

# CIENCIAS PENALES

REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

MARZO 1994

AÑO 5, Nº8

## DOCTRINA EXTRANJERA

El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"

*Winfried Hassemer*

Principios fundamentales de un derecho penal democrático

*Juan Bustos Ramírez*

Sobre la personalidad

*Antonio Beristain*

El proceso penal y la persona humana

*J.F. Rincones Martínez*

## DOCTRINA NACIONAL

El concepto de engaño, en el delito de stafa, en los códigos penales y la jurisprudencia costarricenses

*Víctor Alfonso Dobles Ovares*

Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica

*Fernando Cruz*

Los órganos de la casación penal frente a la apertura del recurso de casación

*Jorge Luis Arce Víquez*

Policía Judicial: una perspectiva latinoamericana

*José María Tijerino*

Justicia, Constitución y debido proceso

*Daniel González Álvarez*

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente

*Cecilia Sánchez Romero*



# A Julio siempre le gustó la alta velocidad



Hoy goza de mucha calma

**A** Julio

le gustaba conducir

a altas velocidades,

así llegaría

lo antes posible a la playa

y podría disfrutar más

de su tiempo. Hoy tiene

todo el tiempo

del mundo para hacerlo.

Antes de conducir a altas

velocidades, piénselo dos

veces: ¿qué significan

unos minutos de atraso

comparados con toda

una vida por delante?.

**Conduzca  
responsablemente**



**INS**  
PATRIMONIO DE TODOS  
**70 Aniversario**

# SUMARIO

SUMARIO

MARZO DE 1994

AÑO 5, N° 8

## DOCTRINA EXTRANJERA

El destino de los derechos del ciudadano  
en un derecho penal "eficaz" ..... 3  
*Winfried Hassemer*

Principios fundamentales de un derecho  
penal democrático ..... 10  
*Dr. Juan Bustos Ramírez*

Sobre la personalidad ..... 18  
*Antonio Beristain*

El proceso penal y la persona humana ..... 24  
*J.F. Rincones Martínez*

## DOCTRINA NACIONAL

El concepto de engaño, en el delito de stafa,  
en los códigos penales y la jurisprudencia  
costarricenses ..... 33  
*Lic. Víctor Alfonso Dobles Ovares*

Principios fundamentales para la reforma de un  
sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica ..... 40  
*Dr. Fernando Cruz*

Los órganos de la casación penal frente  
a la apertura del recurso de casación ..... 52  
*Lic. Jorge Luis Arce Víquez*

Policía Judicial: una perspectiva latinoamericana ..... 61  
*José María Tijerino*

Justicia, Constitución y debido proceso ..... 69  
*Daniel González Alvarez*

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal reciente ..... 87  
*Cecilia Sánchez Romero*

ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA

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

### Consejo Editorial

Daniel González Alvarez  
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., marzo de  
1994. Diseño de portada por  
Gerardo González, con base en un  
dibujo de Jaime Koss

## LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

En Centroamérica corren vientos de reforma para el proceso penal. Recientemente Guatemala aprueba un nuevo Código Procesal Penal que pronto entrará en vigencia, el que sin lugar a dudas pone a este hermano país a la vanguardia en la región, pues el texto recoge los aspectos más novedosos sobre la materia, incorpora el juicio oral (y consecuentemente los principios de inmediación, publicidad, y el contradictorio), y contiene importantes novedades en la fase preparatoria, al confiar la investigación preliminar al Ministerio Público, y exigir un procedimiento intermedio para controlar la actividad requirente, como paso previo al juicio. Se adoptan los principios de libertad de la prueba, el de la libre valoración de la prueba (sana crítica) y el de comunidad de la prueba, entre otros. Paralelamente se exige orden de juez para adoptar alguna medida que afecte derechos fundamentales (libertad, privacidad, etc). Al mismo tiempo se fortalecen los derechos del imputado, su posición de inocencia y el derecho de defensa. La Universidad de San Carlos ha asumido con entusiasmo la transformación, sus profesores han fortalecido y ampliado sus estudios sobre las nuevas instituciones procesales, en la Facultad de Derecho se construye una hermosa sala de juicio para la práctica de sus estudiantes, y en el Poder Judicial también se preparan para el nuevo reto. El Salvador por su parte da pasos muy significativos hacia la reforma del proceso, cuenta ya con un proyecto que ha sido estudiado por un valioso grupo de juristas, con la asistencia de destacados profesores extranjeros. El proyecto salvadoreño también recepta los aspectos más novedosos recomendados por el derecho comparado y en especial los principios del Código Procesal Penal Tipo para América Latina. En Costa Rica algunos entienden que no es necesaria la reforma porque en 1975 pusimos en vigencia el Código Procesal Penal elaborado por Velez Mariconde para la Provincia de Córdoba, Argentina. Desde luego que este fue un texto muy evolucionado para la época, recoge los principios básicos del sistema procesal mixto moderno, y el juicio oral con todas sus implicaciones. Hasta aquí pareciera innecesaria una modificación del sistema penal en Costa Rica. Sin embargo debemos reconocer que a estas alturas resulta absolutamente indispensable una transformación del sistema penal. Sobre todo creemos que las reformas en Costa Rica deben dirigirse hacia aquella fase in-

quisitiva todavía existente en nuestro proceso: la instrucción. La verdad es que la fase instructiva del procedimiento se ha venido caracterizando por ser una etapa del proceso que se ventila en privado, poco transparente, escrita, lenta, formalista, e indiscutiblemente inadecuada para solucionar los principales problemas a los que debe hacerle frente una correcta administración de justicia penal. Podríamos afirmar que ya no representa ninguna solución al conflicto penal. Por el contrario, en muchas ocasiones es la fase de instrucción el verdadero obstáculo para una solución justa de muchos conflictos generados con ocasión de hechos delictivos. La respuesta que como sistema penal damos al problema de la criminalidad no es conveniente ni adecuada. Hablamos de un proceso penal oral, que dura casi dos años como media, pero en el que la oralidad representó apenas dos o tres horas de esos dos años. Muchos son los mitos que deben desterrarse de nuestro sistema penal. Por esas razones también estamos trabajando en favor de la transformación del sistema penal, aunque un poco más atrás que los países vecinos citados, pues aún está en proceso de elaboración un proyecto para someterlo a discusión general por parte del foro nacional y todos los demás sectores involucrados en el funcionamiento del sistema penal. En efecto, un grupo de abogados del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, todos miembros de la Asociación, laboran en la confección de un texto, siguiendo también las líneas del Código Tipo y múltiples recomendaciones de eminentes procesalistas, como las de los profesores Julio Maier y Alberto Binder, y últimamente las denominadas "Reglas de Mallorca" o "Reglas Mínimas para el Proceso Penal". Esperamos se habrán foros de discusión general cuando ya esté redactado el proyecto. Por ahora, como parte de ese proceso necesario para alimentar la reforma penal, la Asociación de Ciencias Penales ha copatrocinado, junto con la Corte Suprema de Justicia y la Escuela Judicial, unas jornadas académicas de Derecho Penal y Procesal Penal con los distinguidos profesores alemanes Winfried Hassemer, Wolfgang Schöne, Burkhard Schade, Eberhard Struensee y Wolf Paul, del que esperamos muchos frutos. En la medida de nuestras posibilidades esperamos seguir impulsando actividades académicas dirigidas a examinar nuestro sistema penal en todas sus fases.

# EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN UN DERECHO PENAL "EFICAZ"\*

*Winfried Hassemer*  
Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Frankfurt AM Main,  
Alemania.

## I. LA OMNIPRESENTE VIOLENCIA.

La violencia es un firme elemento integrante de nuestra experiencia cotidiana. El que vive con otros, sabe lo que es la violencia y nunca estará seguro ante ella.

La omnipresencia de la violencia en la vida social no es, por tanto, cuestionada, ni tampoco se modifica. Lo que sí se modifica es la disposición para aceptar la violencia, y también la probabilidad de llegar a ser autor o víctima de un hecho violento. Y en la actualidad también se modifica, con especial claridad, la forma en la que percibimos la violencia y la actitud que adoptamos ante ella. De ello y de sus consecuencias para el Derecho penal nos vamos a ocupar seguidamente.

### 1. Percepción social de la violencia.

Nunca como hoy ha habido oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de la misma. Una sociedad que, por un lado, dispone de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea.

Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y diversamente discutidas. Una de las que aquí más nos interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucha mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y

cultural y que llega a nosotros más de un modo comunicacional que experimental. De todo ello se deduce entre otras consecuencias, que las posibilidades de *dramatizar la violencia* y de *politizarla* son extraordinariamente grandes. Los medios de comunicación conceden gran importancia al ejercicio de la violencia y quizás también por eso informan de ella de un modo altamente selectivo<sup>1</sup>. *La amenaza de violencia -real o supuesta- es un regulador para llevar a cabo una Política criminal típicamente restauradora.*<sup>2</sup> Lo que en Derecho penal se considera *como bien jurídico merecedor de protección* y constituye, por tanto la base de las conminaciones penales, es consecuencia *de un acuerdo social normativo* en el que interviene además *el sentimiento de amenaza* que existe en la población.<sup>3</sup>

La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como un bien jurídico<sup>4</sup>, alimentando una creciente industria al respecto. El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto

\*. Traducción de Francisco Muñoz Conde

1. Paradigmático, *Murck*, *Soziologie der öffentlichen Sicherheit*, 1980, p.80 ss., 91 ss., 110 ss.
2. Paradigmático, *Arzt*, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, *passim*, esp. p. 75 ss., 132 ss.
3. *W. Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1979/80, p. 158 ss., 221 ss.
4. Paradigmático, *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, esp. p. 339 ss.

de "criminalidad organizada" como una especie de detritus social que se presenta por los expertos policiales con connotaciones especiales<sup>5</sup>. Así, por ejemplo, se dice que el Derecho penal y el Derecho procesal deben "adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz"<sup>6</sup>, y que una "completa elaboración de la opinión pública dirigida por la policía" debe y puede "apoyar la lucha represiva contra la criminalidad organizada". Hay que "fomentar las denuncias"; la "reprobación social de la criminalidad organizada", y hacer que "la población comprenda las redadas y medidas policiales similares"<sup>7</sup>. El Informe de la Comisión gubernamental independiente para la prevención y lucha contra la violencia (la llamada "Comisión sobre la violencia") que se acaba de presentar en 1990 es sólo un aspecto -aunque gráfico- de esta situación<sup>8</sup>.

## 2. Actitud social ante la violencia.

El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia. Ha llegado la hora de conceptos como "lucha", "eliminación" o "represión" en detrimento de otros como los de "elaboración" o "vivir con". Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual<sup>9</sup>, y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito<sup>10</sup>. La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared.

Desde esta perspectiva, la sociedad que así piensa no puede dar un Derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera "Magna Charta del delincuente"<sup>11</sup>; lo que ella necesita es una "Magna Charta del ciudadano", un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el Derecho penal en un "Derecho penal para enemigos"<sup>12</sup>.

### a) Filosofía política.

Esta evolución que ha tenido la actitud social ante el delito y la violencia es anacrónica y nos retrotrae a una época ya superada de la Filosofía del Derecho penal y de las teorías políticocriminales que sólo podían percibir al delincuente como un

infractor de una norma, como un "extraño" al que había que alejar. En cambio, las modernas teorías, enraizadas en la Filosofía política de la Ilustración, se caracterizan por considerar los derechos humanos y civiles como los fundamentos de Derecho penal y del Derecho procesal penal y por admitir al delincuente como parte del contrato social<sup>13</sup>. Las experiencias que actualmente tenemos con el miedo social a la amenaza, la percepción de la violencia y la Política criminal nos impulsan, pues, a plantearnos la cuestión de las condiciones antropológicas y psicosociales de una Política criminal ilustrada, racional y "libre de miedos". Sin embargo, una política de este tipo no se puede llevar a cabo con miedo, sobre todo cuando la dramatización de la violencia agudiza la situación.

5. *Ribischer/Wahlenkamp*, Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, 1988.

6. *Idem*, p.196

7. *Idem*, p.197. Incluso se dice que debe facilitarse a las Autoridades encargadas de la averiguación de los delitos el acceso a las informaciones de carácter personal que "puedan ser relevantes para la investigación", "en interés de una eficaz lucha contra la criminalidad organizada".

8. Algunos precedentes se encuentran ya en anteriores publicaciones de la Oficina Federal de asuntos criminales (Bundeskriminalamt, BKA) bajo el título "Was ist Gewalt?". Auseinandersetzungen mit einem Begriff, 1986 y 1988.

9. Paradigmático, *Schwind/Berckhauser/Steinhilper* (edit), Präventive Kriminalpolitik, 1980.

10. Una perfilada crítica en P.A. *Albrecht*, Prävention als problematische Zielbestimmung in Kriminaljustizsystem, *Krit V* 1986, p. 54 ss.; sobre el dilema de la prevención también *D. Grimzm*, Verfassungsrechtliche Aumerkungen zum Thema Prävention, *lug. cit.*, p. 38 ss., y *W Hassemer*, Prävention im Strafrecht, *JuS* 1987, 257 ss.

11. Sobre esta expresión, acuñada por *Franz von Liszt*, y su contexto en la teoría de la Política criminal *W. Hassemer*, Fundamentos del Derecho penal, trad. de Arroyo y Muñoz Conde, Barcelona, 1985.

12. Elaborado y criticado por *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeldeiner Rechtsgutsverletzung, *ZStW* 97 (1985), 751 ss.

13. Sobre ello expresamente *W. Hassemer*, Menschenrechte im Strafprozess, en: *Rüsen/Lämmert/ Glotz* (edit.), Die Zukunft der Aufklärung, p. 196 ss.

## b) Criminología.

Igual que el desarrollo de la Filosofía política, permite el de la moderna Criminología poner de relieve que una actitud social mezquina y represiva ante la violencia y el delito que no sólo puede deberse a una dramatización pasajera de la violencia, sino también a una falta absoluta de ideas. Dicho en términos penales, esta evolución va desde la criminalidad a la criminalización<sup>14</sup>; a través de ella el delito y la violencia aparecen como fenómenos merecedores de represión en una forma más compleja, una forma de la que parece separarse nuestra actual percepción<sup>15</sup>.

