su sustracción produce un daño emergente al patrimonio. Así, el precio al consumidor es el valor final de los bienes para el comerciante, y es a ese al que se refiere el artículo 208 del Código Penal; esto es, al costo de adquisición más el porcentaje o margen de utilidad autorizado. En consecuencia, no comparte la Sala el criterio del recurrente, en punto a que se debe restar el margen de utilidad al precio de venta para obtener el valor que refiere el artículo 208 del Código Penal. Sin embargo estima, que lleva razón el impugnante cuando afirma que las sumas recaudadas por impuesto de ventas, no pueden quedar integradas al valor de los bienes a que se refiere esta norma. El criterio es correcto, porque el impuesto de ventas es un tributo que surge del hecho generador de la compraventa mercantil; de tal forma que, si los artículos de consumo son sustraídos antes de su venta no nace el impuesto. De cualquier manera, los dineros recaudados como consecuencia de dicho tributo, no serían parte del patrimonio del comerciante sino del Estado. Por esto la sustracción de artículos de consumo, cuando son puestos a la venta por el comerciante y antes del perfeccionamiento de este negocio jurídico, produce un daño emergente al patrimonio de la víctima cuantificable por la suma del costo más el porcentaje de utilidad, con exclusión del monto correspondiente a impuesto de ventas."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 434-F de las 14,45 hrs. del 25 de setiembre.

### 23. LEGITIMA DEFENSA - Análisis de los requisitos.

"La licenciada [...], en su carácter de defensora pública del

sentenciado [...], reclama en el único motivo de su recurso por el fondo, que se violaron los artículos 28 y 111 del Código Penal, porque se condenó al imputado en circunstancias en que -según su criterio- concurrió una causal de legítima defensa, solicitando se case el fallo y se decrete una absolutoria. Para tales efectos el recurrente hace un amplio análisis fáctico y jurídico de la legítima defensa y de las especiales circunstancias de este caso, señalando que si bien su defendido le ocasionó la muerte al ofendido, lo hizo para defenderse del ataque que éste le hacía con un machete, con el cual incluso le ocasionó varias heridas. La recurrente tiene razón. En el presente asunto el tribunal tuvo por cierto que el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa estaba el imputado frente a un negocio comercial en [...], junto con varias personas de la localidad; que al lugar se acercó el ofendido, quien tenía problemas personales con aquel, razón por la cual discutieron acaloradamente. Que el ofendido se retiró del sitio y regresó armado con un machete, por lo que el imputado sacó un puñal, produciéndose una pelea en la que el ofendido hirió al imputado, causándole lesiones que lo incapacitaron por espacio de ocho días, pero este último también le produjo heridas al ofendido, las cuales le ocasionaron la muerte. Al practicarse la autopsia se comprobó que el ofendido tenía ciento noventa y cinco miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre. El Tribunal amplía las circunstancias en que se produjeron los hechos al realizar el análisis de fondo, y excluye la legítima defensa por tres razones básicas. En primer término, afirma el Tribunal, la legítima defensa no se produce porque el imputado pudo evitar de otra manera que se produjera el resultado, pues al alejarse el ofendido a buscar el machete pudo aprovechar para retirarse, con lo cual se hubiere evitado la pelea, máxime que el ofendido le advirtió que pronto regresaría. En segundo lugar los juzgadores excluyen la legítima defensa porque el ofendido estaba sumamente ebrio, en unas condiciones personales que le dificultaban reaccionar ante un peligro inminente, situación que facilitó la conducta del imputado. Y, en tercer lugar, agregan los jueces, el imputado utilizó el puñal luego de haber sido herido con un machete por el ofendido, "...por lo que la legítima defensa no existió toda vez que sólo se puede impedir lo que no se ha producido, siendo más bien la conducta del encartado no un acto de legítima defensa sino un acto de venganza...". Ninguno de los tres argumentos expuesto por el Tribunal se ajusta a los presupuestos del artículo 28 del Código Penal y a la doctrina que lo informa. En primer término, y como ya ha sido expuesto en otros fallos de esta Sala, con base en la doctrina que desarrolla la legítima defensa (Sentencia N° 218-F de 9 horas del 18 de agosto de 1990, Sala Tercera), si bien es cierto que uno de los requisitos básicos de esta causal de justificación consiste en que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también lo es que no puede pedírsele a los ciudadanos que frente a la adversidad asuman conductas heroicas o cobardes, obligándolos a eludir cualquier enfrentamiento posible huyendo del lugar como único modo de hacer "razonable" la evitabilidad de la agresión ilegítima, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación según las circunstancias. En consecuencia, no pueden los juzgadores excluir en el presente caso la justificación alegada sólo porque el imputado no huyó del lugar luego de discutir con el ofendido, cuando éste se retiró a traer un machete advirtiéndole que pronto regresaría, tomando en consideración que el imputado no fue quien buscó al ofendido, sino que estaba con algunos conocidos frente a un negocio comercial del lugar. En segundo término, tampoco es atendible la apreciación de la alcoholemia que se hace en el fallo para excluir la justificante. Es cierto que el imputado declaró que el ofendido estaba ebrio, y que la autopsia reveló el grado de alcohol en la sangre, sin embargo no podría afirmarse en el presente caso, en

forma categórica, que el ofendido se encontraba en un estado de impotencia para pelear, primero porque no toda persona reacciona de la misma manera ante la ingestión de la misma cantidad de licor, y segundo porque en este caso el ofendido pudo mantener una pelea verbal con el imputado, se retiró del lugar para traer un machete con el cual pretendía agredir al imputado, peleó con él, y finalmente estuvo en capacidad de herir al imputado con dicho machete causándole algunas heridas, hasta que el imputado optó por defenderse con un puñal. De acuerdo con los hechos que el propio Tribunal expone, el ofendido estaba ebrio pero no actuó como una persona que no pudiera valerse por sí misma no obstante la excesiva ingestión de alcohol. En esas circunstancias no podía exigirse en el imputado que eludiera la agresión de otra manera. **En tercer término** tampoco es atendible el razonamiento del Tribunal al tener por cierto que la defensa del imputado se produjo por venganza y no para defenderse porque éste ya había recibido el ataque del ofendido, quien a ese momento le había causado las heridas que dictaminó el médico forense cuando lo examinó. De admitirse ese razonamiento, para que exista la legítima defensa habría que esperar un nuevo ataque, luego de haber sido agredido con un machete, lo cual nos llevaría a un absurdo. En efecto, lo importante para determinar si existe esa causal es que, por un lado, la defensa sea necesaria, es decir que sea indispensable para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que en ese momento se padece; y por otro lado, que la agresión sea inminente, actual, real, existente, lo que significa que debe verificarse la existencia y la naturaleza del peligro corrido para apreciar la necesidad de la defensa. En el caso de autos es claro que el imputado optó por utilizar el cuchillo para defenderse del ataque con un machete de parte del ofendido, al extremo de que de no haberlo hecho la víctima hubiere sido él. Por todo lo expuesto y partiendo de la exposición fáctica de la sentencia, tanto de los hechos probados como de las consideraciones y conclusiones que sobre el hecho desarrolló el Tribunal al analizar el fondo, esta Sala concluye que en la especie concurren todos y cada uno de los presupuestos exigidos por el artículo 28 del Código Penal para que se configure la legítima defensa y así debe declararse."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 562-F de las 9,20 hrs. del 20 de noviembre.

**24. LEY DE PSICOTROPICOS - Contenido de las conductas estipuladas en el artículo 18.**

"Recuérdese que todas las conductas estipuladas en el artículo 18 de la Ley de Psicotrópicos (distribución, cultivo, suministro, fabricación, elaboración, refinamiento, transformación, extracción, preparación, comercio, producción, transporte, almacenamiento o venta de drogas), están preordenadas a una actividad común: el tráfico de drogas y que lo típico y lo lesivo para el bien jurídico tutelado lo constituye las consecuencias que producen para la salud de los ciudadanos, así como en la vida social y política de un país. (En este sentido ver resolución de esta Sala V-683-F de 9:05 horas del 13 de diciembre de 1991)."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 66-F de las 9,45 hrs. del 5 de marzo.

**25. MEDIDA DE SEGURIDAD - Cuando se comprueba la existencia de imputabilidad disminuida, se debe absolver y aplicar la respectiva medida de seguridad.**

"En su único motivo del recurso por la forma, el defensor público [...] denuncia el quebranto del artículo 106, en relación a la

nulidad establecida en el número 400.4, ambos del Código de Procedimientos Penales. Argumenta que hay falta de fundamentación del fallo de mérito, porque no fue analizado un dictamen médico [...]. Dice en concreto que "... El dictamen médico que indico omite valorar la Señorita Jueza, introduce un elemento que no se tiene por probado en el considerando I de la resolución cual es la posible imputabilidad disminuida y que de haberse estimado hubiera cambiado en cuadro fáctico plasmado en sentencia, porque la incapacidad mental para conocer la ilicitud del acontecimiento acusado debió exonerar de responsabilidad al endilgado, aunque se le impusiera una medida de seguridad curativa y no como se hizo, donde al endilgado se le tiene como autor responsable del delito acusado y también se le impone la medida de seguridad, sin acreditar como hecho cierto la imputabilidad disminuida" (sic).

Un examen de la sentencia impugnada, permite establecer que no lleva razón el recurrente, y el reproche debe rechazarse. La jueza analizó el dictamen médico aludido en el reclamo, y acreditó el problema de imputabilidad del acusado [...] que se echa de menos en el recurso. Pero (en el considerando IV «Sanción»), lo declara autor responsable del delito de amenazas agravadas conforme al artículo 195 del Código Penal; no obstante lo cual no impone la pena correspondiente, sino una medida de seguridad curativa de internamiento en un hospital psiquiátrico. No es de recibo el reproche en cuanto la juzgadora sí valoró el resultado de la pericia médica, y tuvo por acreditada la imputabilidad disminuida prevista por el artículo 43 del Código Penal, por lo que en tal situación la acción es típica y antijurídica pero no culpable, esto es no se configura el delito. Ahora bien, cuando concurre la causal de comentario, debe absolverse al acusado y aplicarse la respectiva medida de seguridad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 102.a) del Código Penal. Resulta así de una interpretación sistemática del Código de Procedimientos Penales, concretamente de los artículos 320.2, 357 y 474.3. Los dos primeros imponen al tribunal el dictado de sobreseimiento y aplicación de una medida de seguridad, cuando sobreviene una causa de inimputabilidad; y el último abre el recurso de casación, contra la sentencia de sobreseimiento o absolutoria que imponga una medida de seguridad. Se colige que, cuando se prueba que en el hecho histórico está presente la inimputabilidad o imputabilidad disminuida del autor, se configura la conducta típica y antijurídica (injusto o ilícito penal) pero no el hecho punible; y por ello, en vez de la aplicación de una pena, corresponde la imposición de una medida de seguridad. No debe declararse al imputado autor responsable del delito pues falta la culpabilidad, pero sí autor del injusto o ilícito penal (acción típica y antijurídica); y desde que no es autor responsable del hecho delictivo, no corresponde la aplicación de la pena. En el sub-judice se acreditó la imputabilidad disminuida, se condenó a [el imputado] como autor responsable de la figura de amenazas agravadas del artículo 195 del Código Penal y se le impuso una medida de seguridad, lo que -en criterio de esta Sala- es un simple error en la fundamentación jurídica que no tiene la relevancia suficiente para la anulación del fallo, y puede ser corregido de conformidad a lo preceptuado por el artículo 484 del Código de Procedimientos Penales. Así, en vez de tener a [el imputado] como autor responsable del delito de amenazas agravadas, se le tiene como autor del injusto (acción típica y antijurídica) simplemente."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 524-F de las 9,40 hrs. del 6 de noviembre.

**26. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES - Contenido de la acción punible prevista en el tipo.**

"En el primer motivo del recurso por el fondo, el defensor

público [...] denuncia la errónea aplicación del artículo 345 del Código Penal. Al deducir el reproche, señala que la consumación del delito de negociaciones incompatibles se da cuando el funcionario público se interesa en un «contrato y operación», en que debe intervenir en razón de su cargo; lo que no sucede en el presente caso, según los hechos probados por el *a quo*, pues la acción del imputado—siendo auditor de la Tributación Directa— fue la de violar la prohibición para el ejercicio privado de la profesión, al emplearse como contador privado de una empresa que estaba siendo objeto de una auditoría por parte de la misma Tributación. Agrega que es distinto interesarse en un contrato u operación, que no existe en el presente caso, al hecho de ejercer privadamente una profesión, cuando la ley así lo prohíbe. Lleva razón el impugnante. Al examinar la sentencia de mérito, da cuenta esta Sala del hecho histórico acreditado por el tribunal de instancia, según el cual al imputado [...] en condición de auditor 3 de la Tributación Directa, le fue asignada la realización de un auditoraje a la Distribuidora [...], situación que aprovechó para asumir en dicha empresa las funciones de contador privado y con ello atender la contabilidad personalmente. Independientemente de la calificación ética que pueda merecer la acción del encartado, su conducta no se adecúa a la figura del 345 del Código Penal. La acción punible ahí prevista consiste en interesarse en «cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo»; esto es, en un negocio en que el Estado es parte, de donde se desprende que el agente representa el interés público.

La condición de parte, que debe tener el Estado, en los contratos u operaciones a los que se refiere el tipo penal, es un elemento reconocido por la doctrina española, al comentar un texto de ley casi idéntico al artículo 345 de nuestro Código Penal: «la ley se refiere exclusivamente a los funcionarios administrativos y a los de tipo político, únicos que razón de su cargo pueden estar llamados a intervenir en las operaciones o contratos, en los que, claro está, si interviene por razón del cargo un funcionario, una de las partes ha de ser la Administración, aunque el contrato no sea administrativo» (RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho Penal Español. Parte Especial.» Madrid, 1983, pp. 1038-1039. Se suple la negrita.). Por ello la doctrina refiere ejemplos relativos a la contratación de servicios, de obra o de proveeduría: «el funcionario forma parte de una sociedad que contrata un suministro con el Estado, del cual se propone obtener un beneficio del treinta por ciento sobre el precio de coste del artículo» (RODRIGUEZ DEVESA: op. cit., loc. cit.); «el caso del ingeniero Estatal de Obras Públicas el cual hace que una parte del trabajo se adjudique a una empresa en la que está interesado, o del funcionario ministerial que se asegura un porcentaje sobre las utilidades de una concesión pública» ANTOLISEI: «Manuale di diritto penale. Parte speciale.» Tomo II, Milán, 1977, p. 746.); o el funcionario público que «obtiene un contrato de suministro» (FONTAN BALESTRA: «Derecho penal. Parte especial.» Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 581.). Al no existir en el presente caso una contratación u operación de la que el Estado sea parte, e intervenga el imputado en razón de su cargo—como representante de la Administración— falta un elemento del tipo objetivo, de donde se colige que la acción no se tipifica en el artículo 345 del Código Penal. No cabe duda que el encartado violó la prohibición para ejercer la contaduría fuera de la Tributación Directa, pero eso solo da lugar a la sanción administrativa disciplinaria que corresponda. Tampoco entra la conducta en el supuesto de hecho del número 313 del mismo ordenamiento, como ejercicio ilegal de una profesión, porque la práctica de la contaduría privada no requiere de habilitación especial. Por otra parte, los hechos probados de la sentencia impugnada, no describen la realización de actos arbitrarios en perjuicio de los derechos de alguna persona; por lo que tampoco constituyen un abuso de autoridad, en los

términos del artículo 329 *ibidem*. Así las cosas, la acción no solo no entra en el número 345 del Código Penal, sino que no es típica."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 92-F de las 9,20 hrs. del 12 de marzo.

**27. PENA DE INHABILITACION - La cancelación de licencia para conducir vehículos solo se puede ordenar ante los supuestos establecidos legalmente.**

"En el tercer motivo del recurso por el fondo se reclaman violados los artículos 1 y 117 del Código Penal, porque se condenó a [el imputado] a la pena de inhabilitación para conducir vehículos por espacio de cinco años, sin embargo señala el recurrente que su defendido no es reincidente, no cometió los hechos bajo los efectos de bebidas alcohólicas, ni se produjo en el ejercicio de su profesión. El reclamo es procedente y debe ser extendido al co-imputado [...] de conformidad con el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales, porque tanto el artículo 117 como el 128 del Código Penal permiten cancelar la licencia de conducir sólo ante tres supuestos que no concurren en ninguno de los imputados: primero cuando se trata de reincidentes de estos delitos culposos, según lo refiere el párrafo tercero de esos artículos; en segundo lugar cuando se comete el delito bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes, según refiere el párrafo final; y finalmente se permite decretar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho, pero esta última se refiere a una actividad laboral, conforme lo ha interpretado esta Sala (Véase en tal sentido Sentencia N° 285-F de 9:10 hrs. del 28 de setiembre de 1990, Sala Tercera). En el caso de autos se demostró que los sentenciados son primarios, no se acreditó que realizaran el hecho bajo la influencia de bebidas alcohólicas y tampoco consta que se dediquen laboralmente a la conducción de vehículos, en cuyo caso la ley no autoriza decretar la inhabilitación para esa actividad."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 58-F de las 9,05 hrs. del 5 de marzo.