La historia de la moderna Criminología se caracteriza tanto por una ampliación, como por una prolongación de su perspectiva. En sus orígenes estaba el intento de marcar las condiciones que hacen surgir y modifican la desviación criminal a la norma, buscando y encontrando estas condiciones en el cuerpo y en la psique del desviado. El "delincuente nato", que Lombroso descubrió en los establecimientos penitenciarios a finales del siglo XIX, sólo fue considerado desde el punto de vista políticocriminal como objeto del "acuerdo social represivo", como algo extraño, peligroso e incorregible.

Pero pronto se descubrió -sobre todo en USA- que importaba menos la naturaleza que los grupos primarios de referencia, especialmente la familia rota que producía en el futuro delincuente tempranas heridas y lo dotaba de técnicas criminales de supervivencia. Con ello se le seguía considerando como esa otra persona que amenaza; pero, en todo caso, se ofrecía ya una pista para considerar que el delincuente y el violento no existen como tales sin más ni más, sino que son "producidos" de algún modo socialmente. Cuando luego -sobre todo con la teoría de la anomia y sus variantes- aparecieron las circunstancias específicamente grupales o incluso de toda la sociedad en conjunto como factores criminógenos (así por ejemplo diferencias específicas entre el esfuerzo y las metas por un lado, y las posibilidades reales para conseguirlas, por otro), se planteó urgentemente la cuestión de la corresponsabilidad políticosocial en el delito, convirtiendo al delincuente en un sujeto no tan distinto de la gente decente.

Con ello se había trazado el marco para una posible explicación científica de la criminalidad, descubriéndose una estrecha relación entre delito y estructura social. Este descubrimiento pudo ser el

motor de una actitud frente a la violencia y el delito, que se ocupe de manera productiva de estos fenómenos, considerando no sólo al delincuente violento, sino también su mundo circundante más o menos cercano; biografía, educación, vivienda, trabajo, ocio. Esto formó la base de una Política criminal racional a largo plazo.

Sin embargo, la investigación de las condiciones que hacen surgir o modifican la criminalidad no constituye el último avance que ofrece la moderna Criminología. Su interés se extendió también, incluso en épocas relativamente lejanas, a las condiciones que hacen surgir y modificar el proceso de criminalización. La nueva Escuela que se denomina a sí misma "crítica" y que se conoce con el término inglés de "labeling approach", reprochó a las anteriores teorías, globalmente descalificadas con el estigma de "etiologicistas", que, aferradas a la búsqueda de los factores de la criminalidad, habían olvidado que no hay criminalidad sin criminalización; para esta Escuela, la criminalidad es, en efecto (también) el resultado de procesos sociales y estatales de definición, no una realidad previamente existente, sino una realidad construida *humana e institucionalmente*.

Aquí no se trata ahora de valorar este desarrollo científico, sino de ver las posibilidades que ofrece para aprender y deducir de él una actitud positiva frente al delito y la violencia. En esta evolución se fue poco a poco abandonando el punto al que ahora, también paulatinamente, se va acercando la dramatización de la violencia. Con cada vez mayor claridad la Criminología ha demostrado que una Política que pretende adaptarse a la omnipresente violencia, no debe simplificar, ni dramatizar su objeto, sino dejarlo tal como es en toda su complejidad incluyendo las condiciones comunicacionales que lo hacen surgir y lo modifican; y que este objeto a largo plazo no puede ser tratado ni por la fuerza ni represivamente.

## II. EL DERECHO PENAL "EFICAZ".

El destinatario de todas estas exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la

14. Una exposición de esta evolución en mis Fundamentos (cfr. nota 11) BB 6-9; con más detenimiento W. Hassemer, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, J2 1976, 164.

15. Cfr. supra I.1.

violencia es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo también en él el Derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos.

## 1. La política

### a) Represión de la violencia

Estas exigencias son conocidas y, en parte, han sido satisfechas ya en las últimas reformas penales; multas y otras sanciones pecuniarias contra narcotraficantes siguiendo criterios muy estrictos en su aplicación y medición. Delitos que castigan el "blanqueo" del dinero ilícitamente obtenido; sistemática observación policial de los "delincuentes" (en lugar de aclaración de los delitos); utilización de confidentes policiales; redadas; "lucha preventiva contra el delito" eliminando los más sensibles límites y garantías constitucionales del Derecho procesal penal en beneficio de la actuación policial; admisión del llamado testigo de la corona; ampliación del plazo de la prisión preventiva, etc.<sup>16</sup>

Esta mayor dureza del Derecho penal material y del Derecho procesal penal se debe a una Política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Pero el catálogo de estas medidas es aún incompleto, le faltan esos instrumentos rectores que actualmente caracterizan un Derecho penal eficaz y que deben tomarse en consideración si es que se quiere obtener una imagen completa del actual desarrollo del Derecho penal<sup>17</sup>. La combinación de los criterios de modernidad y eficacia hace surgir en cierto modo junto a un Derecho penal social (de cuello azul) represivo de la violencia, un Derecho penal tecnocrático (de cuello blanco) de dirección social<sup>18</sup>.

### b) Direccionismo

En este sentido la Política criminal "moderna" se caracteriza por estas tendencias: Desde hace ya algún tiempo, no trata de descriminalizar o, por lo menos, de atenuar las penas, sino de crear nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes; cada vez más se concentra en los tipos penales y en las conminaciones penales que se asignan a los mismos, sin interesarse en nada por las consecuencias que les son aplicables. Al mismo

tiempo, extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que en la opinión pública se consideran más amenazados: el medio ambiente, la economía, los impuestos, las drogas, el terrorismo y la informática.

Esta Política criminal no se orienta ya en los clásicos bienes jurídicos de algún modo perceptibles por los sentidos (vida, salud, libertad, etc.), sino en los bienes jurídicos universales que además se describen de manera tan vaga y a tan grandes rasgos que pueden justificar cualquier tipo de conminación penal. Entre estos bienes jurídicos se cuentan la protección del "bienestar" humano, la salud pública, la capacidad de funcionamiento del mercado de capitales, la política estatal de subvenciones o en empleo de la informática en la economía o la Administración.

Para ello se instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos, utilizando la técnica de los delitos de peligro (en su mayor parte, abstracto), en los que es suficiente con demostrar la acción que el legislador ha descrito como peligrosa, y no la de los delitos de daño o de lesión en los que no sólo hay que demostrar la producción de un daño sino que éste ha sido causado por el inculpaado.

## 2. La teoría.

La política que se acaba de describir se basa en la idea de que el Derecho penal es un instrumento de dirección aceptable desde el punto de vista normativo y realmente eficaz; un medio de política interna (seguridad, salud, economía, etc.); entre otras cosas. Esta idea ha desterrado las metas que tradicionalmente se atribuían al Derecho penal: garantizar la libertad y la protección jurídica que deben concederse también al delincuente; que el Derecho penal sólo debe intervenir subsidiariamente, como "ultima ratio", y limitarse a unos pocos actos lesivos especialmente destacados. También ha superado (o reprimido) el escepticismo que siempre ha existido ante la "rudeza" del sistema

16. Expresa y críticamente sobre esto D. Krauss, *Strafverteidiger*, 1989, 315 ss.

17. Expresamente y con datos sobre lo que sigue W. Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, *NSZ* 1989, 856 ss.

18. Esto se corresponde bastante con la distinción criminológica entre criminalidad de cuello blanco y de cuello azul (cfr. Kaiser, *Kriminologie*, 8.<sup>a</sup> ed., 1989, § 60/1).



jurídicopenal y ante la eficacia del mismo como medio de solución de los conflictos sociales: que sus instrumentos coactivos son para un amplio espectro de casos desproporcionados e incluso contraproducentes; que en virtud del principio de certeza (art. 103 II GG, 1 StGB) el Derecho penal es demasiado inflexible; que por el principio del "Derecho penal de hecho" es incapaz de tener efecto preventivo; que por el principio de culpabilidad se concentra en personas y no en organizaciones o instituciones.

La actual Política criminal tiene conciencia de estos problemas, pero se enfrenta a ellos desconociendo que un Derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y de represión de la violencia, decidiéndose, en cambio, por el debilitamiento de la vinculación del Derecho penal a sus principios, minimizando los presupuestos de la pena con el empleo superficial de delitos de peligro abstracto, difuminando los presupuestos de la imputación o endureciendo los medios coactivos.

La consecuencia de esta evolución no es ciertamente, como poco a poco se va poniendo de relieve<sup>19</sup>, que se haya conseguido estructurar un sistema jurídicopenal capaz de cumplir las nuevas tareas que se le asignan, sino, al contrario, que estas parcelas de un Derecho penal "eficaz" vayan acompañadas de "déficits de funcionamiento" continuos, específicos y denunciados por todo el mundo. De todo ello se deducen además dos cosas:

*por un lado, el miope intento de minimizar estos déficits aumentando la represión ("more of the same").*

*por otro, el creciente aumento de amplios sectores del Derecho penal con una eficacia puramente simbólica: Cuando los efectos reales y afirmados no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídicopenales.*

### 3. La dogmática.

Los criterios dogmáticos que se utilizan por la política y la teoría del Derecho penal "eficaz", son diversos, pero dos de ellos merecen ser destacados: la "funcionalidad de la Administración de Justicia penal"<sup>20</sup> y el criterio metódico de la "ponderación de bienes"<sup>21</sup>.

#### a) La "funcionalidad de la Administración de Justicia penal".

Desde comienzo de los años setenta y tres algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la R.F. de Alemania, el miedo a una Administración de Justicia penal ineficaz se erigió en el argumento principal en contra del debilitamiento o atenuación de las medidas coactivas procesales y de una mayor participación de la víctima o perjudicado por el delito en el proceso penal. Así, por ejemplo, se respondió negativamente a cuestiones como éstas: extender el derecho a no prestar testimonio a los asistentes sociales o a los terapeutas del drogicicto, prohibir la valoración como prueba de las grabaciones en cinta magnetofónica; renunciar a la acción penal a cambio de la puesta en libertad de los rehenes, en casos de robo con toma de rehenes; sobreseer el proceso penal en caso de peligro para la vida o la salud del inculcado.

Lo verdaderamente notable en todas estas decisiones no es tanto su existencia sin más (pues en todo caso, efectivamente la ineficacia de la Administración de Justicia penal sería una amenaza para todos), sino su fundamentación sistemática (a) y su utilización práctica (b).

(a) En lugar de considerar estas decisiones como lo que de hecho son, es decir, como verdaderas limitaciones de los principios de Justicia y formalización del proceso en aras de una mayor eficacia de la tarea de persecución de los delitos que incumbe a la Administración estatal de Justicia penal, poniendo así, de algún modo, de relieve el conflicto inmanente a la misma, los Tribunales consideraron que no eran más que consecuencia de la idea de Justicia. Esto no sólo produjo una auténtica perversión sistemática<sup>22</sup>, sino también la

19. En mi artículo citado en nota 17, he intentado demostrarlo.

20. Expresamente W. Hassemmer, en *Strafverteidiger* 1982, 257 ss.; críticamente también Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 21ª ed. (1989), §1 §II.

21. Expresamente W. Hassemmer, *Unverfügbares im Strafprozess*, en: *Festschrift für W. Mainhofer*, 1988, p. 183 ss.

22. Un ejemplo de ello lo ofrecen los cuatro jueces que firman la sorprendente sentencia del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania de 14.9.89, recogida por ej., en *Strafverteidiger* 1990. 1. Se trataba de un condenado por asesinato a prisión perpetua que recurrió al Tribunal Supremo por haber utilizado el Tribunal de instancia que lo condenó en la

debe tener en cuenta también las complejas relaciones existentes entre ambas desde el principio.

## 2. La eficacia del Derecho penal.

Un miope entendimiento de lo que se considera hoy como un Derecho penal eficaz puede ser, a la larga, contraproducente.

Las experiencias habidas con los "déficits de funcionamiento" del moderno Derecho penal y con el llamado "Derecho penal simbólico"<sup>25</sup> enseñan que una mayor contundencia de los instrumentos jurídicos penales ("more of the same") no siempre ha mejorado su idoneidad en la solución de los problemas. Ello quizás podría deberse a que la subsidiariedad del Derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no sólo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado: los medios jurídicopenales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas.

Pero sobre todo debe tenerse en cuenta, que un Derecho penal penal contundente tiene también sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener. No es imaginable que, por ejemplo, se pueda renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana; cuando ésto ocurre en "tiempos de necesidad" perderán toda su importancia para nuestra cultura jurídica. Desde ese momento ya no

serán su valor e importancia el criterio decisivo para su vigencia, sino la problemática percepción de la "necesidad" o de la "grave amenaza".

En última instancia hay que preguntarse si un Derecho penal políticamente funcionalizado y utilizado de esta manera puede ocupar todavía en el conjunto de todos los sistemas de control social el lugar que le corresponde. Si sus principios son en cada caso disponibles, perderá -incluso a largo plazo a los ojos de la población- su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica. Un Derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social.

## IV. RESUMEN

Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una Política criminal que tiende a hacer del Derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. en caso de necesidad se considera que los principios que caracterizan nuestra cultura, no deben ser tenidos en cuenta o considerarse vigentes. El provecho que de ello se obtiene en escaso, los costes muy altos; a la larga un Derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción.

25. Cfr. supra II, 2.

# PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO

*Dr. Juan Bustos Ramírez.*  
 Profesor de Derecho Penal de la  
 Universidad de Chile

## I. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 1963 se celebró en Santiago de Chile la primera reunión plenaria de la comisión redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica, ella dio término, para la parte general, en San Pablo en 1971.

La parte especial se inició, pero no logró terminarse.