**28. PRETERINTENCIONALIDAD - Homogeneidad de las lesiones jurídicas.**

"Según la Exposición de Motivos del actual Código Penal (Asamblea Legislativa, Expediente Número 4573, Tomo I), el actual artículo 37 revela el propósito del legislador de desterrar los delitos calificados por el resultado y otras formas delictivas que lesionaban el principio de legalidad criminal. No obstante, la actual construcción permite la supervivencia de las figuras castigadas en el artículo 37 (figuras con lesiones a bienes jurídicos de carácter heterogéneo) y aquellas que tienen su razón de ser en la definición legal de la preterintención, escogiendo, al efecto, una definición amplia, pero limitando la existencia de estas hipótesis a la verificación de un resultado más grave pero a un Bien Jurídico de la misma especie (lesiones jurídicas a bienes homogéneos). Así, el tema de la preterintención fue adoptado siguiendo corrientes del Derecho Penal italiano cuya fuente era CARRARA. La tendencia legislativa actual va en el sentido de adversar los delitos calificados por el resultado que como se explicó rozan con el principio de culpabilidad derivado del principio de legalidad criminal. Dicha tendencia es tan fuerte que doctrinalmente solo se admiten aquellos delitos calificados por el resultado donde el autor dolosamente ejecuta un hecho pero por imprudencia produce un resultado mayor, es decir, la



hipótesis legal del artículo 32 del Código Penal costarricense. La preterintencionalidad tal y como está establecida en nuestra legislación pone el interés en la "intención" del agente ya que la culpa que vincula al resultado más grave de la misma especie lleva implícito que la acción querida también implique el peligro del resultado mayor. En el caso de Argentina, solo para introducir un aspecto ejemplificativo, luego de la promulgación de la Ley 23.077, el homicidio preterintencional (artículo 81, inciso primero, aparte b) se define así: "Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte". Esta formulación ya no deja a la interpretación judicial la "homogeneidad" de las lesiones del Bien Jurídico, sino que opta por circunscribir la problemática preterintencional a los bienes jurídicos de la integridad corporal, la salud y la vida, y claramente resulta ser una lesión calificada por el resultado (muerte). Aquí se requiere dolo específico (lesionar) y por otro un medio lesivo que "razonablemente" no podía producir la muerte (resultado más grave de la misma especie), esto quizá con la esperanza de desterrar el aspecto de previsibilidad relacionado con el empleo de medios altamente lesivos. En el esquema vigente en Costa Rica, a diferencia del argentino, la definición legal es de *numerus apertus*, pero obliga al juez a un examen del resultado más grave en cuanto a que sea de la misma especie que aquél que se deseaba a título de dolo inicial. Es así como en un caso de preterintención debe estudiarse la homogeneidad de las lesiones jurídicas, y en el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que el cuadro fáctico probado establece que el acusado disparó al vehículo, él mismo declaró que lo hizo para detenerlo (aspecto que subraya ahora el recurrente), lo que obliga a pensar que no hay identidad en las lesiones jurídicas porque por un lado se deseaba afectar la propiedad (dañar el vehículo para que se detuviera), causando en el proceso (por el medio tan poderoso empleado para ocasionar el daño) un resultado más grave (y de distinta especie) como lo es la lesión al Bien Jurídico Vida. Esto quiere decir que, aún aceptando la tesis del señor representante del demandado civil de que la intención única y exclusiva del autor era detener el vehículo, resulta que la preterintención se anula en la especie porque el resultado más grave, primero, no concurre a nivel de tipo culposo (por el alto grado de previsibilidad que ostenta el resultado efectivamente producido -que descarta la culpa con representación-) y, por el otro, la distinta especie de bienes jurídicos lesionados. Como se expuso anteriormente, con ocasión del análisis del recurso planteado por la Licenciada [...], Procuradora Adjunta de Defensas Penales, la culpa en el caso sub-exámene plantea el serio problema de que el medio empleado para lograr el daño en la propiedad supone que puede producirse un resultado más grave que el autor no puede confiar en evitar ya que, entre otras cosas, no tiene la pericia suficiente para hacerlo como tampoco, dadas las circunstancias, puede eliminar el altísimo grado de previsibilidad que hace que los resultados concomitantes de su acción no puedan ser valorados como configurativos de una falta al deber de cuidado sino más bien de un dolo eventual, como de hecho se estableció."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

**29. RESPONSABILIDAD CIVIL - Necesaria relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado.**

"El Lic. [...], defensor del imputado y representante apoderado de la codemandada civil [...], acusa como único motivo de su recurso la violación de los artículos 1045 y 1046 del Código Civil,

1022 incisos 2 y 3, 124, 127 incisos 3 y 5 del Código Penal de 1941, y del numeral 44 del Arancel de Profesionales en Derecho, Decreto Nº 20307-J de marzo de 1991. El reclamo es de recibo. En sentencia el *a quo* absolvió al imputado del delito de Lesiones Culposas que se le endilgaba en aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin embargo, le condenó civilmente a resarcir al ofendido las diferentes partidas que en la sentencia de detallan. Estima esta Sala que dicha solución no era posible, toda vez que el Juez de mérito no logró determinar si las lesiones sufridas por el ofendido fueron producto de una conducta negligente o imprudente del imputado, o si ocurrieron por la propia conducta imprudente del ofendido [...], o si hubo culpa concurrente [...]. Explica el *a quo* que aunque tiene una duda razonable de si el encartado actuó imprudente o negligentemente, dicha duda "no descarta que existiera dicha imprudencia o negligencia o por el contrario que esa imprudencia o negligencia del actuar del ofendido", razonamiento que evidencia que el juzgador, a pesar de que no supo por qué causa se cayó y lesionó el ofendido, presume, a efectos civiles, que fue una conducta negligente o imprudente del encartado la que provocó la caída del ofendido, presunción que, aparte de no tener ningún asidero lógico, contraviene el estado de inocencia que ampara al aquí imputado y demandado civil, tanto en materia civil como penal. Así, pues, no habiéndose demostrado una conducta imprudente o negligente del sentenciado, no se constatan en la especie los elementos esenciales de la culpa aquiliana (artículo 1045 del Código Civil), pues no se demostró que el imputado *causara* un daño al ofendido, ni -mucho menos- que este daño obedeciera a *dolo, falta, negligencia o imprudencia del encartado*, sino, solamente, que el ofendido se cayó y sufrió algunas lesiones (daño), hecho que por sí sólo no justifica la condenatoria civil que impusiera el *a quo* a los codemandados civiles en esta causa, pues debe demostrarse no sólo el daño sino también su causación por el agente, toda vez que la responsabilidad civil subjetiva supone esa necesaria relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño. Consecuentemente procede casar la sentencia solamente para declarar sin lugar la acción civil resarcitoria interpuesta y absolver de toda responsabilidad civil a los demandados civiles."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 36-F de las 8,50 hrs. del 22 de enero.

**30. RESPONSABILIDAD CIVIL - Responsabilidad solidaria del propietario del vehículo.**

"En este motivo se reclama la violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 38 y 39 de la Ley de Tránsito; 79 y 145.3 del Código de Procedimientos Penales, al estimar el recurrente como un error la condena civil de su representada, sin tener por demostrados los presupuestos que exige el artículo 38 de la Ley de Tránsito. Agrega que lo procedente en este caso era decretar el gravamen legal previsto por el artículo 39 *ibidem*, según el cual la responsabilidad está limitada al monto del vehículo, y que en su opinión no era procedente la condena genérica de la empresa a pagar solidariamente con el imputado la totalidad de la indemnización civil. Estima la mayoría de la Sala que su reclamo no es de recibo. El vehículo conducido por el imputado al momento de ocasionar el accidente se encontraba inscrito a nombre de la demandada civil [...], y ésta es una empresa mercantil con cédula jurídica [...]. Dicha empresa debe responder solidariamente con el autor del delito a pagar la totalidad de la indemnización civil, con fundamento en el artículo 38 de la Ley de Tránsito que establece que son responsables civilmente "...todos aquellos que por cualquier título explotaren vehículos en una empresa industrial o comercial..."

como la demandada en este caso. Se trata de un caso típico de responsabilidad civil objetiva, en el cual la empresa propietaria del vehículo responde aún cuando se tuviere por acreditado que el conductor pretendió "hacer un favor" a los ofendidos, al ofrecer llevarlos al Hotel donde trabajaban porque no encontraron un taxi. Por lo expuesto este motivo debe declararse sin lugar. El Magistrado Ramírez salva su voto en cuanto a este extremo."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 485-F de las 8,40 hrs. del 23 de octubre.

**31. RESPONSABILIDAD CIVIL - Subsistencia a pesar de sentencia absolutoria.**

"Pese a la sentencia absolutoria que se decreta en esta vía al acoger el recurso por el fondo, conforme al artículo 11 del Código Procesal Penal y de acuerdo con las razones que de seguido se exponen, debe mantenerse la condenatoria en el aspecto civil en todos sus extremos. En efecto, según consta en el fallo los afectados con la decisión del Ejecutivo Municipal no tuvieron empleo por espacio de casi seis meses, en los que tuvieron que dedicarse a diversas actividades que les proporcionarían algunos medios de subsistencia (vender rifas, coger café, vender ropa, etc.) [...], además ocasionarles otros perjuicios morales y materiales que fueron examinados por el a quo [...]. Todo ello, producto de la conducta del encartado, que aunque esta Sala no la estimó configurativa del delito por el que había sido sancionado, sí resulta obvio que fue la determinante de los daños que generaron la responsabilidad civil que se le impuso, conforme a lo dispuesto por los artículos 1045 y siguientes del Código Civil, de donde se extrae la responsabilidad civil extracontractual. Ante esas circunstancias y conforme lo ha venido puntualizando esta Sala desde hace mucho tiempo (ver entre otras, la Res. N° 29-F de 16:50 hrs. del 14 de mayo de 1981; N° 10-F de 21 de enero de 1982; N° 100-F de 10:55 hrs. del 8 de octubre de 1982; y N° 87-F de 10:40 hrs. del 6 de agosto de 1982), es de rigor mantener incólume en todos sus extremos lo relativo al resarcimiento acordado en favor de los ofendidos por el perjuicio ocasionado con el acto administrativo objeto de comentario señalado en la sentencia."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 496-F de las 11,30 hrs. del 23 de octubre.

**32. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO - Homicidio cometido por guardia rural en funciones propias de su cargo.**

"La Procuradora Adjunta y representante del Estado que figuró en la presente causa como demandado civil, reclama la violación de los artículos 106, 393 y 395 inciso 2) en relación con el 400 inciso 4), todos del Código Procesal Penal, por estimar que la sentencia de mérito no está debidamente fundamentada. Afirma que el primer vicio de esa naturaleza radica en que los juzgadores parten "de que si el imputado utilizó un arma de fuego suministrada por el Estado, éste es responsable" [...] siendo que tal extremo no quedó realmente demostrado por las razones que apunta [...]. Pero los argumentos del fallo que señala como contradictorios para apoyar su reparo, no contienen ese defecto ni inciden sobre el aspecto de fondo que intenta rebatir. En efecto, el encartado [...] era Guardia Rural y al momento de cometer el ilícito se encontraba en funciones propias de su cargo, por lo que independientemente de que por su ingesta alcohólica se le hubiese quitado su arma de

fuego y que después la hubiese obtenido -sin saberse cómo-, para utilizarla en el hecho que cometió, subsiste la responsabilidad civil del Estado conforme lo determina la Ley General de la Administración Pública, especialmente en las normas que cita el tribunal a quo (arts. 107, 111 y 190). Siendo entonces que no se observa, según el criterio de esta Sala, contradictoria alguna que invalide la motivación de la sentencia, se desestima el reproche.

Tampoco lleva razón la impugnante cuando afirma que "no fue expresado el iter lógico que llevó a determinar que por los hechos demostrados y el derecho analizado, el Estado está obligado a reparar los daños" [...], pues la obligación de resarcimiento está claramente examinada en el Considerando VI de la sentencia [...]. La circunstancia de no puntualizarse si se está en presencia de un culpa in eligendo o in vigilando no anula el fundamento jurídico en que se apoyó el tribunal sentenciador, desde que el imputado, como Guardia Rural en el ejercicio de su cargo, sin el necesario deber de cuidado que la situación requería y bajo los efectos del licor, hizo uso de su arma de fuego ocasionando la muerte del guarda nocturno del Colegio de [...] al disparar en dirección al aposento en que este último se encontraba. Ante esa situación, no puede estimarse que el razonamiento de fondo impugnado presente el vicio que se le atribuye. Por lo expuesto se deniega el reclamo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 93-F de las 9,25 hrs. del 12 de marzo.

**33. ROBO AGRAVADO - Diversos actos de violencia para realizar la sustracción.**

"El apoderamiento configurativo de la sustracción, no es un acto instantáneo, sino que podría -según el caso- requerir para la ejecución, de una serie de actos, de toda una actividad conformada por una sucesión de actos, de tal manera que si durante su desarrollo se utilizan armas, debemos concluir entonces que concurre la causal de agravación del robo prevista en el inciso 2° del artículo 213 del Código Penal. En el caso concurre el apoderamiento, de acuerdo a lo que tiene por probado el a quo, a través de una secuencia de actos: (a) [el imputado] y otro sujeto no determinado, sujetan la bicicleta del ofendido y le dicen que les haga entrega de la misma; (b) cuando el ofendido [...] no accede, el aquí imputado lo empuja haciéndolo caer; (c) después toma el vehículo y lo pone en manos del sujeto desconocido quien emprende la huida; (ch) pero cuando [el ofendido] trata de perseguirlo, el acusado saca un cuchillo de la faja y lo blande con dirección al cuerpo del ofendido cortándole una manga; y (d) finalmente forcejean pero [el acusado] logra huir. Obsérvese que durante el apoderamiento se dan actos de violencia que -desde un empujón- van en crecimiento, hasta que se produce el uso del arma con la que fue cortada una prenda que vestía [el ofendido]; y no hay duda de que tal ejercicio sobre el cuerpo de la víctima permitió a los autores realizar el apoderamiento de la bicicleta, y después sacarla de la esfera de custodia del ofendido. Es criterio de esta Sala que desde el empujón hasta el uso del cuchillo, hay una sola acción violenta que se desplegó durante el apoderamiento y viene a configurar la agravante prevista en el inciso 2° del artículo 213 del Código Penal. Es discutible que concorra la calificante de ese inciso cuando el uso de armas se produce después del apoderamiento pero antes de que el autor de la sustracción haya logrado sacar el bien de la esfera de custodia del ofendido. En estos casos la violencia se ejerce para lograr la impunidad o para obtener el provecho de la actividad ilícita, pero no busca el apoderamiento del objeto pues éste ya ha sido tomado. La agravante prevista en el inciso 2° del artículo de comentario concurre cuando se utiliza el arma durante el apoderamiento, para

lo cual debe tenerse presente que el apoderamiento no es un acto único y aislado, sino que implica una verdadera actividad, realizable en uno o varios actos. Por lo dicho el motivo debe rechazarse."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 540-F de las 11 hrs. del 6 de noviembre.

**34. TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO - Valoración en relación con el tipo penal que se interpreta.**

"[...] debe indicarse que el dominio del hecho lo tiene quien dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado; no solo basta la conducción de los actos hacia el fin propuesto (que todo partícipe tiene en relación con el hecho) sino que además debe haber una posición relativa del sujeto que actúa con este dominio de los hechos con relación a otros partícipes. Esto es que si el sujeto puede "sobre-dirigir" el suceso total tendrá dominio del hecho. Este último concepto (dominio del hecho) es un concepto abierto que requiere una valoración del juez en relación con el tipo penal que se está interpretando, y, en algunos casos, un dominio del hecho no podría establecer una autoría para el caso concreto, como ocurriría en los delitos especiales en que sujeto activo del hecho solo puede ser quien tenga las características exigidas por el tipo penal (por ejemplo, el prevaricato)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 491-F de las 9,10 hrs. del 23 de octubre.

**35. TIPICIDAD CULPOSA - Análisis de resultado - La licitud de la conducta no puede ser el punto de partida del tipo culposo.**

"En cuanto a la culpa y su crítica en el caso en cuestión, se dice en la sentencia que: "...Partiendo de esa realidad no pasa desapercibido que esta fase del comportamiento, previa a la detonación, no tiene ningún respaldo legal. Si no lo tiene, y más bien, desde todo punto de vista resulta reprochable, no se puede entender que al momento del disparo en sí -que a decir del encartado fue repetido- proyecte esa actitud falta al deber de cuidado que exige el comportamiento culposo..." [...]. La Sala encuentra que en este razonamiento el Tribunal está siguiendo cierta tendencia difundida por SOLER en América Latina, la cual influyó en algunas legislaciones (como la Guatemalteca) y que preconizaba que había conducta culposa cuando con ocasión de acciones lícitas se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Sin embargo, esta tesis diferenciadora del tipo culposo no puede sostenerse ni desde un punto dogmático ni desde un punto de vista legislativo. Debe tenerse en cuenta que una acción u omisión que pueda ser calificada de culposa no puede ser nunca "lícita" ya que la forma de realización de la conducta (con falta al deber de cuidado) demuestra por sí misma una indiferencia del autor frente a la posible lesión al Bien Jurídico penalmente tutelado. La definición legislativa que encontramos en el homicidio culposo (artículo 117 del Código Penal), plantea el examen del "grado de culpa", de la "magnitud de los daños causados" y del "número de víctimas", como elementos del análisis judicial del tipo culposo, esta definición, así de abierta, tiene una gran ventaja ya que permite enfocar la labor de análisis judicial hacia la forma de conducir la causalidad hacia el fin intrascendente para el derecho, es decir, hacia el resultado que no tiene interés para el Derecho. Debe recordarse que la conducción de la causalidad hacia el fin intrascendente para el derecho es lo que establece la relación entre la infracción al deber

de cuidado (manifestada en esa conducción) y el resultado que sí es trascendente para el derecho, es decir, el resultado antijurídico. El tipo culposo tiene entonces un examen de dos resultados, el primero de ellos intrascendente para el Derecho hacia el cual se conduce el sujeto por medio de su finalidad y el escogimiento de medios requeridos, el otro resultado, el que sí interesa al Derecho, se produce cuando por la forma de conducción de la causalidad se produce una lesión a un bien jurídico manifestado en un resultado no querido por el sujeto, por lo que el punto de partida del tipo culposo no tiene que fundarse en esta perspectiva de la licitud."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 496-F de las 11,30 hrs. del 23 de octubre.

**36. USURPACION - Concurso en la modalidad de delito continuado entre usurpación por despojo violento y turbación de la posesión.**

"El bien jurídico protegido por el artículo 225 en sus tres incisos es el uso y goce pacífico de un bien inmueble por hecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre él (cfr. BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: *Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 658; y CUELLO CALON, *Derecho Penal*, Barcelona, Parte Especial T. II, Editorial Bosch, 1961, pág. 784), siendo que en el tercero de ellos se sanciona concretamente la turbación de la posesión o tenencia de un inmueble. Para la doctrina la turbación de que aquí se trata es "una restricción en el uso y goce de la cosa. Esta turbación tiene que cometerse mediante violencias o amenazas, que deben traducirse en violencia física o violencia moral (fuerza o intimidación). No interesa la intención del sujeto activo de constituirse poseedor. Esta puede no existir y, sin embargo, haber turbación" (BREGLIA, *Op. cit.*, pág. 665). En el presente caso, la calificación dada por el *a quo* a los hechos como constitutivos del delito de Usurpación no se reduce -como pretende el impugnante- al mero hecho de que el encartado haya violentado una cadena (abriéndola en uno de sus eslabones; nótese que en la sentencia no se establece si destruyó el candado que sujetaba aquella, como lo afirma insistentemente el recurrente, [...]), que el ofendido colocó para mantener abierto el portón de entrada al inmueble para visitantes, sino a la consideración de ésta y otras conductas acreditadas de aquél, como lo fueron el haber cambiado el candado del portón del garage que compartía con el ofendido, sin autorización de éste ni del propietario del inmueble, negándose a dar copia de la llave a estos dos, y por otra parte, que el imputado [...] procedió a desconectar un dispositivo electrónico que operaba desde su apartamento y permitía el ingreso peatonal por un portón pequeño, compartido en forma común por el acusado y el ofendido, impidiéndole así al [ofendido] hacer uso del mecanismo referido desde su apartamento cuando era llamado desde el exterior del mismo, lo que obligaba por una parte a sus visitantes a gritar desde afuera anunciando su visita -puesto que el timbre eléctrico también dejó de funcionar- y, a la vez, obligaba al ofendido a utilizar las llaves de dicho portón, sacando sus manos por medio de los barrotes en una maniobra incómoda [...]. El recurrente alega que, para la mejor doctrina, "la violencia, en cualquiera de sus dos formas (*vis absoluta-vis compulsiva*), requiere siempre un efecto físico sobre el cuerpo de la víctima, no bastando para que se configure la violencia, la fuerza en las cosas (*vis in rebus*)..." ([...] nótese que el impugnante no indica concretamente a cuál doctrina o autores se refiere).

Sin embargo, esta Sala, consultando el tema del delito de Usurpación en obras de reconocido valor doctrinal, obtiene que "turba la posesión de un inmueble el que, *sin despojo* total o parcial,

mediante actos materiales, obstaculiza el ejercicio de aquella por su titular o representante. Los actos turbatorios pueden ser *actos de posesión* o no, con tal que sean actos que interfieran el uso y goce del inmueble, como son, por ej., los que limiten o dificulten al poseedor su acceso" (el subrayado no es del original). NÚÑEZ, Ricardo: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.*, Buenos Aires, Ediciones Lerner S.R.L., 1978, pág. 277), de lo cual se colige que la violencia que turbare la posesión puede recaer sobre las personas o sobre las cosas que se poseen, pues "la ley no distingue forma alguna de violencia, de manera que está comprendida la que se ejerce sobre las personas o sobre las cosas, la violencia física efectiva o tácita" (SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, T. IV, Tipográfica Editora Argentina, 1970, pág. 454). En igual sentido FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Parte Especial, Abeledo-Perrot, 1978, pág. 397, quien indica que es "opinión común" que la violencia puede recaer sobre las personas o sobre las cosas; y, CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Parte especial, Editorial Astrea, 1988, pág. 587). Para los autores BREGLIA ARIAS y GAUNA, el desconectar un cable de energía eléctrica (hecho por un propietario a un inquilino configura el delito de Usurpación, concretamente, por turbación de la tenencia, y citan una decisión jurisprudencial en la cual se resolvió que: "la actividad cumplida por el procesado al privar de corriente eléctrica y gas a sus inquilinos configura el delito de turbación de la tenencia... dado que la violencia que requiere esta figura está dada por la colocación de una llave interruptora del suministro del fluido eléctrico en una habitación cerrada con candado, a la que sólo tenían acceso el incurso y la encargada del inmueble" (Op. cit., págs. 664 a 665), de tal forma que, si el imputado [...] desconectó el dispositivo electrónico que operaba desde su apartamento y permitió el ingreso peatonal del portón que compartía en forma común con el ofendido, así como el uso del timbre, resulta claro que tal conducta perturbó la posesión o tenencia de (el perjudicado) sobre el inmueble, por lo que, en cuanto a este aspecto, la calificación jurídica rendida por el a quo es correcta. No obstante lo anterior, respecto al hecho de haber cambiado el candado del portón del garage, en los términos acreditados y supraindicados, cabe advertir que resulta equívoca la calificación de la misma como turbadora de la posesión ejercida por el ofendido, puesto que, a través de aquella acción, el ofendido fue despojado parcialmente de la posesión que a título de inquilino tenía del inmueble, toda vez que se vio imposibilitado de usar dicho estacionamiento para guardar su vehículo, a tal punto que se le obligó a tener que dejarlo por fuera del edificio, en la rampa de entrada al garage.

Y es que la previsión del inciso tercero del artículo 225 del Código Penal no trata ni del despojo ni del apoderamiento, sino de la turbación (Así, GOLDSTEIN, Raúl: *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976, pág. 653 y NÚÑEZ, Op. cit., pág. 277). De ahí que se afirme que las acciones turbatorias son "aquellas que importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión, sin que se traduzcan en la total privación constituida por el despojo" (el subrayado es suplido, SOLER, Op. cit., pág. 458. En igual sentido FONTAN BALESTRA, Op. cit., pág. 400). El despojo puede ser total o parcial, es total cuando se priva al sujeto pasivo de todo el inmueble, es parcial cuando se lo priva de la tenencia de la parte del inmueble que aquel ocupa (p.ej., en una tenencia común, impedirle el ejercicio de los derechos que como tenedor común le corresponden), o cuando el autor excluye al sujeto pasivo de la ocupación de una parte del inmueble que ocupaba en su totalidad, o cuando trata de ejercer juntamente con él la ocupación" (CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Parte especial, Editorial Astrea, 1988, pág. 586). Respecto al portón del garage, la conducta del encartado no significó simplemente un obstáculo o restricción al goce normal del inmueble, sino que se

tradujo en un verdadero despojo, toda vez que excluyó el uso y goce pacífico que del mismo podía hacer el ofendido en su condición de inquilino y que, ante la negativa del encartado de dar llave del candado al ofendido, importa un obstáculo material que sólo puede ser vencido por la fuerza y que configura el delito de usurpación por despojo violento. En efecto, tal despojo, en razón del medio utilizado por [el imputado] para consumarlo, es punible conforme al inciso primero del tantas veces citado artículo 225, que, en lo que interesa, sanciona al que por violencia "...despojare a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes" (en este caso, la acción ejecutiva del despojo consiste en no dejar entrar al garage común de ambos apartamentos), y ese despojo -como se adelantó- asumió una forma violenta, según los criterios que informan la doctrina. Así, BREGLIA ARIAS y GAUNA admiten que la colocación de un candado es una de las formas que puede asumir la violencia (Op. cit., pág. 661), del mismo criterio es FONTAN BALESTRA (Op. cit., pág. 398) y RUBIANES cita varios casos de la jurisprudencia argentina que se pronuncia en este sentido (*El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, págs. 1121 y siguientes). Por las razones expuestas cabe acoger el recurso por el fondo y casar parcialmente la sentencia (aunque no por las razones aducidas por el recurrente), pues del mismo modo en que están expuestos por separado en la sentencia, cabe distinguir que la conducta desplegada por el encartado [...] se raciona en dos acciones, aunque afecten el mismo bien jurídico tutelado por el artículo 225 del Código Penal. La primera de ellas se da cuando el acusado "con su propia mano y sin contar con la autorización del propietario del inmueble [...], ni con la del ofendido, procedió a cambiar el candado del portón grande, común, que permitía el acceso del (sic) vehículos al área de garage, sustituyéndolo por otro candado, sin que le suministrara al ofendido o al dueño del inmueble copia alguna de las llaves que abran el mismo, impidiendo de ese modo, que el ofendido pudiera aparcarse su automotor en dicha zona, lo que coartaba su derecho como arrendatario del inmueble de marras [...]. Este hecho, como se indicó con anterioridad, por sí solo constituye el delito de Usurpación, en la modalidad prevista y sancionada por el inciso 1) del artículo 225 del Código Penal (Usurpación por despojo violento del derecho de posesión). La segunda de las acciones desplegadas por el imputado está referida al portón peatonal y timbre que compartía con el ofendido, a los cuales cortó el fluido eléctrico y que en criterio de esta Sala están correctamente calificados como constitutivos del delito previsto y sancionado por el inciso 3) del artículo 225 (Usurpación por turbación de la posesión), por lo que, en cuanto a ella debe mantenerse inculme el fallo.

Ahora bien, estos dos hechos -considerados autónomamente- son discontinuos (están temporalmente separados y asumieron consumaciones independientes) y tienen cada uno idoneidad típica, pero son dependientes entre sí, por lo que la punibilidad de esta pluralidad de hechos ha de establecerse, dentro de los principios que rigen el concurso de delitos, conforme a las reglas del delito continuado (artículo 77 del Código Penal). Son dependientes, porque guardan entre sí un alto grado de homogeneidad, referida concretamente al bien jurídico afectado y a la "forma" de ataque al mismo. En cuanto a lo primero, el bien jurídico afectado es de la misma especie (éste es, como se dijo atrás, el uso y goce pacífico de un bien inmueble por hecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre él); en cuanto a lo segundo, la doctrina admite que no se requiere que todas las acciones se adecuen estrictamente al mismo tipo penal, sino que lo que se requiere es que, por lo menos, "se trate de acciones con *formas*

comunes de varios tipos" (el subrayado es suplido, CREUS, Carlos: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Parte General, Editorial Astrea, pág. 240. Cfr. CASTILLO GONZALEZ, Francisco: *El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, pág. 95), tal como sucede en el presente caso, en que el imputado incurrió en dos de las tres modalidades de Usurpación que prevé y sanciona el artículo 225 del Código Penal, acciones que comparten "formas comunes", toda vez que ambas fueron cometidas con violencia, tal como se explicó atrás. Luego, la adopción de esas formas comunes, realizadas en el mismo día -según se acreditó-, indica claramente que el imputado perseguía una misma finalidad con sus actos, cual era usurpar violentamente la posesión del ofendido, afectando notoriamente el uso y goce pacífico del ofendido sobre las áreas comunes del inmueble que compartía con el encartado. Sobre este punto ha señalado con anterioridad esta Sala que "...ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de los actos es revelatoria de una misma finalidad" (V-319-A, de las 11:40 hrs. del 9 de agosto de 1991). Finalmente, todos los actos del delito continuado no sólo deben dirigirse contra el mismo bien jurídico, sino que, además, éste debe ser "patrimonial" (artículo 77 del Código Penal), por lo que debe constatarse si en este caso el bien jurídico afectado es de carácter patrimonial. Para CASTILLO GONZALEZ "...afectan bienes jurídicos patrimoniales los delitos previstos en los títulos VII ("Delitos contra la propiedad") y VIII ("Delitos contra la buena fe de los negocios") del Libro II del Código penal" (*Op. cit.*, pág. 98), y siendo que el artículo 225 del Código Penal se ubica en la Sección VI del referido Título VII del Código Penal, cabe estimar como patrimonial el bien jurídico tutelado por el delito de Usurpación, en cualquiera de las tres modalidades que prevé y sanciona dicho numeral. Así, pues, en este caso se reúnen todas las condiciones del Delito Continuado definidas por el artículo 77 del Código Penal, y a efectos de establecer la pena del mismo -dice este mismo artículo- "...se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta otro tanto".

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 474-F de las 11,05 hrs. del 9 de octubre.

### 37. USURPACION - La amenazas pueden producirse para mantenerse en el hecho de la usurpación.

"Tal y como se encuentra redactado el artículo 225 del Código Penal resulta más que evidente que la violencia, las amenazas, el engaño y el abuso de confianza y la clandestinidad no son más que medios que deben ser utilizados por el autor para realizar el núcleo del tipo que consiste, casualmente, en el despojo, total o parcial, de la posesión o de la mera tenencia de un inmueble o de un derecho real constituido sobre él. De manera que no es posible sostener, de lege data, la tesis del recurrente en el sentido de que la violencia a que hace referencia el tipo penal no debe ser tomada en cuenta si se ejerce después que la imputada se instaló en la casa abandonada por su legítima tenedora (en virtud de las situaciones anormales provocadas por el evento telúrico que afectó la provincia en aquellas fechas). Un hecho que la sentencia tiene por demostrado, y que el impugnante no oculta ni rechaza, es que la imputada se rehusó a salir del lugar y que incluso amenazó a la ofendida, a una hermana y a su hija, con un cuchillo a fin de evitar que la sacaran de la casa. Las amenazas así configuradas, aunque no existiesen en forma separada en la descripción típica, forman un ejemplo de violencia moral o de intimidación que hace que el legítimo tenedor no proceda a cuestionar el hecho de la usurpación.

Por supuesto que esta violencia o amenaza no necesariamente tiene que ser ejercida antes del despojo, bien puede ser ejercida después para mantenerse en el lugar como el mismo artículo lo prevé, es decir, que el despojo se produzca manteniéndose en el inmueble tal y como lo hizo la imputada. Existe una relación directa entre estas amenazas o violencias morales y el despojo que ya se había realizado anteriormente de la posesión de una persona que ella conocía bien vivía allí y que luego fue notificada por personeros del Instituto Mixto de Ayuda Social de que la ofendida era adjudicataria del citado inmueble, lo que hace que no existan los requisitos fácticos para tener por demostrado un pretendido error de tipo como bien lo explica el a quo en el fallo [...]. Por lo expuesto no puede aceptarse la tesis del recurrente de que existe una atipicidad en la conducta de su defendida porque las amenazas fueron "a posteriori", porque, como ya se ha demostrado, el tipo penal se conforma con que para mantenerse en el hecho de la usurpación y el consiguiente despojo se utilicen las amenazas y lograr, con ello, evitar la legítima acción del tenedor o poseedor."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 13-F de las 9,30 hrs. del 8 de enero.

## B- DERECHO PROCESAL PENAL.

### 38. ACCION CIVIL RESARCITORIA - Notificación a personas jurídicas.

"En su recurso de casación por la forma, el abogado [...] denuncia la violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 60 y 73 del Código de Procedimientos Penales. Argumenta el impugnante que nunca recibió personalmente notificación de la acción civil resarcitoria, en su condición de representante de la demandada civil en este proceso penal [...]; lo que constituye una violación al «debido proceso», pues su representada quedó en estado de indefensión. "Si se pretende notificar al demandado civil y entrándose de una persona jurídica, lógicamente que la notificación debe hacerse con el apoderado o representante judicial de esa persona, pues de lo contrario la persona como tal no ha sido notificada y se le deja en un estado de indefensión" [...].

No es de recibo el reclamo. El ordenamiento jurídico es un complejo armónico de normas que, han de integrarse orgánica y sistemáticamente, y, aunque la acción civil resarcitoria está regulada por el Código de Procedimientos Penales, las «lagunas» deben llenarse por aplicación analógica de otros cuerpos normativos. Así, en el presente asunto la Sala de Casación acude al artículo 184 del Código Procesal Civil, que dice ad litteram: "Artículo 184. Notificación a personas jurídicas. Las personas jurídicas serán notificadas por medio de notificación personal a su representante. **De no ser posible, serán notificados por medio de cédula en el lugar donde esté situada su dirección o administración;** también donde se encuentre su sucursal o agencia, pero en este caso solo respecto a obligaciones ejecutadas o celebradas por medio de la sucursal o agencia". (Se suple el subrayado.) Ahora bien, [...] corre un informe del notificador del Juzgado Tercero Penal de San José, donde indica que la notificación referida en el acta [...], fue practicada en el domicilio legal de [...] con la recepcionista y no personalmente con el señor [representante de la demandada civil]; y fue así porque, expresó el notificador "... en diferentes oportunidades me hice presente a esas oficinas sin poder dar con el señor [representante de la demandada civil], y al consultar con la recepcionista me indicó que dicho señor no tenía hora ni días fijos para llegar...". La información suministrada por el señor notificador del Juzgado

Tercero Penal de [...], es el supuesto de hecho para la aplicación de la norma transcrita, sobre la notificación en las oficinas de una persona jurídica ante la imposibilidad de localizar a su representante. Así, la diligencia en criterio de la Sala fue realizada correctamente y no causa indefensión. No podría considerarse nunca, dentro de lo jurídicamente posible y de lo humanamente exigible a un notificador, el hacer llegar directamente la cédula correspondiente a una persona que no tiene un horario definido de atención. Esta aplicación supletoria se encuentra expresamente autorizada en los artículos 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4, 6, y 12 del Código Civil. Por ello, como ya se adelantó, se declara sin lugar el recurso."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 49-F de las 9,30 hrs. del 29 de enero.

### 39. ACCION CIVIL RESARCITORIA - Oportunidad procesal para oponer excepciones.

[...], el alegato presentado establece una falta de aplicación de los numerales 67, en relación con el 389 párrafo 2, ambos del Código de Procedimientos Penales. En sustento de su reparo apunta el recurrente que la oposición hecha a las partidas fue efectuada en tiempo toda vez que dicho acto se verificó durante el debate, oportunidad procesal indicada por la Ley y la Doctrina donde se sustancian la pretensión civil y la actividad del demandado civil a demostrar la necesidad de la no satisfacción de las partidas. La Sala encuentra, de una revisión del acta de debate, que una vez abierto el mismo, la Licda. [...] hizo un comentario sobre el peritaje matemático y el artículo 372 del Código de Procedimientos Penales, luego de lo cual se procedió al interrogatorio de identificación del acusado, y a tomar las declaraciones de los testigos. Luego, una vez que se recibieron todas las declaraciones, y que se tuvo por incorporada la prueba documental, el señor representante del Estado, pidió que se resolviera el "incidente" planteado por la defensa, pero se le aclaró en la audiencia que no era un incidente sino más bien un comentario. En otras palabras, que una vez abierto el debate, estando constituido previamente el actor civil y el demandado civil, este último no hizo oportunamente las oposiciones a la acción civil resarcitoria, ni tampoco opuso excepciones al planteamiento de la acción mencionada. En este sentido se establece que: "Al respecto ha de decirse desde ahora que las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación activa opuestas por la defensora y el apoderado del Estado, que ha venido figurando como demandado, no obstante que el Tribunal puso atención a los argumentos..., se rechazan por extemporáneas, pues no era en la discusión final cuando procedía su interposición." [...]. Lleva razón el Tribunal de Mérito en cuanto a su criterio sobre el punto, toda vez que en la discusión final no deben establecerse las excepciones a la acción civil sino que las mismas deben ser planteadas luego de la apertura del debate a fin de que los juzgadores puedan tenerlas en cuenta para su sustanciación."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

### 40. ACCION CIVIL RESARCITORIA - Pago de intereses - Análisis de su procedencia.

"En el sexto motivo se citan como violadas las normas 125 y 127 inciso 4 y párrafo final del Código Penal de 1941; 103 inciso 2 del Código Penal; 38 de la Ley de Tránsito; 10, 11, 59, 1045, 1046 y 1163 del Código Civil, por cuanto el *a quo* rechazó el pago de

intereses que solicitó el actor civil, por el tiempo transcurrido sin percibir las sumas que se solicitan en la acción civil resarcitoria, a partir del día de los hechos que dieron origen a esta causa. Sobre esto valga decir que se han producido tres tesis para resolver el problema. La primera de ellas considera que los intereses son debidos por el responsable civil sólo a partir de la sentencia, pues es en ese momento cuando existe deuda líquida. Una segunda posición establece que existiendo deuda cierta (y ello ocurre pues la persona responsable de un hecho que causa un daño a otro no ignora su culpa), procede el pago de intereses desde el día de la demanda, aunque no hubiese habido determinación del monto. La tercera tesis establece que los intereses corresponden pagarlos desde el día del hecho, pues la obligación de resarcimiento no emana de la sentencia, dado que la misma es declarativa y no constitutiva y además los intereses son consecuencia de una deuda insoluble por un tiempo determinado, alegato que se esgrime en el recurso (sobre el tema puede verse ORGAZ, Alfredo: *El Daño Resarcible*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edición actualizada, 1967, pág. 150 y ss.). Al respecto se considera importante, para el presente caso y los futuros que puedan estudiarse en esta sede, fijar la posición de la Sala, no sin antes advertir que ninguna de las normas señaladas por el recurrente, se refieren al pago de intereses generados por sumas concedidas por pago de daños y perjuicios producto de un ilícito penal. Las cuatro primeras disposiciones se refieren a saldar sumas relativas a daños y perjuicios; los artículos 10 y 11 del Código Civil, a la forma de interpretación de las normas; el numeral 59 *ibidem* a indemnización por daño moral; 1045 y 1046 al pago de daños y perjuicios y la solidaridad de esa cancelación y 1663 *eiusdem*, a la fijación del seis por ciento de interés anual, cuando la tasa de interés no esté fijada contractualmente, es lo que corrientemente se ha denominado "interés legal".