Estos trabajos de la comisión redactora y en especial los de la parte general promovieron un fuerte movimiento de reformas legislativas en Latinoamérica y en muchos países dejó sus huellas el articulado propuesto como modelo. El Salvador fue uno de esos países y es por eso que el actual código vigente promulgado por el decreto N°270 de 1973, recoge no sólo la discusión que tuvo lugar en dicha comisión en sus diferentes sesiones a lo largo de la geografía latinoamericana, sino también el transfondo doctrinario que inspiró al Código Penal tipo, y su peregrinar académico por Latinoamérica había permitido y logrado cerrar el paso a la influencia del positivismo naturalista imponiendo cada vez con más fuerza y, sobre todo en las nuevas generaciones, a la corriente dogmática de origen alemán.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica vino a culminar esta etapa y a sellar definitivamente en las reuniones de la comisión redactora el predominio total de dicha orientación, que por lo demás había alcanzado también su culminación en el llamado Proyecto Oficial Alemán de 1962, cuyos trabajos preparatorios y su articulado estuvieron siempre presentes en la comisión redactora.

La reacción frente al positivismo naturalista llevó a una posición dogmática radical, que no dejó lugar a la política criminal. Es por eso que

quedaron en el vacío aquellas intenciones primeras de la comisión redactora, de establecer las realidades sociales y culturales de los diferentes países latinoamericanos y conforme a ello llevar a cabo una revisión de la legislación vigente. Sin embargo, el pensamiento dogmático puro y autosuficiente, había llegado a su término al momento mismo de su culminación, con el llamado proyecto alemán de 1962.

Junto a él se alzó el proyecto alternativo alemán de 1966 de claro porte político criminal. En todos los países resurgió un fuerte movimiento que buscaba desentrañar el por qué de la intervención punitiva del Estado y al mismo tiempo sus límites con lo cual ya el análisis lógico formal de la norma no era suficiente en modo alguno, sino que resultaba imprescindible un análisis político de cada sistema jurídico y por tanto de su imbricación con la realidad. De ahí el gran susgimimiento de la Criminología, la aparición de la victimología y el desarrollo de nuevas orientaciones en el campo de Derecho penal, como el Derecho Penal mismo, y aún la revitalización de antiguas quimeras como es el caso del evolucionismo penal.

Es evidente y así aparece hoy en la mayoría de los países latinoamericanos, que no nos podemos contentar por los esquemas que ha desarrollado la dogmática, sin negar sin embargo la importancia que ella tiene, en especial desde una perspectiva justamente político-criminal; esto es, como garantía o límite frente al poder punitivo del Estado, en cuanto pone de relieve características de precisión, determinación, claridad en la complejidad, diferenciación de niveles conceptuales y coherencia en la teoría del delito. Pero eso no basta, pues precisamente la pretendida autosuficiencia ha llegado al extremo planteamiento de una realidad

normativa trans-espacial y que por tanto bastaría con copiar el mejor código existente (en principio, siempre europeo), lo cual naturalmente no significa negar la importancia del trabajo de derecho comparado, especialmente en cuanto permite recoger la experiencia y las soluciones frente a cuestiones semejantes y en especial la profundización y ampliación de los derechos humanos, acervo cultural que ha costado mucho a toda la humanidad.

Pero la preocupación básica y que ha de informar y subordinar toda elaboración dogmática, es definir cuáles son los objetivos perseguidos. Perspectiva desde la cual aparecen, en un sistema democrático, en relación al poder punitivo, determinados principios básicos, que precisamente son consecuencia de la elección de tal sistema democrático.

## II. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

### A. Consideraciones previas

Hay pues un primer nivel de análisis cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, que reside en los *principios inherentes a un Derecho penal democrático*. Es ésta la primera perspectiva y el primer desafío con el cual se enfrenta la política criminal en Latinoamérica.

Ahora bien, estos principios o garantías propios a un Derecho penal democrático, requieren de una revisión precisamente en razón del compromiso con la implementación concreta en una realidad dada.

También una idea dogmática trans-espacial tiene la pretensión de confundir la pura formalidad de la enunciación del principio con su materialidad de realización.

### B. La igualdad ante la ley

En primer lugar resulta principio básico y elemental garantista de un Derecho penal democrático la *igualdad ante la ley*. Esto es así en la medida de que ya desde la Revolución Francesa y así en todas las constituciones actuales, el principio de legalidad de los delitos y las penas es la "Carta Magna del ciudadano" moderno en materia penal.

Ya los planteamientos criminológicos en los países desarrollados ha señalado el carácter

esencialmente selectivo y estigmatizador del Derecho penal. Basta citar al respecto la teoría del etiquetamiento o de ley de "Labelling Approach" y que como ha destacado la Criminología Crítica, así como hay una desigual distribución de bienes, también hay una desigual distribución de la función punitiva.

Ahora bien, ello resulta mucho más patente en nuestros países por múltiples razones económicas, sociales y culturales. Por eso es que la perspectiva político criminal de igualdad ante la ley penal se transforma en un desafío. Esto es, lograr establecer conforme a cada realidad concreta, el máximo de garantías posibles con el fin político de que la desigualdad y la discriminación frente a la ley penal sea la menor posible. En otras palabras, es cierto que se puede reconocer un principio inherente a todo Derecho penal democrático, sea de un país desarrollado o no y en ese sentido es importante recoger la experiencia de otros países, con una historia más larga y rica en la profundización teórica, pero no es menos cierto que ello no basta, pues los principios no son autosuficientes y más bien son programas de acción que necesariamente implican, entonces, tener en cuenta la realidad y consecuentemente la realidad completa de cada país en que se van a aplicar. Así, por ejemplo, la perspectiva y el desafío del principio de igualdad ante la ley penal en nuestros países obliga a considerar en la mayoría de ellos la existencia de grupos culturales totalmente diferenciados, como es el caso de las culturas indígenas, lo que sucede aún en países que resaltaban su homegenidad cultural como es el caso de Chile, pero en los cuales, en verdad, la cuestión radicaba en una indiferencia u ocultamiento respecto de otros grupos culturales: caso del pueblo mapuche. Ello tiene repercusión no sólo en el ámbito del sujeto responsable, esto es, a nivel de las definiciones de inimputabilidad sino ya en el injusto, en cuanto puedo incluir, por ejemplo, la comprensión de un elemento normativo del tipo como si lago es "ajeno" o es "sin dueño" determinado, o bien el problema de cuáles son los derechos defendibles en la legítima defensa.

Por otra parte, la gran dimensión que alcanza la pobreza en nuestros países implica marginalidad en todo sentido: educativa, económica laboral, etc. Implica también un desafío político criminal respecto del principio de igualdad, pues evidentemente los hechos que surgen en el entorno de la pobreza tiñen de una determinada manera tanto lo injusto como al sujeto responsable; es decir,

tampoco basta con garantías puntuales, sino que se requiere implementar garantías globalizadoras, esto es, referidas a todo el sistema penal, que abarquen a todos los operadores del sistema, como a los organismos mismos. Así a los de seguridad pública, a la organización judicial, al régimen penitenciario, y de aplicación de penas en general. Luego, no sólo es necesario garantías que impliquen una mayor profundidad y complejidad en la fundamentación de los aparatos y operadores del sistema.