Según el artículo 103 del Código Penal "Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; esta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) la reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso". La mayoría de estos conceptos son reiterados en el artículo 122 del Código Penal de 1941, aún vigente, cuando se especifica: "La reparación civil comprende: 1) la restitución de la cosa. 2) La reparación del daño material y moral. 3) La indemnización de los perjuicios". En los numerales posteriores, se desarrolla el sistema correspondiente al pago de esos rubros. Podemos afirmar que "El daño material o patrimonial es, por tanto, aquel que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen... el que sufren los bienes económicos destruidos o deteriorados" (ORGAZ, *Op. cit.*, pág. 20). El artículo 124 del Código Penal de 1941, así lo establece: "La reparación del daño material se hará mediante una indemnización pecuniaria, que se fijará valorando la entidad de todos los daños patrimoniales causados con la acción u omisión punibles..." Respecto a la reparación de los perjuicios, estos están constituidos por los menoscabos de orden patrimonial que el individuo sufre como consecuencia indirecta de la acción humana, traducido en pérdidas de utilidad o de lucro. Entonces sería daño patrimonial o indirecto o perjuicios, por ejemplo, "los gastos realizados (daño emergente) para la curación de lesiones corporales; o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por efecto de la incapacidad para el trabajo sobrevinida a la víctima, temporaria o permanentemente, como consecuencia a un daño en su salud o a su integridad temporal (ORGAZ, *Op. cit.*, págs. 20 y 21).

La anterior exposición tiene como fin concluir que, cuando se produzca un delito, el damnificado puede, mediante la acción civil resarcitoria, pedir la restitución del bien; si ello no procediera, puede cobrar la indemnización correspondiente a ese bien, para

que no se deteriore su patrimonio y además cobrar perjuicios, sea el daño emergente y el lucro cesante que tal acción produjo, para que no se menoscabe el patrimonio de la víctima. Reclamadas esas sumas, el juez deberá fijarlas, previa demostración, en los montos correspondientes y exactos, de manera que no cause lesión alguna al patrimonio del reclamante, eso es lo que se denomina reparación integral o plena. Si ello ocurre así, ningún detrimento sufre el patrimonio del damnificado, pues se le está reintegrando en las sumas cabales y por ser esa indemnización plena, ninguna suma por concepto de intereses debe concedérsele.

Por lo dicho, aunque con distintas razones de las expuestas por el *a quo*, en el caso en estudio ha sido bien rechazada su pretensión en cuanto a este aspecto. En términos generales, sí deben cancelarse intereses del tipo moratorio, precisamente cuando en sentencia se han fijado las sumas respectivas y hasta su efectivo pago, pues ahí sí se está en presencia de una deuda líquida y exigible. Ya establecida en sumas líquidas y exigibles, la indemnización integral y plena, de modo que no se menoscabó el patrimonio del damnificado, la no cancelación de esas sumas o mejor dicho, hasta el momento de su pago, deben cobrarse y así establecerse los intereses legales correspondiente sobre esos montos. En el presente asunto, el representante de los actores civiles únicamente reclamó intereses desde la fecha de los hechos hasta el día de la sentencia [...] y otros intereses, producto del pago de un pasaje de avión para la compra de un repuesto, según las sumas fijadas por el perito [...]. En el informe pericial [...], se estipula que tales intereses están calculados desde las fechas de pago hasta la fecha del informe. Por eso, en ambos casos no se cobraron intereses desde la sentencia hasta su efectivo pago (sea los moratorios) y aunque así se reclama en el presente asunto, la Sala no podría concederlos, pues no fue un punto discutido ni controvertido en juicio y tampoco fue solicitado al emitirse las conclusiones, por lo que su concesión deviene en el vicio de *ultra o extra partita*. Por lo expuesto, se declara sin lugar este aparte del recurso."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 566-F de las 8,30 hrs. del 27 de noviembre.

**41. ACTA DEL DEBATE - Requisitos - Innecesaria consignación de manifestaciones de testigos.**

"Debe indicarse que el acta de debate sólo debe reseñar los datos que exige el artículo 390 del Código de Procedimientos Penales, y sólo en forma excepcional debe procederse de conformidad con el artículo 391 *ibídem* (Ver voto de esta Sala 177 de 17:05 horas del 25 de setiembre de 1984). El acta de debate es un documento que sirve "para acreditar los actos cumplidos en la audiencia, la prueba introducida al debate mediante lectura, las incidencias planteadas y las peticiones de las partes externadas en las conclusiones, así como los resúmenes de las declaraciones testimoniales cuando sean caso de prueba compleja y el Juez lo estime pertinente. Sobre esos extremos sí tiene eficacia probatoria, pero no respecto del resumen oficioso sobre la declaración de los testigos que el Secretario toma sin la supervisión y autorización expresa del Juez, pues ello conllevaría al traslado al Secretario de la capacidad legal para establecer el contenido probatorio de un testimonio..." (Voto 179-F de 14:50 horas del 2 de octubre de 1984; ver además votos 203-F-84, 204-F-84 y 222-F-84, 107-F-1991 todos de esta Sala). El artículo 390 precitado no contiene como requisito de un acta válida el que se consignen las manifestaciones de los testigos, o los aspectos peculiares o distintivos de esas manifestaciones, que, como ya se ha dicho, pertenecen a la tarea del juez quien es el que debe, presenciando el contradictorio y con la intermediación de la prueba,

denotar estos aspectos para formarse el criterio que lo llevará al dictado de una sentencia."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 547-F de las 9,10 hrs. del 13 de noviembre.

**42. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION - Alcances del control de admisibilidad que corresponde al tribunal a quo.**

"A efectos de resolver la cuestión aquí planteada, resulta conveniente que la Sala defina algunas cuestiones relativas al examen o control de admisibilidad del recurso de casación, concretamente al que hace el Tribunal o Juez *a quo* que puede justificar el rechazo o inadmisión del recurso de casación. Este consiste en el somero análisis de los siguientes aspectos: a) si el recurrente está habilitado para recurrir (legitimación); b) si la impugnación ha sido interpuesta en el plazo de quince días de notificada la resolución recurrida; c) si se indican los puntos de la decisión impugnados; ch) si se expresan e indican separadamente los motivos de impugnación; d) si el escrito contiene las especificaciones del artículo 477 del Código de Procedimientos Penales y, finalmente; e) si la resolución es recurrible en casación. El *a quo* proveerá la admisión o el rechazo total o parcial en el término de tres días (art. 478 *ibídem*). Si falta alguna de esas exigencias, el *a quo* no deberá conceder el recurso por ser formalmente improcedente (cfr. la resolución de esta Sala V-457-A de las 9:50 horas del 27 de diciembre de 1983). Pero debe destacarse la importancia que importó la necesidad de lograr una simplificación de este primer control de procedencia, reservándolo para los aspectos más elementales o sencillos de las cuestiones supraindicadas, pues la comprobación de los problemas más complejos y discutibles quedarán para la resolución del *ad quem*, porque el análisis de estos últimos es de exclusiva competencia de la Sala de Casación. De otro modo -resulta evidente- habría una duplicación innecesaria de un mismo control. Así, por ejemplo, respecto al requisito relativo a la expresión de los motivos (o agravios) y fundamentos aducidos por el impugnante, el examen del *a quo* deberá limitarse a verificar si formalmente el interesado aduce y explica una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o de una norma procesal establecida bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad en nuestro ordenamiento procesal, pero NO le corresponde a él examinar el fondo del motivo, esto es, si el motivo formalmente bien expresado, sustancialmente existe o no. Un criterio para deslindar las esferas de competencia respectivas sobre inadmisibilidad y rechazo está dada porque en la instancia *a quo* sobre la admisibilidad será por improcedencia meramente formal y nunca por improcedencia sustancial (respecto al fondo, declarable por el *ad quem*), aunque esta última sea notoria y evidente para el Juez o Tribunal sentenciador que hace el primer examen de admisibilidad."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 575-A de las 10,25 hrs. del 13 de noviembre.

**43. CONDENATORIA EN COSTAS AL ESTADO - Imposibilidad de separar la obligación de reparar daños y perjuicios del pago de costas.**

"El recurrente alega que las costas son personales y debe pagarlas el condenado y no el responsable solidario, ya que la responsabilidad penal es personal, además de que la conducta del sujeto es una extralimitación del ejercicio de sus funciones que no

es amparada por el Estado, estando este último obligado solamente a pagar los daños y perjuicios y no las costas. La obligación a reparar los daños y perjuicios, así como también al pago de las costas personales y procesales, forma una unidad inescindible que no puede separarse para mayor beneficio del Estado, en este caso deudor solidario. Esta tesis no puede sostenerse ni desde el punto de vista de la responsabilidad de la Administración por conducta ilícita (artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública) como tampoco de las condiciones de ejercicio funcional del cargo en que fue realizado el hecho que aquí se analiza. En cuanto al primer aspecto, el artículo 191 citado establece que la Administración debe reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores durante el desempeño de sus funciones y también de aquellas cometidas con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que el cargo ofrece, "...aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión." Así tenemos que la responsabilidad de la Administración Pública en Costa Rica es amplia, tanto para conducta normal y por acto lícito (art. 194 Ley General de la Administración Pública) como también por conducta anormal y por acto ilícito. Esta idea viene a ser subrayada por el numeral 190 del mismo cuerpo de leyes. La Ley General de la Administración Pública habla de "daño" donde debemos entender incluidos tanto la reparación civil de los daños y perjuicios ocasionados como también los costos para lograr la declaratoria judicial del pago de dichos rubros. Otra interpretación iría en el sentido de limitar una responsabilidad amplia como la que la misma Ley fija para el Estado por la conducta de sus representantes y servidores. En cuanto al segundo aspecto, resulta más que evidente que el señor representante del Estado y la Licda. [...], Procuradora Adjunta de Defensas Penales, se apersonaron en el proceso para defender al acusado reconociendo al efecto que la actividad criminal había sido realizada con ocasión del ejercicio de las funciones que le habían sido encomendadas y aprovechándose de los medios que le habían sido suplidos para dicho desempeño, por lo que el Estado ahora no puede desconocer el surgimiento de este deber a satisfacer la deuda que se ha determinado. De ahí que debe declararse sin lugar el recurso por el fondo."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

#### 44. CORRELACION ENTRE ACUSACION Y SENTENCIA - Alcances.

"Ya esta Sala en resolución Nº 137-F de las 9:10 hrs. del 24 de abril de 1992, señaló que no puede -en virtud del principio de correlación entre acusación y sentencia- esperarse una identidad absoluta entre hecho imputado y hecho probado. Dicho principio procura evitar la lesión de los derechos del encartado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan «sorpresas» y le impidan el ejercicio de la defensa. La identidad absoluta entre acusación y sentencia, es prácticamente inalcanzable. El proceso penal inicia con un sencillo aviso acerca de la posible comisión de un hecho delictivo, que provoca una investigación judicial para allegar elementos probatorios al expediente, a fin de comprobar o desvirtuar la noticia. Obviamente, en esta actividad procesal, según sean reunidos los elementos de juicio se va modificando el criterio del tribunal con relación a los hechos, y no se viola la defensa en tanto las variaciones no incidan en el núcleo esencial de la acusación. Si al requerir una investigación de los tribunales, el Ministerio Público estuviera obligado a formular con *todo* detalle el hecho, sería innecesario el procedimiento de instrucción, porque para cumplir esa exigencia rigurosa debería

-de previo- reunir las pruebas que le permitirían pormenorizar la acusación. Pero, como la actividad investigativa está a cargo del Juez de Instrucción, es suficiente que en términos generales el requerimiento describa la especie, y su circunstanciación corresponde a los tribunales. El derecho de defensa se respeta, en la medida en que el encartado y su defensor intervengan en la recolección de pruebas, de modo que al llegar a juicio no se vean sorprendidos por cambios esenciales en los hechos. Todo lo recabado durante la instrucción constituye el presupuesto de la acusación, la cual se resume en el requerimiento o en el auto de elevación a juicio. Pero además debe agregarse que los hechos que sirven de base a la intimación, son reformables inclusive en el debate, pese a que con ello se pudiera aplicar una sanción más severa por agravarse el delito, o que se descubran nuevos hechos que constituyan delito continuado (artículo 376 del Código de Procedimientos Penales). De manera que la correlación fáctica entre acusación y sentencia, no se traduce en una enunciación hermética, sino que podría ser modificada según avanza el proceso."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 95-F de las 9,35 hrs. del 12 de marzo.

#### 45. COSTAS - No existe motivo alguno para privilegiar al Estado con la exoneración del pago de costas.

"Alega la representante del Estado que la sentencia condenó a éste en forma errónea a pagar ambas costas del juicio, por lo que se quebrantó por interpretación errónea el artículo 544 del Código de Procedimientos Penales. Sustenta su reparo en que se le dio a dicha norma un alcance que no tiene, pues según su criterio "el artículo en comentario está destinado a ser aplicado, no en forma indiscriminada como lo hace la sentencia recurrida, sino a las partes del proceso en sentido estricto. Lo expresado se encuentra apuntalado por lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 4891 de 8-IX-71, en el sentido de que en un caso como el presente la condena debe circunscribirse a la reparación del daño material, con exclusión de cualquier otro tipo de responsabilidad, como el pago de ambas costas del proceso..." [...]. El reparo carece de toda razón. Si el Estado figuró como parte demandada civil en el proceso penal, no existe motivo alguno que le otorgue un privilegio como el alegado, en detrimento de los demás sujetos que en aquél intervinieron. Tampoco la ley a que alude la impugnante (la Nº 4891 de 8-11-71 que dejó vigente el Título IV del Libro I del Código Penal de 1941 relativo a la reparación civil) hace el distinguo que reclama, puesto que se trata de una norma genérica que se refiere al modo en que debe hacerse la reparación del daño material y no al aspecto procesal de las costas."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 93-F de las 9,25 hrs. del 12 de marzo.

#### 46. DEMANDADO CIVIL - Posibilidad de asignarle un defensor público.

"Igualmente, se accede a la petición que formula el demandado civil [...] para que se le nombre un defensor público que lo represente en este proceso, por lo que, además, deberá solicitarse al Departamento de Defensores Públicos la designación de un profesional en derecho para esos efectos. Lo anterior, de conformidad con el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales, en relación con el 74 *ibidem*. El primero de esos numerales establece que: "El demandado civil gozará, desde su intervención en el proceso y en cuanto concierna a sus intereses civiles de las faculta-



des y garantías concedidas al imputado para su defensa." El segundo señala, en su parte final, los casos en que obligatoriamente debe nombrarse un defensor público para que represente al demandado civil, sin perjuicio de que, en casos como el presente, esa designación se haga atendiendo una petición voluntaria de la parte interesada."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 550-A de las 10,20 hrs. del 23 de octubre.

**47. DEMANDADO CIVIL - Validez de las notificaciones realizadas al imputado que tiene la condición de demandado civil.**

"Se acusa la violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 73, 79, 123, 145, inciso 3), 146, 344, 349, 355 y 400, inciso 4) del Código de Procedimientos Penales. Como fundamento se aduce que no se le notificó, en su carácter de demandado civil, los autos de: elevación a juicio, de citación a juicio y el que señaló para el debate. Indica que si bien la acción civil fue delegada al Ministerio Público, el hecho de que su trámite sea el previsto en el artículo 341 del Código de Procedimientos Penales, no es motivo para que no se le tuviera como demandado civil, para que no se le citara como tal. Expresa que la acción civil es independiente de la penal, que fue notificado de las resoluciones dichas únicamente en calidad de acusado, pero no en calidad de demandado civil. Y -agrega- que el artículo 39 Constitucional, impide condenar, incluyendo la materia civil, si previamente no ha sido concedida la oportunidad de defensa. Sin embargo, los reproches por inconsistentes deben desestimarse por las siguientes razones. Las resoluciones señaladas por el recurrente, que dice no le fueron notificadas en calidad de demandado civil, si le fueron notificadas en calidad de imputado, como él mismo lo reconoce. Ello sería bastante para desestimar los reparos, porque al tener la doble condición de imputado y demandado civil, era suficiente con la notificación en la primer condición. Pero aún hay más: de la constitución del Ministerio Público en actor civil por delegación [...], se dio traslado al imputado y a su defensor -en ese momento el licenciado [...]- entregándose copias del escrito de constitución [...], lo que permitió al defensor oportunamente oponerse a dicha acción [...]. En igual forma se notificó al imputado, como en el caso anterior, en la oficina de su defensor, al efecto señalada: a) el requerimiento de elevación a juicio que contenía los motivos en que se fundamentaba la acción civil [...]; b) la resolución que admitió la prueba ofrecida por las partes, en la cual se acepta el nombramiento del perito matemático, propuesto por el Ministerio Público, para valorar los daños y perjuicios sufridos por el ofendido [...]; y, c) la providencia que puso en conocimiento de las partes, por tres días, el dictamen pericial rendido [...], e incluso se entregaron copias del peritaje [...] lo cual permitió al defensor formular reparos u oposición. Por último, el defensor en el debate rechazó la pretensión civil. Consecuentemente, no es dable legalmente aducir en este caso, indefensión por el motivo indicado, "impidiéndome ejercer la defensa de mis intereses de índole civil" (sic). Cabe citar, como antecedentes, las resoluciones de esta Sala: V-100 F de 10:00 hrs. del 8/5/87 (en la cual considerándose el doble carácter del imputado y a la vez demandado civil, tuvo por válidas las notificaciones de la citación a juicio y del traslado acerca de la constitución del actor civil, en la oficina de la defensora); V-256 F de 9:40 hrs. del 30/9/88 (en la que, pese a que no se dio curso a la acción civil delegada en el Ministerio Público, se resolvió que no había nulidad, por indefensión para el imputado y a la vez demandado civil, porque se notificaron al defensor la resolución que puso en conocimiento del Ministerio Público la delegación de la acción civil hecha por el ofendido, y la

resolución que difirió el trámite resarcitorio para la etapa preliminar del juicio, y porque en los actos preliminares del debate se leyó el requerimiento de elevación a juicio, el cual contenía la constitución de la acción civil por delegación en los términos del artículo 341 del Código de Procedimientos Penales), lo que permitió al interesado formular la oposición que tuvo a bien hacer); y, V-619 A de 8:00 hrs. del 22/11/88 (en la cual, por ostentar los querellados el doble carácter de demandados civiles, se estimó suficiente la notificación del auto que dio curso a la acción civil, hecha en la oficina, previamente señalada, del defensor de los querellados). Consecuentemente, la pretensión de anular la sentencia en cuanto acoge la acción civil resarcitoria, debe declararse sin lugar al no existir los yerros reclamados."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 526-F de las 9,50 hrs. del 6 de noviembre.

**48. DENUNCIA - Validez como acto procesal a pesar de la abstención posterior del denunciante como testigo**

"Debe destacarse que la denuncia siempre vale como acto procesal, pues es la manifestación de voluntad para que se de inició al proceso o sea que como presupuesto procesal, acredita la circunstancia de la comunicación de la noticia criminis por parte del ofendido, no obstante que, con el objeto de salvaguardar el derecho de abstención tutelado en la Constitución Política, no se deberá sustentar la sentencia en el contenido de la declaración brindada, en aquellos supuestos en que el denunciante bajo su condición posterior de testigo, esté facultado en razón del parentesco para abstenerse de declarar y haga uso de ese derecho, que es irrenunciable en forma absoluta, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala Constitucional de esta Corte (ver V-264-91 de las 14 horas 30 minutos del 6 de febrero de 1991). Sin embargo, la abstención del ofendido a declarar no significa que desaparezca la instancia, pues darle los alcances que pretende el impugnante, desestimaría la existencia de la denuncia y equivaldría a eliminar el acto que dio inicio al procedimiento penal. La denuncia de un ilícito de acuerdo con lo expuesto, mantiene su validez en todo momento, para acreditar el acto que pone en conocimiento la posible comisión de un delito, no obstante que en cualquier etapa del proceso -al que dio origen-, el denunciante decida no declarar, lo que no podrá hacer el juzgador es considerar el contenido de la denuncia para fundamentar el fallo."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 438-F de las 15 hrs. del 25 de setiembre.

**49. DERECHO DE ABSTENCION - Alcances - Posibilidad de incorporar declaración por muerte del testigo.**

"Como único motivo por la forma, alega el defensor público del imputado [...], violación de los artículos 227, 228, 145.3 y 400.3 del Código de Procedimientos Penales y 36 y 39 de la Constitución Política, así como falta de observancia de la resolución 264-91 de 14:30 horas del 6 de febrero de 1992, dictada por la Sala Constitucional, al haberse incorporado al debate la declaración del ofendido -sobrino del imputado-, por haber fallecido. Argumenta, con base en el fallo dicho, que el fin primordial de la abstención de parientes es la protección de la familia, que ese derecho es absoluto e inviolable, que no tiene límite pues es ejercitable en cualquier etapa del proceso y desde luego, no es renunciable en forma absoluta. Para resolver el punto en cuestión, no está de más hacer una breve reseña

de lo ocurrido en este asunto. Según consta [...], el supuesto ofendido [...], se apersonó a la Alcaldía de [...], denunciando a su tío, el imputado [...], haciéndosele las "advertencias Legales y Constitucionales que no está obligado a rendir esta declaración, así como las disposiciones del artículo 81 bis del Código Penal y dice que mantiene su desecho de denunciarlo" [...]. Se siguió con el trámite pertinente de citación directa, se señaló para debate [...], se realizó el mismo [...], dictándose sentencia [...]. Contra ésta, se interpuso recurso de casación [...], el cual fue declarado con lugar, con fundamento, principalmente, en que se omitió "advertirle al ofendido [...], que no estaba obligado a declarar en contra del imputado, por tratarse de su tío" [...]. Señalado nuevo debate [...] se tuvo noticia [...], que el ofendido había fallecido, y por esa circunstancia el Juez incorporó su declaración y conjuntamente con otras probanzas condenó al imputado [...].

La sentencia 264-92 de la Sala Constitucional, tuvo su origen en consulta judicial formulada por el Tribunal Superior Penal de [...], Sección Primera y en lo que interesa dispone: "La garantía constitucional del artículo 36 de la Constitución Política, es absoluta en el tanto que no admite ninguna limitación aún cuando provengan de la ley [...] Esta norma en forma clara, con el fin de proteger la cohesión del núcleo familiar, fundada en razones de orden moral y familiar, deja a entera voluntad del testigo decidir si declara o no dentro del proceso penal [...] El artículo 227 del Código de Procedimientos Penales, recoge parcialmente el privilegio y señala en forma expresa que no están obligados a declarar en contra del imputado, su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano [...] El artículo 228 por su lado, regula las relaciones con los parientes en línea colateral, estableciendo la obligación de declarar en los presupuestos antes referidos, es decir, cuando se es querellante, denunciante, actor civil o cuando el hecho se ejecutó en perjuicio suyo, o de pariente en grado igual o más próximo, lo que es una clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 36 de repetida cita, que no admite ninguna limitación.

En consecuencia, es inconstitucional el artículo 228, al limitar el privilegio de abstención a declarar a los parientes colaterales". De lo que se lleva expuesto, surge una primera conclusión que parece definitiva: sin ninguna excepción, ni limitación, los alcances del artículo 227 del Código de Procedimientos Penales son los mismos del artículo 36 constitucional, y que tal situación ocurre respecto al artículo 228 *ibidem*. Pero en el Considerando VI de la resolución en comentario, se precisa con mayor detalle esos alcances de la siguiente forma: "Es de singular importancia también, advertir que el texto del artículo 36 constitucional, lo que consagra es un derecho a la abstención de un acto procesal, en aras de proteger los vínculos familiares, como ha quedado dicho, 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 artículo 228 referido. Siempre y cada vez que sea necesario declarar, el pariente en los grados indicados en el artículo 36 de la Constitución Política, 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 artículo 384 del Código de Procedimientos Penales y porque incorporar por lectura la declaración, equivale a la violación del privilegio de abstención, por una vía indirecta no contemplada en la Constitución Política" (el subrayado es suplido).

Amén de la resolución parcialmente transcrita, en voto 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de este año, relacionada con los alcances del Debido Proceso, se indica que entre los aspectos primordiales en los que se manifiesta ese principio, está el derecho de defensa en sí y dentro de él, "el acceso irrestricto a las pruebas

de cargo y la posibilidad de combatir las, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos o peritos, lo cual comporta, además que los testimonios y dictámenes deban presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-..." (el subrayado no es del original).

Analizando tales resoluciones de la Sala Constitucional en conjunto, puesto que son complementarias, puede asegurarse que si bien el derecho de abstención es ilimitado, irrenunciable y debe ejercitarse en cualquier etapa del proceso y que como integrante del derecho de defensa, las pruebas deben recibirse en presencia y con participación del imputado y su defensor, se admite la salvedad de incorporar la declaración cuando se esté en presencia de los casos de excepción del artículo 384 del Código de Procedimientos Penales, como sería la muerte del testigo (inciso 3 del mencionado numeral). Ello es precisamente lo que ocurre en el presente asunto, pues habiéndosele hecho la advertencia al ofendido, sobrino del imputado, falleció antes de la realización del segundo debate, por lo que al incorporar su declaración no se violan las normas constitucionales ni procesales alegadas."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 55841 de las 9 hrs. del 20 de noviembre.

#### 50. DERECHO DE ABSTENCION - Inexistencia para la concubina.

"En este alegato, la Lieda. [...] plantea la falta de fundamentación al apoyarse el fallo en prueba ilegítima indebidamente incorporada al debate [...]. Agrega que si se suprime la prueba ilegítima, ya no existen indicios efectivos que permitan incriminar a su defendido [...]. Tampoco lleva razón la recurrente en este motivo de su recurso, en primer lugar, y acudiendo a lo expuesto en el anterior Considerando, los policías quienes, como testigos, declararon sobre lo que [la concubina del imputado] había manifestado libremente y sin requerimiento o formalidades procesales, no han producido ninguna prueba ilegítima entendiendo por esta última una prueba que haya sido obtenida en lesión directa al debido proceso o al derecho de defensa contemplados en la Constitución Política. Debe observarse que la jurisprudencia de la Sala Constitucional (Voto 264 de las 14:30 hrs. del 6 de febrero de 1991) no ha asimilado el caso de la familia de hecho o de las relaciones concubinarias a los del matrimonio regularmente constituido según las disposiciones legales, por ello quien se encuentre bajo los lazos de hecho producto de una relación concubina no está en situación de abstenerse de declarar en un proceso penal. Así, el artículo 227 del Código de Procedimientos Penales, no infringe la garantía genérica contenida en el artículo 36 de la Constitución Política cuando contempla el privilegio de la abstención únicamente para el cónyuge legal. La Sala Constitucional, en este mismo voto, señala que el texto del artículo 36 contempla el derecho a la abstención como un "pacto procesal" para proteger los vínculos familiares, de donde se concluye que una excepción para la concubina no lesiona ese objetivo constitucional de tutela de la cohesión del núcleo familiar. Es por esta razón que no hay que aplicar en el caso concreto el mecanismo de la supresión hipotética que ha sido introducido por la jurisprudencia constitucional para eliminar los efectos anuladores de una prueba ilegítima, como lo solicita la recurrente."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 16-F de las 9,45 hrs. del 8 de enero.

### 51. INTERESES LEGALES - Obligación de fundamentar la condenatoria a su pago.

"En el aparte marcado "a.5.-" [...], el impugnante reclama violación de los artículos 106, 393, párrafo segundo, 395, incisos 2) y 3), 400, incisos 4) y 5), del Código de Procedimientos Penales. Considera que la sentencia, en cuanto condena al pago de intereses legales, resulta inmotivada en derecho, toda vez que no consigna con base en cuáles disposiciones legales se otorga dicho extremo; además, porque no se indica a partir de cuándo corren esos intereses, ni a qué tipo porcentual fueron calculados. El reclamo es de recibo. El juzgador tiene la obligación de fundamentar todos los extremos relevantes del pronunciamiento, señalando los motivos que permiten arribar a cada conclusión. Sin embargo, en el presente asunto, la sentencia no indica cuáles son las razones que justifican la condenatoria al pago de una suma líquida por concepto de intereses legales. El juzgador se limitó a consignar una cantidad específica a favor de cada ofendido, sin fundamentar esos extremos, pues no señaló ni las circunstancias de hecho, ni las normas jurídicas que le sirvieron de base al cálculo efectuado. Por ello, la suma líquida que se ordenó pagar por concepto de intereses a cada uno de los ofendidos aparece como un resultado arbitrario, carente de justificación legal. En consecuencia, procede acoger este extremo del recurso por la forma, debiéndose anular el fallo recurrido únicamente en cuanto condena -en concreto- al imputado [...] a pagar a favor del ofendido [...] la suma líquida de quinientos veintidós mil ciento trece colones con veinte céntimos por concepto de intereses y a favor del [otro] ofendido [...] la suma líquida de ciento dieciséis mil ochocientos ochenta y seis colones con cuarenta céntimos por ese mismo concepto. Sin embargo, como la sentencia es una unidad lógico-jurídica, que debe ser interpretada en su conjunto, se mantiene la condenatoria al pago de intereses futuros del seis por ciento anual (ya decretada [...], de conformidad con el artículo 1163 del Código Civil), en el entendido de que estos correrán a partir de la firmeza del fallo y se liquidarán mediante el procedimiento para la ejecución de sentencias. Lo anterior, tomando en cuenta que el pago de intereses futuros es una consecuencia jurídica de las deudas de esta naturaleza (artículo 706 del Código Civil)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 485-F de las 8,40 hrs. del 23 de octubre.

### 52. JURAMENTACION DEL FUNCIONARIO - Doctrina del funcionario de hecho.

"Afirma el [defensor del imputado] que en la presente causa se ha violado el artículo 160 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que produce la nulidad señalada en los artículos 146 y 150 del Código de Procedimientos Penales, porque la denuncia inicial fue presentada ante el Licenciado [...], y él practicó la inspección ocular, sin embargo nunca se juramentó como Agente Fiscal de [...]. Señala el recurrente que en esas circunstancias dicha persona no tenía competencia para actuar, que por ello presentó un incidente de nulidad ante el juzgado, el cual lo rechazó con base en una resolución de la Sala Tercera referida al funcionario de hecho. Agrega el defensor que "...deja estupefacto semejante resolución...el juramento constitucional es un requisito para poder tomar posesión del cargo y desde luego, para ejercerlo. Y solamente una lógica torcida puede considerar como actos válidos de un 'funcionario' los mismos actos que el legislador define como delito..." [...]. Esta Sala se ha fundamentado en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia para reconocer como actos válidos los de un funcionario público

que actuó sin juramentarse. En un asunto similar se observó que: "... el impugnante sustenta su reproche en que el juramento es un requisito de carácter constitucional indispensable para el desempeño del cargo, por lo que su omisión conlleva que la persona designada carezca de competencia por razón de la materia y que los actos que realizó sean absolutamente nulos, así como sus resoluciones. Concluye en que se afectó el *debido proceso* desde el auto inicial, restándose validez a todas las actuaciones posteriores, incluida la sentencia impugnada, y para acreditar su afirmación solicita a esta Sala que admita la prueba documental que ofrece para mejor proveer (dos certificados emanados de la Secretaría de la Corte y del Juzgado Mixto de [...]) respectivamente) pues manifiesta que esa prueba no fue conocida antes del debate. Lo anterior con fundamento "si fuere del caso" en los artículos 371 y 387 del Código Procesal Penal. En efecto, consta de los documentos aportados que la Sala admite por ser de relevancia para resolver el punto en cuestión, que el juez interino no se juramentó, como era su deber, antes de asumir el cargo. Es igualmente cierto que la Sala Tercera ha manifestado en resoluciones anteriores que el juramento atañe a la investidura, capacidad y constitución del juez, por lo que ha procedido a anular las actuaciones y sentencias de juzgadores que ha participado en debates sin haber sido juramentados previamente (ver Res. N°145-F de las 10,10 hrs. del 27 de junio de 1986, y Res. N°37-F de las 10 horas. del 29 de enero de 1988). Sin embargo, aunque podría pensarse que el presente caso es similar a los pronunciamientos anteriormente referidos, hay que considerar que falta en él -entre otros aspectos de importancia- un elemento relevante que debe ser tomado en cuenta para denegar la nulidad gestionada, cual es el *interés actual* -traducido en un perjuicio real y concreto para los intereses de la defensa-, pues declarar aquella en las condiciones en que viene expuesta, equivaldría a avalar la nulidad por la nulidad misma, tesis que la doctrina procesal moderna rechaza por caer en el exceso y abuso del formalismo (Cfr. entre otras obra de Quirós B. y Rodríguez W.; *Las Nulidades en el Proceso Penal*, ediciones Jurídicas Cuyo S.R.L., Mendoza, Argentina, 1982, p. 17 y Clariá Olmedo, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1964, págs. 192 y ss.). Asimismo la jurisprudencia de esta Sala, se ha pronunciado en igual forma (ver Res. N°167-F de 16,10 hrs. del 25 de setiembre de 1984; y V-208-F de las 9,45 hrs. del 7 de agosto de 1987, entre otras).

Pero resulta indudable que el punto medular para resolver la cuestión planteada sí equivale a modificar los criterios que han servido anteriormente a la Sala Tercera para considerar el "juramento" como un requisito ineludible en el desempeño del cargo del juez, cuya omisión hace derivar la nulidad de los actos en que intervino. En efecto debe observarse que la interpretación *en sentido estricto* de las normas que exigen la prestación del juramento como autorización para el ejercicio del cargo (en especial el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 11 de la Constitución Política) podría ser llevada a tal extremo que la tardía juramentación derivaría en la ineficacia absoluta de todas las actuaciones del juzgador omiso, no solo en una causa particular sino en todas y cada una de ellas, así como en todas las disposiciones de carácter administrativo que en el ejercicio del cargo hubiese tomado. Prácticamente habría que admitir que toda la actividad que realizó en este caso el funcionario interino (entre el 15 y el 31 de mayo de 1988) es inválida, por lo que cualquier persona que se encuentre en circunstancias similares a las que reclaman los impugnantes quedaría igualmente autorizada para impugnar las decisiones de aquél. Es decir, tendríamos a que aceptar que *toda* lo hecho es nulo porque el juez que se designó realmente no lo fue por la falta de juramento previo, a pesar del caos que ello suponga. La sanción no será propiamente para el juez que voluntaria o involuntariamente incurrió en la omisión (que

desde luego también podría plantearse) sino para la actividad jurisdiccional y administrativa-que involucra derechos adquiridos y situaciones jurídicas resueltas de muchas personas. Por tales razones debe acogerse la doctrina del "funcionario de hecho" que recoge en sus artículos 115 y 116 la Ley General de la Administración Pública, como con acierto lo argumenta el representante del Ministerio Público, pues es incuestionable que la Corte Suprema de Justicia hizo el nombramiento del... como órgano competente para hacerlo y por el período que se señaló, sin que en ningún momento se haya discutido o declarado la ausencia o la irregularidad de su investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente, como tampoco se ha discutido que la conducta desplegada por él no lo fuese en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho (art. 116 *ibid*). Distinto sería el caso en que no se hubiese producido el nombramiento del funcionario por el órgano competente o que aquél hubiese asumido el cargo en forma espontánea a la espera de una ratificación que no se dio, lo que haría nulas sus actuaciones." (así, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia #90 de las 9,35 hrs. del 20 de abril de 1990).