Ello no quiere decir que debemos dejar de lado situaciones concretas de discriminación, que pueden revertir tanto o más significación que las globales. Así, por ejemplo, nos encontramos con que es una realidad social muy difundida en nuestros países latinoamericanos la institución de la convivencia marital, es decir que no haya un matrimonio legal. Sin embargo, la ley penal en general sólo se refiere a la familia legal y no considera ni para atenuar o agravar la pena, ni para eximir de ella la vinculación fáctica que puede ser igual, o aún más fuerte que la puramente legal. También como una situación concreta y grave de discriminación frente los aparato del sistema penal está la posición en que se encuentra la mujer y los niños. Es así como el maltrato del marido a la mujer casada no es visto como una falta o delito de lesión, salvo en casos y extrema gravedad. Por tanto a pesar de la formulación de la ley, no hay persecución.

Del mismo modo, el delito de violación dada la forma en que se implementa en nuestra realidad, implica una nueva victimización de la mujer. No tiene el grado de persecución que debiera tener. En especial, en el caso de mujeres jóvenes, pues éstas prefieren evitar la segunda violación de su dignidad como personas que es lo que implica para ellas el curso del sistema penal.

### C. El principio de Proporcionalidad

Consecuencia del principio de igualdad es también el de *proporcionalidad*, en cuanto la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Ha de excluirse penas iguales para hechos diferentes, puesto esto implica también *discriminación*. Una afeción a la vida nunca puede tener la misma pena que una afeción al patrimonio.

Es por tanto un desafío político criminal, no fácil de superar en nuestros países, el ir

desmontando todo el sinnúmero de desigualdades y discriminaciones frente a la ley penal, y ello dado que el derecho penal es "extrema ratio" y por tanto su eficacia es muy relativa para la superación de la cuestión criminal, y más bien, es el derecho el que la define políticamente. También la eficacia de la eliminación de discriminaciones globales o puntuales es muy relativa. En otras palabras, no es que desconozcamos la función evidentemente simbólica del desmonte de discriminaciones, y por ello muy significativa desde una perspectiva político criminal, ya que los símbolos tienen gran fuerza real; pero es necesario añadir implementaciones instrumentales, en los aparatos y operadores del sistema penal, y más aún llevar a cabo las correspondientes políticas económicas, sociales o culturales. Si no se lleva a cabo también esto último caeríamos en el grave error de creer que la política criminal va a reemplazar o ser una alternativa a todo el entramado político social.

### Ch. El principio de Lisividad

Otro principio básico garantista de un Derecho penal democrático, es el principio de *lesividad*. Esto es, que sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.

En un sistema democrático, el principio básico de la igualdad ante la ley, que implica desde una perspectiva formal al de legalidad de los delitos y de las penas, desde una consideración material, implica el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada políticamente-criminalmente.

Ahora bien, como ya señalábamos anteriormente, la simple enunciación del principio, no significa su implementación real, pues el principio como tal es sólo un programa de acción. Más aún, hay que tener en cuenta desde un punto de vista conceptual que un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción en cuanto sea formalizado y es así como el

principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas. Tal es el caso de todas aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma. Esto es, que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico. Es la dogmatización del bien jurídico. No hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática. Se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De allí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal, y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político criminal. Es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado.

También desde un punto de vista conceptual, se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos a los cuales esta referido. Esto es, al distinguirse entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político criminales. En otras palabras, todas estas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son "propios" o "reales" y los otros son "impropios" o "artificiales". De allí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado sólo debe limitarse a los primeros. Esto es, afecciones a la vida, salud individual, libertad, honor, patrimonio; quedando por fuera, por ejemplo, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado, etc. Resulta, sin embargo, que tanto unos como otros son reales y están referidos a la persona, pues nada se saca con proteger la salud individual si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del medio ambiente. Es decir, hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema, y que son indispensables para que este permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones.

No hay fundamento, por tanto, para aquella clasificación que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a *todas y a cada una* de las personas de una colectividad o un sistema, y de este modo, desproteger *discriminatoriamente* a grandes mayorías y reducir la lesividad sólo a determinados sectores.

Otra cosa diferente es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones. El reside en la

afirmación de que los bienes jurídico políticos-criminalmente, en un sistema democrático, están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social. Planteamientos que siempre esconden el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector y no el desarrollo de todas y cada una de las personas como tales.

Pero más allá de estas disputas conceptuales, resulta que la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va a aplicar, y a recalcar que es sólo un programa de acción y que su eficacia para que sea efectivo requiere ser garantizada. Como ya señalamos anteriormente, la distribución de bienes es desigual, y más aún en nuestros países hay grandes capas de la población o que no gozan de determinados bienes, o lo hacen en forma muy precaria y porque ello mismo no quedan abarcados por el sistema penal en su protección, y más bien serán alcanzados o perseguidos por él, ya que de entre ellos saldrán en gran medida los que afecten a aquellos que gozan de todos los bienes en forma plena. Es una consecuencia lógico-diabólica de la distribución desigual de los bienes, por lo cual de partida entonces habrán un gran sector de la población que serán marginal al principio de lesividad, y más bien será aquel sobre el cual recaiga el sistema penal, en razón de ese mismo principio de lesividad. Un círculo vicioso diabólico.

Pero no sólo eso, sino que la exigüidad del disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva. No parece la misma lesividad de tener por horas o días a un vagabundo o a un poblador que a un profesional o a un empresario. No parece la misma lesividad el asalto a un banco que la destrucción de la cabaña o choza de un poblador. Luego también desde esta perspectiva, se produce la marginalidad de un gran sector de la población que no parece cubierta por el principio político criminal de la lesividad.

Más aún, esta misma desigual distribución de selectividad punitiva, lleva a que no se atienda a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y por otra parte se acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria. Esto es, que en definitiva, solo se protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales, o culturales.

En otras palabras, se contradice un planteamiento del Derecho penal, mínimo y de

deslegitimación del Derecho penal, que son las consecuencias inherentes a un efectivo principio de lesividad. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, el consumo, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestros códigos penales. Por nombrar solo algunos casos por los cuales se aumenta la marginalidad de grandes sectores de la población que sólo tienen la posibilidad entonces de ser ofensores pero nunca víctimas.

Por otra parte, también se puede distorcionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar en nuestros países el objetivo de *seguridad ciudadana o pública*. Esto es así, sobre todo, al ser sobredimensionado conscientemente, especialmente en momentos de transición, por otra parte, remarcando solo el problema de la violencia callejera. Se lleva así a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se implemente o defina desde esta perspectiva, con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad que sólo abarcará determinado sector y dejará sólo como posibles agresores a grandes mayorías que siempre quedan como presunto peligroso, y es por eso que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos. Esto puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada inseguridad subjetiva es muy fácil de manipular, y por tanto crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva, selectiva, y discriminatoria del sistema penal, con lo cual, entonces, se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone en primer término la seguridad del orden por encima de la persona y su desarrollo como tal. Luego también, la perspectiva política criminal en razón al principio de lesividad de vuelve un desafío.

También hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar sumamente restringido o desvirtuado si son muy pocos los que disfrutan de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos.

#### D. El principio de Responsabilidad o Culpabilidad

Otro principio básico político criminal, es el principio de la responsabilidad o culpabilidad, que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana.