Estas ideas son aplicables también al caso de autos y la misma posición ha asumido la doctrina, la legislación y la jurisprudencia contencioso-administrativa, así como la jurisprudencia constitucional, esta última incluso vinculante. En efecto, la Sala Constitucional precisó que "...si bien es cierto que la Constitución Política, contiene la garantía de juez natural en el artículo 39 y ella incide en el debido proceso, la alegación planteada por la defensa...no produce el quebranto procesal que se alega, pues la falta no incide en la señalada garantía, si se toman en consideración -como en forma reiterada esta Sala lo ha aceptado- que en relación con los jueces también funciona la teoría del funcionario de hecho, aceptada normativamente en la Ley General de la Administración Pública (artículos 115 ss.), mediante la cual se estima que actúa válidamente, el funcionario al que falta uno o varios de los requisitos exigidos por la ley para tenerlo como plenamente investido para el ejercicio del cargo, pero que lo desempeña en forma pública, pacífica, continua y normalmente ajustada a derecho. De ello se ha concluido que la falta de juramentación, por sí sola, no conlleva la nulidad de las actuaciones en que ha participado el juez, si con anterioridad fue debidamente nombrado o designado por quien tiene facultad legal para hacerlo..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 2765-92 de las 15:30 hrs. del 1° de setiembre de 1992). Por lo expuesto no existe el vicio de nulidad expuesto en el segundo motivo del recurso, lo cual justifica su rechazo."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 593-F de las 8,55 hrs. del 11 de diciembre.

53. **LECTURA DE LA SENTENCIA - Ausencia de firma no subsanada posteriormente provoca nulidad.**

"[...] cabe anotar que la sentencia en examen registra otro grave vicio *in procedendo*, sancionado con nulidad por nuestro Código de Procedimientos Penales. En efecto, la sentencia en este caso concreto no está firmada -incluso hoy- por uno de los juzgadores, la Licda. [...] y en la constancia de la Secretaría del Tribunal involucrado en esa irregularidad, se informa expresamente que se procedió a la lectura integral de la sentencia con la ausencia de la citada juzgadora, quien se encontraba a la hora y fecha fijada para tal acto en "un curso en la Escuela Judicial... de asistencia obligatoria para los empleados y funcionarios judiciales" [...]. Resulta, pues, evidente que se incumplió con las formalidades mínimas que exige la ley para las actuaciones referidas, siendo inválida e inadmisibles la "excusa" con que pretende justificar la falta de firma de

la sentencia, ya que, ante cualquier otra actividad ajena a las obligadas funciones jurisdiccionales, éstas deben prevalecer por encima de tal circunstancia. Con la presente, es la segunda vez que -por idénticas razones- se impone declarar la nulidad de una sentencia dictada por este Tribunal *a quo* (cfr. V-476-F de las 9:25 horas del 9 de octubre de este año), por lo que cabe llamar la atención rigurosamente al Tribunal de mérito, específicamente a la Lic. [...]. A la vez, es importante reiterar la advertencia de que el presente caso es distinto a otros que ha resuelto de modo reciente -con voto de mayoría- esta Sala (Ver entre otros, V-455-F de las 8:45 hrs. y V-450-F de las 8:20 hrs., ambos del 2 de octubre de 1992) para denegar solicitudes de nulidad de sentencias en que se han producido algunas irregularidades, tanto con relación al propio documento (por ejemplo la firma tardía de alguno de los jueces integrantes) como en lo que concierne al acto de su notificación por lectura (por ejemplo cuando la lectura de la sentencia integral no se realiza ante la ausencia de partes o interesados), en los que se ha tomado como sustento la resolución N° 1502 del 10 de junio de este año de la Sala Constitucional, donde se señaló que en materia penal es posible subsanar algunas deficiencias similares a las referidas, en casos muy calificados y de excepción, los que deben ser analizados por la Sala Penal en el ejercicio de sus propias potestades, ya que se estaría ante un problema de legalidad y no de constitucionalidad. Sin embargo, la situación en el presente asunto es distinta porque hasta ahora la falta y la irregularidad no ha sido subsanada. el fallo se encuentra -aún hoy- sólo con la firma de dos de los tres jueces que juzgaron el asunto, pretendiendo justificarse dicha falta con la asistencia de la juez omisa a un curso celebrado meses atrás en la Escuela Judicial. Por todo lo expuesto se declara con lugar el recurso por la forma; se anula la sentencia y el respectivo debate y se ordena el reenvío de la causa al tribunal de origen para su nueva sustanciación. Nuevamente se llama la atención a la funcionaria que ocasionó el grave defecto aquí examinado, para que en el futuro tome las previsiones del caso en procura de evitar situaciones similares que afectan innecesariamente la administración de justicia.

**NOTA DEL MAGISTRADO CHAVES RAMIREZ**

El suscrito Magistrado deja constancia de que comparte las consideraciones que expresan lo resuelto en este asunto, salvo la diferencia que establece la mayoría entre este caso y lo resuelto en otras resoluciones -con voto de mayoría-, como la V-455-F de las 8:45 horas y la V-450-F de las 8:20 horas, ambas del 2 de octubre de 1992 (cfr. V-476-F de las 9:25 horas del 9 de octubre de 1992) "

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 570-F de las 8,50 hrs. del 27 de noviembre.

54. **LECTURA DE LA SENTENCIA - Convocatoria verbal con hora estimada para la lectura es una cortesía para las partes.**

"El art. 396 del Código de Procedimientos Penales es muy claro cuando reza ab initio: «La sentencia deberá ser redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. En seguida el tribunal se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de ser convocados verbalmente el fiscal, las partes y sus defensores, y el documento será leído, bajo pena de nulidad, ante los que comparezcan» (se suple la negrita). Como queda claro, no se trata de un señalamiento o cita para la lectura de la sentencia, sino de una simple convocatoria verbal -informal- que desde luego se hace a los interesados que se encuentren cerca del recinto donde

tendrá lugar el acto. Es claro que por la naturaleza de la deliberación, y la obligada redacción y notificación de la sentencia una vez concluida aquella, implica que -aun sin declaratoria expresa- se entiende hábil cualquier tiempo para la lectura, porque es imposible prever que vaya a terminar en el horario normal de trabajo. La fijación hecha en el sub-judice por la jueza de mérito, en punto a que la lectura del fallo sería a las 16:30 hrs. del 28 de abril de 1992, es un estimado que -al igual que proceden otros tribunales- se hace por cortesía para las partes a fin de que no pierdan su tiempo esperando en la Sala de Audiencias, y en este caso fue bastante acertado pues solo hubo una diferencia de veinte minutos. Casos similares han sido ya resueltos por esta Sala, y de igual forma ha sido rechazada la petición de nulidad (ver V-362-F, de las nueve horas treinta minutos del treinta de noviembre de mil novecientos noventa, V. 83-F, de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del veinte de marzo de mil novecientos noventa y dos; y V-96-F, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y dos; entre otros).

El alegato de que al momento de la notificación de la sentencia, fue leído solo el "resultando de fondo" y el "por tanto" (entiende esta Sala que se refiere el recurrente al "Considerando" y a la parte dispositiva), tampoco es de recibo. Se observa [...], una constancia del Secretario del Juzgado Penal de [...], que en lo conducente dice: "... a la hora de la Lectura de la Sentencia únicamente se procedió con el Resultando de fondo y el Por tanto. Pero esto fue a solicitud de las partes presentes..."; y [...] se hizo constar quiénes estuvieron durante la lectura, y no solo no aparece entre los presentes el nombre del recurrente licenciado [...] ni de su patrocinado [...], sino que consta que se retiraron sin escuchar la notificación del fallo. Lleva razón el recurrente en cuanto realmente no fue leída integralmente la resolución de mérito. No obstante, para alegar cualquier nulidad -incluida la que se invoca- está legitimado únicamente quien tenga interés procesal en que se aplique dicha sanción, y, el que no concurriera a causarla; según dispone la norma 147 del ordenamiento instrumental. Los presentes consintieron en una lectura incompleta del documento, por lo que concurrieron a causar la nulidad y no tendrían interés procesal en alegarla; y el recurrente y su patrocinado, al ausentarse perdieron también el interés, por lo que no hay legitimación en lo que se alega."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 544-F de las 8,55 hrs. del 13 de noviembre.

**55. LECTURA DE LA SENTENCIA - Improcedencia de la nulidad por inasistencia de parte del Tribunal a la lectura integral.**

"En el recurso por la forma el sentenciado reclama violados los artículos 396 y 471.2 del Código de Procedimientos Penales, al afirmar que en el presente asunto sólo uno de los Jueces que integraban el Tribunal de Juicio estuvo presente al momento en que el Prosecretario del Despacho leyó la sentencia en forma integral, para lo cual ofrece de prueba el testimonio del abogado autenticante, y dos testigos de iguales apellidos a los del recurrente, de nombre [...]. La constancia del Prosecretario del Despacho es incompleta y no reúne los requisitos mínimos exigidos en la Circular de la Corte Plena, número 34-91, publicada en el Boletín Judicial número 195 del 14 de octubre de 1991, razón por la que se le llama la atención a dicho funcionario, así como al Presidente de ese Tribunal, para que en lo sucesivo cumplan con las alizarse la lectura no afecta la seguridad jurídica y la certeza que las partes deben tener sobre lo que resolvió el Tribunal, con la condición -como se dijo- de que el Juez firme el fallo con posterioridad y

dentro de un plazo razonable. En estos casos, en lugar de la sanción procesal y de ordenar repetir el juicio, lo que corresponde es investigar a los omisos desde el punto de vista disciplinario para determinar si incurrieron en la tardanza por falta que amerite ser sancionada, o bien se trató de una situación excusable desde el punto de vista laboral. Obsérvese que el artículo 396 citado obliga a los juzgadores a suscribir la sentencia inmediatamente después de que hubiere sido redactada, antes de la lectura integral, pero no señala ninguna causal de nulidad por haberlo hecho después; y que el 400 inciso 6º citado lo que sanciona con nulidad es la sentencia a la cual le falte la firma de alguno de los jueces, no la sentencia que hubiere sido firmada después de la fecha en que debió practicarse la lectura integral a las partes, pero a la cual no le falta ninguna firma. Desde luego la mayoría de la Sala reitera que lo propio y correcto es que los jueces superiores firmen inmediatamente después de redactadas todas las sentencias, y que éstas estén debidamente firmadas al momento en que debe procederse a la lectura integral a las partes, y por esa razón estimamos como una irregularidad el hecho de que uno de los jueces no hubiere firmado a ese momento. Sin embargo, creemos que esa irregularidad no debe sancionarse con nulidad como lo pretende el recurrente, sino que amerita una investigación disciplinaria sin consecuencias procesales para este asunto. Esa falta de lectura no produce tampoco ninguna nulidad, como lo ha interpretado por unanimidad esta misma Sala, al estimar que la lectura debe realizarse sólo ante los que comparezcan, sin que pueda estimarse afectada la publicidad cuando no se lee porque nadie asistió, ni las partes ni público (ver en este sentido Resolución Nº 324-f del 24 de julio de 1992, Sala Tercera). En consecuencia, la mayoría estima que debe rechazarse este motivo del recurso."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 449-F de las 8,15 hrs. del 2 de octubre.

**58. LECTURA DE LA SENTENCIA - La omisión de lectura integral por inasistencia de las partes no genera nulidad alguna.**

"En el quinto motivo del recurso [interpuesto por el defensor del co-imputado] se alega la violación al artículo 396 del Código de Procedimientos Penales, porque el Tribunal no leyó la sentencia a la hora y fecha señalada por inasistencia de partes, omisión que se encuentra sancionada con nulidad. Este reclamo tampoco es atendible, pues los artículos 396 y 421 ibidem exigen la lectura integral de la sentencia ante las personas que comparezcan, pero si no existen personas a las cuales deba efectuarse la lectura, no puede estimarse afectado ningún derecho, ni la publicidad, ni tampoco la obligación de notificar el fallo a los interesados pues éstos optaron por no asistir a la convocatoria que se les hizo para notificárseles, y al acto no puede obligárseles a participar. (Véase en igual sentido sentencia Nº 324-F de 8:30 hrs. del 24 de julio de 1992, Sala Tercera)."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 58-F de las 9,05 hrs. del 5 de marzo.

**59. LECTURA DE LA SENTENCIA - La omisión de lectura por inasistencia de las partes no ocasiona nulidad.**

"Reclama el defensor licenciado [...] que se violaron los artículos 1, 123, 124, 125, 127 y 396 del Código de Procedimientos Penales, porque en la presente causa el Tribunal no realizó la lectura integral de la sentencia, según lo hizo constar el Prosecre-

tario del Despacho. El reclamo no es atendible. El Prosecretario hizo constar al pie de la sentencia [...] que el Tribunal se constituyó a la Sala de Audiencias para la lectura integral, a la hora y fecha señalada, lectura que no se realizó por inasistencia de partes. En tales supuestos no puede estimarse afectado ningún interés procesal de las partes, puesto que no comparecieron al acto en que debía leerse el fallo, lo que además no les impidió conocer el contenido integral de la decisión. El artículo 396 *ibidem* es claro al precisar que la lectura debe realizarse, bajo pena de nulidad, "...ante los que comparezcan...", de tal manera que si no se presenta ninguna persona en la Sala de Audiencias cesa la obligación de realizar la lectura, y el fallo se tiene por notificado. De lo contrario tendríamos que exigir un absurdo: que los Tribunales deban leer una sentencia para notificárselas a las partes y enterar a los ciudadanos, aún cuando no haya ninguna persona interesada en escuchar lo que se está haciendo. Las formalidades tienen un sentido garantístico, y una finalidad práctica para el objeto del procedimiento, pero ninguna garantía se defiende con exigir ese tipo de lectura, ni tampoco ninguna finalidad práctica se obtiene."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 539-F de las 10,55 hrs. del 6 de noviembre.

**60. LECTURA DE LA SENTENCIA - Lectura de fallo que consta en borrador no causa afectación a los intereses del imputado.**

"Reclama el Defensor Público del imputado [...] el quebranto de las normas procesales antes referidas, [artículos 396 en relación con el 395 inciso 5), 107 y 400 inciso 6), todos del Código Procesal Penal] por cuanto -de acuerdo con la constancia del Secretario del Juzgado, que adjunta a su recurso [...] la lectura de la sentencia condenatoria que se hizo en esta causa lo fue de un borrador "sin pasar en limpio y sin la firma del señor juez", lo que es motivo de nulidad conforme a la doctrina y las resoluciones de esta Sala que señala en apoyo a su reproche [...]. En efecto, se aprecia de la constancia a que alude el impugnante, que la lectura del fallo -que se hizo a la hora y fecha señaladas para ese acto- lo fue de un "borrador". Igualmente es cierto que hasta hace poco tiempo la jurisprudencia de la Sala Tercera fue reiterada en anular toda sentencia cuando se presentaban irregularidades en el acto de su notificación (lectura). Sin embargo recientemente y por voto de mayoría (con la disidencia del señor Magistrado Chaves Ramírez) se modificó ese criterio con fundamento en la resolución de la Sala Constitucional N° 1502 de 10 de junio del año en curso, que señaló que en esta materia es posible subsanar algunas deficiencias relativas al aspecto de comentario, inclusive permitiendo su posterior notificación por escrito, en casos muy calificados, de excepción, valorados por la Sala Penal con sustento en sus propias facultades, ya que no se estaría ante un problema de constitucionalidad sino de legalidad. Tal razonamiento permite establecer en este caso, que pese al defecto en que se incurrió en la notificación por lectura, no hay afectación alguna -por ese exclusivo motivo- a los intereses del imputado y de su defensa, toda vez que los argumentos del fallo que le fue leído son los mismos que constan del documento sentencial que obra en autos [...] y que les garantiza en esta vía el derecho de recurrir e impugnar la decisión correspondiente. Cabe, entonces, manifestar -de acuerdo, como se dijo, con el criterio mayoritario externado en varias resoluciones de esta Sala (Ver entre otras Votos N°s. 450-F de las 8:20 hrs. del 2-10-92; y 455-F de las 8:45 hrs. de la misma fecha)- que en situaciones como la que se examina, el verdadero interés procesal (conocer los razonamientos de la sentencia y poder impugnarla si así se desea) ya está cumplido, pues

en última instancia ese sería el sustrato real de la disconformidad del recurrente (lo contrario llevaría, a lo sumo, a ordenar que se practique de nuevo la notificación conforme a derecho, aspecto que sólo resolvería una cuestión meramente instrumental). Así pues, de admitirse el reclamo en las condiciones que se alega, estaríamos en presencia de una nulidad exclusivamente por razones formales (reconocida inclusive como de carácter relativo -ver de Núñez, R, su Código Procesal Penal Anotado y Concordado de la Provincia de Córdoba; 2da. edic. Ed. Lerner, 1986, p. 383), esto es, una nulidad sin contenido ("la nulidad por la nulidad misma") que hoy día la doctrina rechaza por unanimidad. Por los motivos anteriores concluimos en derivar que no se observa perjuicio ni verdadero interés procesal en decretar la anulación solicitada, por lo que cabe desestimar el reproche. No obstante lo dicho, apreciándose que el mismo Despacho ha incurrido en el pasado en similar defecto al ahora examinado, desconociendo circulares y llamadas de atención a sus funcionarios, se ordena remitir copia de esta sentencia al Tribunal de la Inspección Judicial para los fines pertinentes. El Magistrado Chaves salva el voto y anula el fallo objeto de impugnación."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 546-F de las 9,05 hrs. del 13 de noviembre.

**61. LECTURA DE LA SENTENCIA - Posibilidad de que la Sala analice en cada caso las deficiencias relativas a la lectura de sentencia.**

"El señor defensor del imputado [...] reclama que la sentencia del juez de mérito adolece de nulidad absoluta por haber violado el artículo 421 del Código de la materia al no haberse dictado inmediatamente después de cerrado el debate, ya que a pesar de haberse señalado las dieciséis horas del 27 de enero de este año para la lectura del fallo, éste no fue leído en esa oportunidad sino que fue notificado al día siguiente cuando su defendido se presentó al Juzgado Penal para enterarse del resultado de la causa, lo cual puede apreciarse en la correspondiente constancia del Secretario del despacho. Agrega que tratándose de juicios de conocimiento de juez penal, no resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 396 del mismo Código referido (en cuanto faculta a los tribunales colegiados a diferir la lectura integral de la sentencia), y cita varias resoluciones de esta Sala en que por la razón dicha procedió a decretar la nulidad correspondiente. En efecto, se aprecia de la constancia del Secretario del Juzgado Penal de la ciudad de [...] que aunque la sentencia se encontraba "lista en borrador" a la hora fijada para su lectura, tal acto no fue posible realizarlo ya que "por lo extensa de la misma no fue posible transcribirla en limpio", por lo que hasta al día siguiente "se informa a las partes sobre el resultado del fallo". La posterior aclaración que el Secretario realiza a solicitud de la Presidencia de esta Sala, corrobora lo afirmado inicialmente [...]. Asimismo es cierto que esta Sala, en anteriores resoluciones, anuló sentencias de juez penal decretadas en similares circunstancias. Ahora bien, recientemente la Sala Constitucional dispuso (ver Voto N° 1502-92 de las catorce horas del diez de junio de este año) ante una aclaración que gestionó la Sala Tercera, que es posible subsanar algunas deficiencias relativas a la lectura de la sentencia (que implica su notificación oral para los que hubieren intervenido en el debate). Lo anterior para que, por vía de excepción, se permita, mediante la notificación posterior, corregir el defecto que se comenta, lo cual debe ser apreciado en cada caso por la Sala Penal con fundamento en sus propias potestades" ya que no se estaría ante un problema de constitucionalidad sino de legalidad, en la medida en que establecidas genéricamente por esta

Sala (la Constitucional) las reglas que interesan, se garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales de cada individuo" (lo que está entre paréntesis no es del texto original). Como puede observarse, la Sala Constitucional determinó, como tesis de principio, que siendo el problema aquí comentado -bajo las circunstancias que se expusieron- una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, es posible que la Sala Tercera examine cada caso concreto, para que, de conformidad con su propio criterio, determine si es posible que se pueda subsanar el defecto, en la medida en que no se afecten los derechos fundamentales de los interesados. Tal planteamiento supone que solo por vía de excepción y bajo reglas de estricta rigurosidad puede admitirse -aunque "tolerarse" debería ser el término- el incumplimiento del acto procesal que aquí se discute. La regla genérica que con toda sapiencia contiene lo dispuesto por la Sala Constitucional, no puede extenderse más allá de lo racionalmente aceptable ni debe convertirse en una autorización "lato sensu" para que los jueces unipersonales evadan lo señalado por el artículo 421 de cita. Después de esa breve explicación, esta Sala estima que el presente es uno de esos casos excepcionales que se encuentra dentro de los parámetros analizados, por su especial complejidad, no solo por la extensión del fallo sino por la materia tan sensible de que trata (desobediencia precisamente a una resolución de la Sala Constitucional); que no se observa violación alguna al derecho de defensa en lo que se refiere a la notificación del fallo desde que, como se dice en la constancia antes indicada, aquél se encontraba "listo en borrador" a la hora dispuesta para su lectura (lo que implica que el juez dictó sentencia inmediatamente después del debate) y el imputado fue puesto en conocimiento de lo resuelto, así como los demás interesados, teniendo oportunidad de ejercer su derecho de recurrir como ciertamente hizo. Dentro de tal panorama resulta incuestionable que se alcanzaron los efectos del acto que se discute y que de la situación aquí examinada -dadas sus especiales características- no derivaría más que una nulidad por la forma (nulidad por la nulidad misma, esto es, sin perjuicio o interés real) que no debe prevalecer en este particular asunto. Por todo lo anterior, los suscritos Magistrados concluimos en que debe denegarse el reclamo, no sin antes llamar la atención a los funcionarios involucrados para que cumplan las reglas de juicio anteriormente comentadas."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 496-F de las 11,30 hrs. del 23 de octubre.

## 62. MOTIVACION DE LA SENTENCIA - Requisitos necesarios.

"Es necesario subrayar, una vez más, que una sentencia se encuentra adecuadamente motivada cuando cuenta con un examen de la prueba que el a quo considere decisiva para demostrar los hechos que tiene por probados. En esta tarea se encuentra habilitado para escoger los elementos probatorios que considere pertinentes y útiles, desechando, de manera motivada, aquellos que no le merezcan crédito o que no sean conducentes para los juicios de tipicidad y antijuridicidad que constituyen los dos aspectos de análisis judicial exigidos por el principio de legalidad criminal (artículo 39 de la Constitución Política y artículo primero del Código Penal). Este examen es esencial para poder determinar o caracterizar el relieve de la tutela de bienes jurídicos que pretende el derecho penal del acto que informa nuestra legislación penal. La tipicidad sólo es suficiente para determinar qué es lo relevante para la tutela de los bienes jurídicos y qué no lo es, logrando en el proceso designar la competencia del Derecho Penal para intervenir en la resolución de un determinado conflicto social. Sin embargo, el

juicio de tipicidad no es suficiente para la verificación. En el caso concreto, para que un hecho sea injusto en sentido jurídico penal, aún es necesario el análisis de contradicción con el Ordenamiento Jurídico (antijuridicidad), a efectos de detectar si concurre alguna causa de exclusión de la antijuridicidad que determina que el Derecho Penal no convierta en definitivo el juicio provisional que hace sobre la tipicidad de la conducta y de lesión a la norma antepuesta al tipo penal. Este estudio en fases o estratos encuentra correcta aceptación en los artículos 1, 18, 30, 31 del Código Penal, que observados en perspectiva constitucional, no hacen más que retomar los requisitos para la tarea judicial del reproche de injustos. En efecto, la averiguación de la existencia de un injusto no hace más que habilitar el camino para el juicio de culpabilidad (última etapa) donde, junto con la justificación de la pena a imponer, el juez establece la necesidad del reproche de ese injusto (conducta típica y antijurídica). Estos tres juicios deben estar contenidos en el fallo, primero para poder ejercer un control posterior de legalidad, así como para cumplir con los requisitos constitucionales de motivación y de convencimiento "en juicio" de la culpabilidad del autor. Así, el principio de legalidad constitucional obliga al juzgador a explicar las razones jurídicas que lo llevaron a realizar una determinada adecuación típica, esto por cuanto, entre otras cosas, y así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia reiteradamente, no basta para la motivación empezar con un análisis de la prueba y luego concluir con la comprobación fáctica de la tipicidad de cierta conducta. El juzgador debe ser consciente de que debe demostrar, según el caso, la existencia del tipo doloso o culposo, y dentro de ese examen judicial, el nexo causal característico del tipo doloso, así como también, en el caso del tipo culposo, el examen de la idoneidad de la falta al deber de cuidado para la causación del resultado que determina la tipicidad culposa."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 596-F de las 9,10 hrs. del 11 de diciembre.

## 63. PENA - Omitir las razones para fijar la suma a pagar por concepto de multa, ocasiona una falta de fundamentación del fallo.

El juzgador de mérito en el fallo [...], en cuanto se refiere a la fijación de la pena, estimó que: "...no obstante y tomando en consideración que el imputado nunca ha sido Juzgado por algún delito, que las lesiones sufridas por la ofendida requirieron una incapacidad temporal larga y que igualmente el co-imputado [...] recibía(sic) lesiones de consi deración(sic) que le produjeron incapacidad temporal y una incapacidad general orgánica, su trabajo como dependiente, lo mismo que la ineficacia y gravedad que acarrearía una pena privativa de libertad se le imponen noventa días-multa a razón de mil doscientos cincuenta colones el día multa para un total de CIENTO DOCE MIL QUINIENTOS COLONES NETOS,...". De manera que si bien el fundamento resulta suficiente en cuanto se refiere al total de días-multa dispuestos, no resulta adecuado en cuanto se refiere a la suma a pagar por cada día-multa, al no constar ningún parámetro dentro de los aspectos citados por el juzgador que permitan apreciar en qué se sustenta, pues no basta con señalar que es dependiente, sino que resulta necesario indicar todos los factores pertinentes, entre estos el posible ingreso del encartado o en su defecto fijar el imponible de acuerdo con el decreto de salarios mínimos vigente. Así las cosas, si bien el tribunal tiene la facultad de imponer la pena dentro de los límites señalados por el legislador, esa facultad debe ser motivada en sentencia. Por eso, no obstante haber indicado el tribunal, la cuantía de la pena dejó de emitir las razones que tomó en considera-

ción para establecer la suma a pagar, en relación con ésta, con lo que no se dio al fallo, la debida fundamentación. De acuerdo con lo expuesto, debe acogerse el recurso por la forma, al estar en presencia del quebranto de las normas jurídicas señaladas, por lo que procede la nulidad parcial del fallo, sólo en cuanto se refiere a la suma a pagar por cada día-multa fijado en sentencia. Consecuentemente, se ordena la devolución de los autos para que el tribunal de origen mediante nueva audiencia oral, proceda a adicionar en forma adecuada el aspecto pecuniario de la sanción impuesta, señalando las razones en que se sustenta para fijar la suma correspondiente."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 130-F de las 9,25 hrs. del 2 de abril.

#### 64. PRUEBA INDICIARIA - Requisitos para su valoración.

"En la sentencia en examen se nota que los indicios utilizados para fundar la certeza necesaria para el dictado del fallo condenatorio son de carácter anfibológico o equívoco, tal y como lo apunta el recurrente. Entre otras cosas, resulta evidente que el Tribunal a quo deseaba dejar constancia de hechos, aparentemente objetivos, que daban fundamento a una relación de indicios graves, precisos y concordantes, que permitían establecer la participación del imputado [...] en la acción típica y antijurídica que se le atribuye. Haciendo una evaluación conjunta de estos indicios, es decir, no considerándolos aisladamente, se produce que de éstos brotan varias conclusiones contradictorias o de duda que no permiten sustentar un cuadro fáctico idóneo para la sentencia condenatoria que efectivamente se dictó en contra del acusado. El a quo tampoco expone con claridad el resultado de la valoración conjunta que hizo de estos indicios, situación que genera una grave omisión a las reglas de la sana crítica aplicables a los indicios, ya que, generalmente, al realizarse esta suma se produce el efecto contrario, es decir, que un indicio afecta a otro en su sentido lógico, produce más de una explicación posible, o deja incertidumbre sobre el acomodo del resto de conjeturas para la explicación necesaria, que según la sana crítica, debe producirse en la conclusión judicial. El juzgador debe ser consciente de dos importantes compromisos que tiene en relación con la sentencia cuando utiliza este tipo de prueba para llegar a un convencimiento definitivo: en primer lugar, debe exponer claramente por qué determinado conjunto de indicios le producen una certidumbre sobre un hecho; en segundo lugar, el de indicar por qué tienen valor probatorio en relación con el hecho investigado. El Tribunal de mérito incumplió estos requisitos, no solo porque tomó los indicios casi como hechos objetivos, válidos para cualquier analista, sino también porque al exponer la valoración de la prueba indiciaria se concretó a hacer un estudio individual de cada uno de ellos sin observar la consistencia e idoneidad de éstos dentro de un cuadro global, es decir, en una consideración comprensiva de todos ellos, única forma de evitar los graves peligros que ofrece entender cada indicio en su carácter individual. Sobre el tema la doctrina se ha pronunciado unánimemente, pues aún cuando los estudios que definen los indicios, y que los separan conceptualmente de las presunciones y las circunstancias, son realmente escasos, sí existe una tendencia a construir una serie de reglas para la valoración judicial de estos elementos probatorios (ver, entre otros, a: CAFFERATA NORES (José), La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, Reimpresión Inalterada, 1988, p. 206; GORPHE (Francois), La apreciación judicial de las pruebas, Buenos Aires, La Ley, 2967, p. 263, DELLEPAINE (Antonio), Nueva Teoría de la Prueba, Bogotá, Temis, Séptima Edición, 1972, p. 60.).

Indudablemente que la prueba indiciaria sólo es completa

cuando comprende también indicios psicológicos o morales, ya que junto con los indicios materiales (que muestran la cara externa de los hechos), los indicios morales o psicológicos indican la cara interna de los mismos, a fin de no sobreestimar los primeros (los materiales) y hacerlos inexplicables. Sin embargo, la interpretación de los indicios psicológicos descansa en una doble inferencia, lo que les quita fuerza. Del hecho de que una persona haya demostrado poseer disposiciones para el tipo de acto imputado, o que hubiese ya cometido otros similares, o también que haya manifestado el deseo de llegar a los mismos propósitos, o finalmente la indiferencia cuando no la satisfacción frente al resultado, no se puede deducir directamente que sea autor del acto inculcado."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 525-F de las 9,45 hrs. del 6 de noviembre.

#### 65. PRUEBA SOBRE PROPIEDAD DE VEHICULOS - Validez de carta-venta con fecha cierta.

"El Código de Procedimientos Penales, dispone en los numerales 198 y 378, que en materia de prueba no regirán las limitaciones establecidas por las leyes civiles, excepto en lo que se refiere al estado civil de las personas, lo que significa que en este último caso, necesariamente deberá acreditarse tal situación únicamente mediante certificación expedida por el Registro Civil, no ocurriendo ese en los demás casos, excepto en tratándose de la propiedad de los vehículos, respecto a los que el artículo 11 de la Ley de Tránsito Nº 5930 establece que: "La propiedad de vehículos se comprobará mediante la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de vehículos motorizados..." en cuyo caso tal certificación hace plena prueba, por lo que al referirse a una carta-venta con fecha cierta (como en este caso, [...]) anterior a los hechos que originaron la causa, debidamente autorizada por un Notario Público, también tiene completa credibilidad, (aunque no desde el punto de vista registral), para determinar la propiedad del vehículo. Sin embargo, en vista de lo señalado en el fallo, cabe resaltar que tal criterio no va en detrimento de lo dispuesto en el numeral 12 de la Ley de Tránsito antes citada como lo estimó la juzgadora de mérito, sino que más bien, viene a reforzar la tesis esgrimida, que da prevalencia a la carta-venta con fecha cierta en relación con la certificación del Registro Público en caso de accidentes, a efectos de determinar la responsabilidad civil correspondiente. Así las cosas, no cabe duda que la exigencia dispuesta por el Tribunal para considerar que el actor civil no estaba legitimado, obedece a la incorrecta interpretación de la legislación sustantiva. Por otra parte, respecto a la condición de demandada civil de " [...], al no haberse aportado a los autos la certificación que acredite que tal empresa es la propietaria del autobús placas [...], tampoco resulta pertinente lo dispuesto de oficio en el fallo. En primer lugar, se trata de materia civil en donde rige el interés de las partes, por lo que ante la no oposición de la demandada civil [...], en los términos expuestos en sentencia en relación con las pretensiones del actor civil, admitió así la legitimidad de este último para interponer la demanda correspondiente. En segundo lugar, de la prueba admitida por el Tribunal se desprende la condición de la cooperativa como propietaria del autobús conducido por el encartado [...] al momento del percance, ya que [...], el señor [...], en su condición de Gerente [...], se constituyó en depositario judicial del citado autobús placas [...], estando este último en los talleres de la Cooperativa ubicados en la [...] (ver acta de inspección ocular [...]). Además, en ningún momento la parte demandada puso en duda la condición de propietario del autobús, sino que esto obedeció exclusivamente a la decisión errada de la juzgadora, quien de oficio y sin tomar en consideración el interés de las partes, cuestionó su propiedad. De



acuerdo con lo expuesto, lleva razón el recurrente, puesto que el rechazo de la acción civil no se encuentra ajustado a derecho, al no ser necesaria la presentación de las certificaciones del Registro Público que se extrañó."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 435-F de las 14,48 hrs. del 25 de setiembre.

66. PRUEBA TESTIMONIAL - Posibilidad de valorar testimonio policial sobre lo escuchado de manera casual.

"En primer lugar, debe apuntarse que las manifestaciones hechas por la testigo concubina del co-imputado fueron hechas libremente y de manera espontánea, sin que hubiera sobre ella o sobre su marido ningún acto persecutorio, salvo, y debe verse así como se desprende de los autos, el requerimiento de las autoridades de que no continuaran discutiendo en la vía pública y que pasaran a la delegación donde, casualmente, y dentro de la discusión que mantenían ambos, la mujer mencionara hechos que llamaron la atención de los policías debido a su relación con el hurto del cilindro de gas. Como lo manifiesta el señor Fiscal General de la República, al contestar la audiencia conferida [...], estas manifestaciones espontáneas de la concubina del co-imputado no se encuentran contenidas dentro de la prohibición constitucional de la declaración inculpativa entre familiares, por las razones que se expondrán en el segundo considerando de esta sentencia, y que pueden ser declaradas por quienes las hayan escuchado como información obtenida de la misma manera en que fueron emitidas y respecto de las cuales no podría esperarse que los testigos, razonablemente, no declararan. De esta manera, las declaraciones de los policías no estaban implicando la introducción clandestina de una prueba al proceso, y pudieron ser utilizadas válidamente para fundar algún criterio indiciario sobre el otro imputado. La Sala ha mantenido esta tesis de manera reiterada y, en esencia, se ha considerado ilegítimo 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, por cuanto quebranta los principios de oralidad e intermediación 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 puede merecer y otros aspectos básicos en la función de juzgar (Ver Voto 653-F-1991 de las nueve horas con veinte minutos del veintinueve de noviembre). En el presente caso, como ya se ha expuesto, el testimonio policial versa sobre lo que los funcionarios escucharon de manera casual, lo que constituye información que puede ser valorada dentro de los criterios de la sana crítica, incluso para fundar los indicios que conforman el básico elemento argumentativo utilizado por el a quo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 16-F de las 9,45 hrs. del 8 de enero.

67. QUERRELLA - Imposibilidad de impugnar el sobreseimiento dictado en favor del querrellado.

"Que el recurso de casación en examen fue interpuesto por la querellante [...] contra la sentencia de sobreseimiento que -por el delito de Difamación- fue dictada en favor de la querrellada [...]. Estima esta Sala que el recurso es inadmisibles por las siguientes

razones. En el artículo 447 se consagra el principio de taxatividad, según el cual las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, y el derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Luego, el querellante es el particular ofendido que, como actor penal privado, promueve y ejerce el poder persecutorio en los delitos de acción privada (artículo 81 del Código Penal y 428 del Código de Procedimientos Penales), siendo que su recurso se rige por las mismas limitaciones objetivas establecidas para el Ministerio Público (artículos 443, 446 y 448 del Código de Procedimientos Penales), salvo la posibilidad de recurrir a favor del imputado, que compete exclusivamente al Ministerio Público. Así tenemos que, respecto al recurso de casación, nuestro Código procesal establece que "El Ministerio Público podrá interponer el recurso contra: 1) La sentencia de sobreseimiento confirmada por el Tribunal de Apelación, o dictada en única instancia por el Tribunal de Juicio, si el delito imputado estuviere reprimido con pena mayor a tres años de prisión o de inhabilitación o de ciento ochenta días multa". Consecuentemente el querellante puede -en principio- impugnar la sentencia de sobreseimiento dictada en favor del querrellado (impugnabilidad subjetiva), sin embargo, el último numeral citado impone una restricción importante al derecho impugnativo del querellante (concretamente en su perfil de impugnabilidad objetiva) al establecer un límite mínimo de la sanción penal a imponer como condición de admisibilidad (según esta consista en prisión, inhabilitación o multa), de tal suerte que, desde esta perspectiva, nunca podrá el querellante impugnar la sentencia de sobreseimiento, puesto que ninguno de los delitos de acción privada conocidos en nuestra legislación penal está reprimido con pena mayor a tres años de prisión o inhabilitación o de ciento ochenta días multa, incongruencia acaso atribuible a una deficiente adaptación a nuestra legislación del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Argentina), fuente inmediata de nuestro código procesal, en tiempos en que aquel texto legal suramericano contemplaba al sobreseimiento como un auto que pone fin a la acción y no como una sentencia (cfr. NÚÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, página 469, nota 4). Por ejemplo, el autor argentino Fernando De la Rúa indica que "El recurso de casación procede contra... el auto de sobreseimiento" (DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968, pág. 194), pero en nuestro Código de Procedimientos Penales se establece clara y expresamente que la resolución judicial en que se plasma un sobreseimiento es, sin lugar a dudas, una sentencia (cfr. artículos 321, 322, 323, 473 inciso 1º del Código de Procedimientos Penales). Por lo tanto, se declara inadmisibles el recurso interpuesto."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 546-A de las 10 hrs. del 23 de octubre.