La persona en un sistema democrático es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de éste. Necesariamente la intervención del Estado ha de considerarse como límite y legitimación de su intervención la responsabilidad de la persona. Esto implica, consecuencialmente, que toda persona tiene responsabilidad, no hay personas irresponsables y que por tanto el Estado tiene un derecho sobre ella.

Ahora bien, el principio de responsabilidad lleva no sólo al excluir la llamada responsabilidad objetiva, que por tanto no es personal en el injusto o delito sino también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema penal, lo cual implica entonces la *co-responsabilidad del sistema*, pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia. Se trata, entonces, de las discusiones de la responsabilidad del sujeto por su hecho, o la llamada *culpabilidad o responsabilidad por el hecho*.

Ahora, también en este caso, un principio material como señalábamos requiere de su implementación, y también en un análisis en el solo nivel conceptual puede ser formalizado. Formalización que ha sucedido en el pensamiento puramente dogmático, que partió del dogma o presunción del llamado *libre albedrío* y que por tanto la intervención punitiva del Estado sobre el sujeto, tenía una fundamentación absoluta y no era cuestión de definición desde objetivo político-criminales en un sistema democrático. Formalización que también se produce con la llamada prevención general positiva que al partir de la presunción de derecho que la pena integra sobre la base del reafianzamiento de la conciencia jurídica, reduce a la persona a un puro ente jurídico, y por tanto es inmanente a él su fidelidad o infidelidad al derecho. Luego ese es el fundamento absoluto de la intervención punitiva del Estado; pero más allá de estas cuestiones conceptuales es necesario considerar los aspectos propios a la implementación de este principio. En primer lugar, hay que señalar que nuestro sistema en su conjunto y en específico el sistema penal, establece fuertes estigmatizaciones por razones económicas,

sociales, culturales y aún étnicas en ciertos casos, que restringen la autonomía ética de la persona frente al Estado, convirtiéndola más bien en un objeto de instrumentalización; con lo cual entonces, se desnaturaliza el principio de responsabilidad, pues se otorga al Estado un derecho sobre el sujeto, en razón de sus características económicas, sociales, culturales o étnicas. Es decir, de algún modo emerge la tendencia de un derecho penal de autor que aparece reafirmado por un predominio vulgar de la idea de peligrosidad del positivismo naturalista, que, como ya lo hizo en su oportunidad al enunciar su tesis, desde las personas que estaban en la cárcel predica tal rasgo de peligrosidad, precisamente respecto de los marginalizados por el sistema. Con lo cual, entonces, nuevamente se cae en un círculo vicioso diabólico. Es decir, quienes sufren una desigualdad distribución de bienes, en razón de ese déficit social, son luego además caracterizado como esencialmente peligrosos, y por tanto se parte de una presunción de responsabilidad respecto de ellos en la praxis del sistema penal.

Por otra parte, el sistema penal y sus operadores tienden a no considerar las diferenciaciones existentes, al interior del sistema entre las personas, lo cual es básico para una real eficacia del principio de igualdad en relación a la dignidad de la persona y a su responsabilidad. Ciertamente, el sistema no puede exigir la misma responsabilidad a aquellos que se mueven en mundo de códigos diferentes a los homogéneos, como es el caso de los indígenas, de los niños, de los enfermos mentales, etc. Es decir, la perspectiva político criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad se convierte en un desafío, en la medida en que es necesario establecer las garantías necesarias con el objeto que el sistema y sus operadores den cuenta por una parte de qué han hecho para otorgar a esa persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo, y por otra parte, de las circunstancias en que esta persona se encontraba, a pesar de esas condiciones suficientes otorgadas, permitan exigir dicha respuesta.

Es por eso que siempre *responsabilidad es igual a exigibilidad*, esto es, se trata de determinar y por tanto garantizar qué es lo que puede exigir el sistema y sus operadores de una persona, y ello no es una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino una cuestión a resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático.

## E. El principio de la Indemnidad Personal

Por último y sin naturalmente agotar todos los principios garantistas, es un principio elemental de un derecho penal democrático, que proviene igualmente de un principio de dignidad de la persona y su autonomía ética, el de la *indemnidad personal*; es decir, la sanción a aplicar no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona ni sus derechos, la persona no puede ser instrumentalizada por la sanción, no puede ser medio para fines más allá de ella misma, ni tampoco se le puede cercenar de tal modo sus derechos que ello implique una limitación extrema de sus capacidades de desarrollo personal. En tal sentido, en nuestros países hay que luchar contra la práctica de sanciones para-estatales que dan lugar a una doble ética en Latinoamérica, por una parte constituciones en las cuales se recogen todas las declaraciones de derechos humanos y por otra parte, una organización de facto dirigida o apoyada desde el Estado, que viola todos estos derechos; como denuncian todos los organismos internacionales: la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, las ejecuciones sumarias, por citar aquellas transgresiones más graves, son frecuentes en muchos de nuestros países. Es uno de los primeros problemas que tiene que afrontar una política criminal democrática, con el objeto de garantizar que ello no suceda o no vuelva a suceder.

Pero no sólo en el ámbito para-estatal hay graves transgresiones al principio de la indemnidad personal, sino también en las sanciones propiamente estatales. En ese sentido hay que garantizar la no aplicación de la pena de muerte, de la pena de presidio perpetuo y de las penas excesivamente largas de privación de libertad o de privación de derechos, pues todas ellas afectan a la esencia de los derechos de la persona, impidiéndole entonces su desarrollo.

Más aún, aparece hoy crimino- lógicamente comprobado, y más en nuestros países, los efectos de despersonalización de las penas privativas de libertad. Las penas privativas de libertad implican una doble violencia, por una parte, por el efecto desintegrador sobre la persona, y por otra por ser de carácter discriminatorio, ya que generalmente recaen precisamente sobre personas que han tenido graves déficit sociales, pues por lo general, las personas que están en cualquier cárcel del mundo, son aquellos que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.



De allí que ha de tenderse a aplicar lo menos posible la plena privativa de libertad y a buscar sustitutivos o bien alternativas a ella, con el objeto justamente de evitar sus efectos nocivos para la persona. Más aún, dada la co-responsabilidad del Estado, las sanciones han de contemplar cuando el caso lo requiera, formas de apoyo a la persona con el objeto de que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales de un modo diferente al de los hechos delictivos. La pena o sanción no puede ser simplemente un castigo; sino tiene que ofrecer alternativas diferentes para la solución de los conflictos. Es por eso que las penas tampoco pueden ser rígidas en su mínimo, sino que han de ser abiertas, con el objeto que el juzgador, llegado el caso, y de acuerdo con el principio de necesidad, de la pena, íntimamente ligado al de indemnidad personal, pueda prescindir también de ello.

El principio de la necesidad de la pena ha de regir todo el sistema penal, ya desde la persecución policial, ya que a menudo por ejemplo, en hechos de poca monta, la detención de un joven puede ser sumamente perjudicial y sin embargo, basta con llamar a la familia, al asistente social respectivo, o a la educadora, en el mismo sentido en el proceso penal también tiene que verse influido por la necesidad de la pena y por tanto en gran cantidad de delitos puede ser preferible terminar el proceso con una conciliación y no con una sentencia condenatoria.