68. QUERRELLA - La omisión de solicitar pena 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, al examinar el acta del debate se nota que el querellante no cumplió

con este último requisito, pues se limitó a pedir una sentencia condenatoria, sin indicar concretamente ni la naturaleza ni el monto de la pena a imponer [...]. Lo anterior es suficiente para ordenar el rechazo de los dos motivos interpuestos a nombre de la querellante."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 503-F de las 9,05 hrs. del 30 de octubre.

69. **QUERELLA - Requisitos para recurrir en casación - Formas de actuación previstas en el proceso de querella.**

"Como primer motivo de su impugnación por vicios *in procedendo*, el querellante [...] acusa la violación de los artículos 87, 430, 428, 431, 434 del Código de Procedimientos Penales, y de ordinal 41 de la Constitución Política, por violación al debido proceso, toda vez que la resolución impugnada resolvió el desistimiento de la acción penal con base en las siguientes razones: "De oficio y notándose que no consta en el expediente que el querellante haya adjuntado poder especial judicial como en efecto lo exige el artículo 87 del Código de Procedimientos Penales, se declara desistida tácitamente de conformidad con el artículo 434 inciso 1º de ese mismo Código, la presente querella" [...]. El anterior reclamo, así como los demás motivos del recurso en examen, deben declararse erróneamente admitidos por parte de esta Sala, puesto que, de conformidad con el artículo 435 del Código de Procedimientos Penales, el desistimiento del querellante importa el dictado de un **sobreseimiento** en la causa, y el querellante, conforme a los artículos 443 y 466 de ese mismo Código, tiene derecho a recurrir en los mismos casos en que lo tendría el Ministerio Público, por lo que debe aplicarse el artículo 473 *ibídem* para determinar los casos en que puede recurrir el querellante en casación. De acuerdo al inciso 1) del último numeral citado, el querellante podrá plantear recurso de casación contra la sentencia de sobreseimiento "si el delito imputado estuviere reprimido con pena mayor de tres años de prisión o de inhabilitación o de ciento ochenta días multa" y, en este caso la pena prevista para los delitos acusados no supera dicho límite objetivo, razón por la cual el recurso es improcedente. En este mismo sentido ha indicado la jurisprudencia de esta Sala que "En el artículo 447 se consagra el principio de taxatividad, según el cual las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, y el derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Luego, el querellante es el particular ofendido que, como actor penal privado, promueve y ejerce el poder persecutorio en los delitos de acción privada (artículo 81 del Código Penal y 428 del Código de Procedimientos Penales), siendo que su recurso se rige por las mismas limitaciones objetivas establecidas para el Ministerio Público (artículos 443, 446 y 448 del Código de Procedimientos Penales), salvo la posibilidad de recurrir a favor del imputado, que compete exclusivamente al Ministerio Público. Así tenemos que, respecto al recurso de casación, nuestro Código procesal establece que "El Ministerio Público podrá interponer el recurso contra: 1) La sentencia de sobreseimiento confirmada por el Tribunal de Apelación, o dictada en única instancia por el Tribunal de Juicio, si el delito imputado estuviere reprimido con pena mayor a tres años de prisión o de inhabilitación o de ciento ochenta días multa". Consecuentemente el querellante puede -en principio- impugnar la sentencia de sobreseimiento dictada en favor del querellado (impugnabilidad subjetiva), sin embargo, el último numeral citado impone una restricción importante al derecho impugnatorio del querellante (concretamente en su perfil de impugnabilidad objetiva) al establecer un límite mínimo de la

sanción penal a imponer como condición de admisibilidad (según esta consista en prisión, inhabilitación o multa), de tal suerte que, desde esta perspectiva, nunca podrá el querellante impugnar la sentencia de sobreseimiento, puesto que ninguno de los delitos de acción privada conocidos en nuestra legislación penal está reprimido con pena mayor a tres años de prisión o inhabilitación o de ciento ochenta días multa, incongruencia acaso atribuible a una deficiente adaptación a nuestra legislación del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Argentina), fuente inmediata de nuestro código procesal, en tiempos en que aquel texto legal suramericano contemplaba al sobreseimiento como un **auto** que pone fin a la acción y no como una sentencia (cfr. NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, página 469, nota 4). Por ejemplo, el autor argentino Fernando De la Rúa indica que "El recurso de casación procede contra... el auto de sobreseimiento" (DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968, pág.194), pero en nuestro Código de Procedimientos Penales se establece clara y expresamente que la resolución judicial en que se plasma un sobreseimiento es, sin lugar a dudas, una **sentencia** (cfr. artículos 321, 322, 323, 473 inciso 1º del Código de Procedimientos Penales). Por lo tanto, se declara inadmisibles el recurso interpuesto." (Sala Tercera, V-546-A de las 10:00 horas del 23 de octubre de 1992). Por otra parte, es necesario señalar -en vista del error cometido- que, en este caso concreto, tanto la concesión del recurso por el a quo como la que concedió esta Sala -ambas erróneas-, no constituyen una resolución definitiva, por lo cual la Sala puede desechar el recurso formalmente improcedente o mal concedido, aun de oficio y en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o -como en este caso- en el mismo momento de dictar sentencia, toda vez que durante la deliberación del mismo se han advertido los impedimentos formales apuntados, que hacen imposible la sustanciación del fallo (en este sentido, véase a DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968, pág. 232). Por estas razones, la Sala declara erróneamente concedido el recurso en examen.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, estiman los suscritos Magistrados que el agravio del impugnante está sobradamente justificado, y que debe llamarse la atención al a quo por las siguientes razones. El artículo 87 referido establece que "El querellante y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por un abogado; el primero, con mandato especial". Como se ve, aquí se plantean dos formas de actuación en el proceso para ambos sujetos procesales (el querellante por una parte, y las partes civiles por otra), a saber: A) actuación personal con patrocinio letrado, o; B) actuación por representación de un abogado. También se establece una condición en ese mismo numeral respecto al "primero" (entiéndase al querellante) en el sentido de que su abogado debe actuar con "mandato especial", pero esta condición debe exigirse **únicamente cuando el querellante se hace representar por un abogado** (caso B), no así cuando el querellante actúa personalmente con asistencia o patrocinio de un letrado (caso A). Por lo expuesto, resulta claro el a quo cometió un error in procedendo al declarar desistida la acción penal del querellante, quien se presentó al debate, en compañía de su abogado, ha suscrito personalmente todos sus escritos visibles en el expediente a partir de la misma interposición de la querella, los cuales fueron autenticados por abogado, vicio que está sancionado con nulidad, toda vez que implica la inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención del querellante en el proceso (artículo 145, inciso 2º del Código de Procedimientos Penales), puesto que el querellante es el particular ofendido que, como actor penal privado, promueve

ve y ejerce la acción en los delitos de acción privada (artículo 81 del Código Penal y 428 del Código de Procedimientos Penales), siendo que su recurso se rige por las mismas limitaciones objetivas establecidas para el Ministerio Público (artículos 443, 446 y 448 del Código de Procedimientos Penales), salvo la posibilidad de recurrir a favor del imputado, que compete exclusivamente al Ministerio Público. Por las razones expuestas lleva razón el reclamo del recurrente, por lo que debe llamársele la atención al a quo para que en el futuro no vuelva a incurrir en el error que se observa en este asunto."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 605-F de las 9,05 hrs. del 18 de diciembre.

**70. RECURSO DE CASACION - Necesaria separación de cada motivo con sus fundamentos.**

"En este aparte del recurso, el imputado [...] plantea seis motivos de impugnación por vicios *in procedendo*. De ellos, los motivos Primero a Cuarto no son atendibles, toda vez que se observa que el impugnante acusa en forma indiscriminada falta de fundamentación de la sentencia y violación a las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de la prueba, vicios que importan la inobservancia de dos formas procesales diversas, según lo ha establecido reiterada jurisprudencia de esta Sala (en este sentido véanse las resoluciones V-115-F de las 14:40 horas del 19 de mayo de 1987 y V-353-A de las 10:40 horas del 23 de agosto de 1991). Tal forma de extender el recurso incumple con los presupuestos que exige la normativa procedimental y la doctrina que informan la casación, pues no se indica separadamente cada motivo con sus fundamentos, conforme lo dispone el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales. Al respecto señala la doctrina que el escrito que contiene el recurso "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 inadmisibile" (NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986, pág. 479), y dentro de esta misma tesis ya ha indicado esta Sala que el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales dispone que al estructurar el recurso de casación se debe indicar en forma separada cada motivo con sus fundamentos. La Sala ha señalado que esa obligación no se refiere únicamente a la división de motivos que establece el artículo 471 *idem* en sus dos incisos (casación por el fondo y casación por la forma), sino que para cumplir con el requisito de discriminación de motivos, cuando se discuten varios de índole procesal, como en el presente caso, a cada uno debe dársele trato individual, tanto al especificar el reproche como el fundamento legal y doctrinal (Nº 192 de las 15 horas del 24 de setiembre de 1985. En igual sentido las resoluciones Nº 124-A de las 15:15 horas del 17 de abril de 1985, Nº 155-F de las 15:45 horas del 5 de setiembre de 1984, y V-291-A de las 10:45 horas del 11 de junio de 1992)."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 588-F de las 9,20 hrs. del 4 de diciembre.

**71. RECURSO DE REVOCATORIA - Interposición no suspende los términos para los demás recursos que procedan.**

"[...], al contrario de lo que ocurre con la solicitud de aclaración y adición, el recurso de revocatoria no suspende los términos

para interponer los demás recursos que procedan. Por eso, como lo dispone el artículo 462 del Código de Procedimientos Penales, la resolución será ejecutada, a menos que el recurso de revocatoria hubiera sido interpuesto junto con el de apelación subsidiaria y éste fuera procedente, o cuando al decidir la revocatoria se dicte una nueva resolución, situaciones estas últimas que no se dan en el presente caso. De lo anterior se desprende, con claridad, que el recurso de casación fue interpuesto extemporáneamente, cuando ya el pronunciamiento impugnado había adquirido firmeza, lo que obliga a declarar que dicho recurso fue concedido por error."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 545-A de las 9,55 hrs. del 23 de octubre.

**72. RECUSACION - Rechazo arbitrario de prueba tendiente a demostrar causal.**

"En realidad el acta confirma que se formuló la recusación, y que el juzgador aceptó haber realizado el viaje, [cortesía de la empresa ofendida] pero se desconoce las condiciones y circunstancias en las que hizo el viaje, si fue una regalía o no, así como también si el viaje se hizo antes o después de iniciado el proceso, aspecto este último de suma trascendencia porque el inciso 10 del artículo 29 del Código de Procedimientos Penales establece como causal de inhibitoria y de recusación el que el juzgador o sus parientes "recibieren beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas aunque fueren de poco valor...". El viaje realizado por los rápidos no constituye un "beneficio de importancia" pero podría constituir una dádiva idónea para afectar la imparcialidad del funcionario que debe juzgar el caso, razón por la cual el legislador la ubicó como un motivo de recusación, cuando la dádiva se recibe después de iniciarse el trámite del asunto que debe resolverse. En el presente caso el juzgador no admitió la prueba ofrecida por la defensa para acreditar la causal, tales como la certificación notarial y el testimonio del señor [...], quien según el recurrente fue la persona que recogió en su casa al señor Juez Penal para llevarlo a los rápidos, y luego lo dejó en el mismo lugar. El rechazo de esa prueba impide ahora examinar si la causal de recusación existió o no, pues de las constancias del proceso no es posible deducir si el viaje se hizo antes o después de iniciado este proceso, ni las circunstancias que lo rodearon. De lo que el acta permite saber, el juzgador rechazó la recusación por estimarla extemporánea, ya que el párrafo primero del artículo 34 del Código de Procedimientos Penales establece un plazo de caducidad. Sin embargo, no obstante que la Sala no tiene bases para estimar que la causal existiera o para descartarla, el recurso debe declararse con lugar porque evidentemente se violan las reglas del debido proceso y el derecho de defensa al excluir, en la forma arbitraria que se hizo, la prueba ofrecida por la defensa para acreditar que el juzgador tenía una causa para ser recusado. En otros términos, la violación al derecho de defensa y al debido proceso se produce no porque tengamos bases ciertas para dudar de la imparcialidad del juez, sino porque el juez rechazó en forma arbitraria la prueba ofrecida por la defensa dirigida a acreditar la duda que tenían sobre su imparcialidad, máxime en un caso como el presente en que el propio Juez afirmó al resolver que era cierto que había realizado el viaje, y solo resta por establecer las circunstancias del mismo y la fecha, lo que pudo investigarse de haberse recibido la prueba. Además, también existe de parte del juzgador un desconocimiento de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 34 del Código de Procedimientos Penales, que establece que el plazo para oponer una recusación no caduca en los momentos fijados en el párrafo

primero, cuando la parte que alega la causal no tenía conocimiento de la misma sino desde 24 horas antes, situación que alegó el defensor en el curso mismo del Debate, según permite saber el acta del prosecretario. En esas circunstancias el juzgador le impidió a la defensa ejercer uno de sus derechos básicos, como lo es la posibilidad que tiene de demostrar una causal de recusación cuando se le ha pedido al juez que se separe por dudar de su imparcialidad conforme lo autoriza el Código de Procedimientos Penales en el artículo 29 citado. Desde luego la nulidad se produce cuando se rechaza la prueba en forma arbitraria, es decir cuando la misma era pertinente y estaba al alcance del juzgador recibirla en ese mismo momento, lo cual impidió sin justificación alguna. Por lo expuesto, procede declarar la nulidad de la sentencia y del debate que la precedió, y disponer el reenvío para una nueva sustanciación."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 593-F de las 8,55 hrs. del 11 de diciembre.

**73. SENTENCIA - Nulidad por dictado a pesar de acción de inconstitucionalidad pendiente.**

"Como primer motivo de su recurso por la forma, la representación del imputado [...] y del demandado civil, acusa la infracción de los artículos 81 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por violación a los principios de defensa y del debido proceso contenidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política y de los ordinales 1, 45, 80, 87, 123 a 130, 134 a 136, 138, 106, 267, 286, 287, 288 a 290, 325, 326 a 328, 338 a 348, 359 a 400, 415 a 422, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150 y 151 del Código de Procedimientos Penales. Aduce que los hechos por los cuales fue juzgado el imputado ocurrieron el día 3 de enero de 1990, y que la sentencia fue dictada después de dos años y seis meses de aquellos, siendo que la prescripción de la acción penal no podía estimarse interrumpida durante este tiempo por haberse interpuesto acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley Nº 5712 (reformada por Ley Nº 6726) sin que a la fecha se haya pronunciado la Sala Constitucional sobre dicha acción de inconstitucionalidad, por lo que la regla contenida en este artículo 3 no debió aplicarse al caso en examen y la acción debió declararse prescrita. Estima esta Sala que el reclamo es de recibo, por las siguientes razones. La causa seguida contra el imputado lo es por el delito de Lesiones Culposas cuya pena imponible es "prisión hasta un año, o hasta cien días multa" (artículo 128 del Código Penal), de tal suerte que la acción penal por este delito prescribe después de transcurrido un período de dos años, según lo dispuesto por el artículo 82 inciso 2) del Código Penal. Dicho período de dos años ya ha transcurrido sobradamente, de modo que la subsistencia de la acción penal en el presente caso depende de la conformidad de los actos interruptores de la prescripción con la Constitución Política, cuestión que

a la fecha no ha sido dilucidada por la Sala Constitucional, de modo que el *a quo* debió abstenerse de dictar la resolución final en la presente causa. Por las razones expuestas procede declarar con lugar este motivo del recurso, declarando la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precedió y remitiendo el proceso al competente para la nueva sustanciación que determina la ley."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 551-F de las 9,30 hrs. del 13 de noviembre.

**74. TENTATIVA DE SUICIDIO - Competencia de los juzgados penales.**

"Mediante resolución 110-A, de las 10:35 del 20 de marzo de los corrientes, el voto mayoritario de esta Sala estableció que los asuntos de tentativa de suicidio son de conocimiento de un Juzgado Penal, por medio del trámite de Citación Directa, autoridad que podría incluso sobreeser si correspondiere aplicar una medida de seguridad y no fuere necesario celebrar el debate. En efecto, en ese sentido el voto de la Sala Tercera citado en la resolución del Tribunal Superior de [...], Sección Segunda, esto es el 302-A de las 9:26 del 24 de junio de 1988, así como los votos 202-A de las 8:10 del 10 de julio y 287-A de las 8:35 del 4 de setiembre, ambos de 1986, aclaran que los procesos de esta índole serán juzgados por el procedimiento de Citación Directa." (Hay voto salvado).

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 531-A de las 9,41 hrs. del 16 de octubre

**VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS RAMIREZ QUIROS Y CHAVES RAMIREZ:**

"Los suscritos difieren del criterio externado por la mayoría y consideran que en el presente caso el competente para conocer de la causa es el Juez de Instrucción. En efecto, de conformidad con el artículo 114 del Código Penal, a la persona que intente suicidarse se le debe imponer una medida de seguridad, consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico. Se parte de que si alguien actúa de esa manera, debe hallarse -sin duda- bajo los efectos de un "grave desequilibrio psíquico". Ahora bien, una vez demostrada la existencia de la tentativa de suicidio, la imposición de la correlativa medida de seguridad debe efectuarse, no mediante la celebración de un juicio, como se pretende en este caso, sino mediante el dictado de un sobreesimiento, a tenor de lo previsto por el artículo 320, inciso 3), del Código de Procedimientos Penales; y para tales efectos resulta competente el Juez de Instrucción, no el Juez Penal."

1992. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 531-A de las 9,41 hrs. del 16 de octubre

**La Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, agradecen a la Junta Directiva del Colegio de Abogados su apoyo para la edición de esta revista**