Indemnidad personal y necesidad de la pena son un desafío político criminal en cuanto requiere de garantización en nuestro sistema, dado el hecho que la mayoría de las personas a las cuales se les aplica la pena en nuestros países, son aquellas que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, perspectiva político criminal significa determinación de los principios básicos de un derecho penal democrático, dilucidación de su contenido, pero desafío político criminal significa entender que todo principio es sólo un programa de acción y requiere por ello de implementación en una realidad concreta, la nuestra Latinoamericana con el objeto de establecer sino algo diferente al derecho penal como decía Radbduch, por lo menos un Derecho penal más humano, esto es únicamente de los hombres y para los hombres.

### PREGUNTAS

**La discriminación y desjudicialización que restringe el ámbito del derecho penal, ¿no cree ud. que nos hace pensar en tendencias abolicionistas?**

No, el planteamiento abolicionista lleva a la desaparición del Derecho penal y esto es lo que ha sostenido. Otra cosa totalmente diferente es el planteamiento de que la intervención punitiva está regida por el principio de la "última ratio", y hoy los organismos internacionales no solamente hablan de "última ratio" sino de "extrema ratio". Es decir que la intervención punitiva solamente debe plantearse cuando se trata de afecciones graves o bienes jurídicos, o sea de aquellos intereses considerados más elementales y básicos dentro de la organización social.

Como se sabe, desde los inicios de una investigación policial ocurren sucesos graves y se está afectando a los derechos de la persona. Se produce allí una contradicción inevitable, pues por una parte, entre las constituciones están planteando la protección a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Cualquier Constitución de hoy dice en su primer artículo que la base de todo el sistema social es la libertad de las personas, su dignidad sin embargo, justamente el Derecho penal, lo primero que afecta es la libertad y la dignidad de las personas, ya sea a través de la pena de prisión, o de las estigmatizaciones que significan varias medidas del Derecho penal. Por eso les he dicho que el Derecho penal va a ser, siempre mientras haya Estado, una lamentable necesidad. Eso hay que restringirlo al mínimo posible y dejar el resto a políticas económicas, sociales, culturales, también de carácter de control de un tipo informal dentro de los sistemas sociales. Por eso es que el Derecho penal solo tiene de limitarse a regir en aquellos aspectos mínimos y básicos dentro del sistema.

Algo totalmente diferente es lo que plantea la teoría del abolicionismo penal, que pretende la sustitución completa del Derecho penal. Lo cual a mi parecer es hoy una quimera y podría producir efectos totalmente contrarios a los fines que esa teoría pretende perseguir, como ya se ha demostrado en algunos sistemas sociales, donde aun en cosas parciales se pretendió la abolición total; como un ejemplo en California o Suecia, cuando se planteó la total abolición de la pena de prisión o de las cárceles y que lo único que se consiguió fue aumentar una serie de controles

discriminatorios y que afectaban mucho más a la persona.

**¿Cree ud. que el desaparecimiento de personas debería de tipificarse en toda la legislación penal latinoamericana?**

Yo creo que no hay que confundir. Cuando se habla de Derecho penal mínimo, no es solamente de una tendencia descriminalizadora, sino también de una tendencia criminalizadora. Se trata de averiguar cuáles son aquellos intereses más importantes de la sociedad y cuáles son las afecciones más graves a esos intereses, y ello puede implicar descriminalización, pero también criminalización. Para el caso, del castigo a todas aquellas afecciones a la calidad del consumo; del de todos los delitos socioeconómicos, o delitos ecológicos. Está demostrado en cualquier país que la dañinidad de afecciones como las ejemplificadas, es mucho más significativa que cualquiera de aquellos delitos tradicionales. Se trata de miles de personas afectadas por ese daño. De modo, entonces, que no es solamente un proceso de descriminalización, sino también de criminalización.

Es evidente desde esta perspectiva que hay ciertos derechos o intereses que afectan a toda la humanidad como tal, que son el patrimonio de toda la humanidad, como es el caso de la tortura, el desaparecimiento forzado de personas o las ejecuciones humanas. Esas afecciones a la humanidad como tal, al patrimonio humano, deben ser justamente penalizadas.

**Para países latinoamericanos como El Salvador, que ha vivido en conflicto durante 12 años consecutivos, ¿Consideraría usted la posibilidad de investigar sobre la llamada patología de la violencia del post-guerra, con el fin de determinar ajustes en la política criminal y legislación penal en general?**

En todo país que ha pasado por un conflicto, parece que el estudio de la violencia y de los procesos que generan la violencia es de una importancia básica para ese país. Es ese el descubrimiento de la vida, la revelación de la vida y la condena por todos los procesos de generación de la violencia. Es la primera forma para llegar a la paz, para llegar justamente a las vías no violentas.

# SOBRE LA PERSONALIDAD \*

**Antonio Beristain**  
**Catedrático de Derecho Penal**  
**Director del Instituto Vasco de Criminología,**  
**SAN SEBASTIAN**

Homenaje a Jean Pinatel (Pau, Bayona, San Sebastián, 18-20 mayo 1989)

## 1. JEAN PINATEL PIONERO

Nos hemos reunido en este Coloquio Internacional para continuar las investigaciones acerca de la Criminología clínica, en homenaje al Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Criminología, Jean Pinatel, Doctor "honoris causa" de la Universidad de Montreal, premio Beccaria (medalla de oro), y profesor en la Facultad de Derecho de Pau, en el Instituto de estudios jurídicos de Bayona y en el Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián.

La señera figura de este vasco universal emerge ante todo el mundo como una pirámide triangular. Las fachadas y el contenido de esta pirámide criminológica se prestan a múltiples consideraciones. Hoy y aquí me limito a recordar sólo algo de sus grandes líneas maestras.

Pinatel ha sido el gran pionero de la ciencia criminológica, de la ciencia interdisciplinar. Salió él, muy temprano, a sembrar la semilla que después nosotros, sus discípulos, compañeros, amigos y colegas, tenemos la satisfacción de cosechar y de seguir sembrando.

Desde mi perspectiva cultivo preferencialmente el campo filosófico, el criminológico y el teológico, referidos principalmente a la Criminología clínica y, más en concreto, a la personalidad del criminal<sup>1</sup> y, también, a la personalidad de la víctima y del

operador de la justicia. Muchas de las páginas escritas por Jean Pinatel conservan hoy y conservarán mañana fuerza para iluminar el obscuro mundo de las estructuras sociales injustas que tenemos cada ciudadano.

Este artículo será publicado, en francés, en "La personnalité criminelle. Actes des Journées J. Pinatel", Editions Eres, Francia.

1. J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, T. III: Criminologie, 2ª edición, Dalloz, Paris, 1970, pp. 323 ss., 3ª edición, 1975. IDEM, *Le phénomène criminel*, MA Editions, 1987. IDEM, "Criminologie clinique et modèles", en A. BERISTAIN, R. OTTENHOF (Compiladores), *Délinquance et inadaptation juvéniles*, XXVI Curso internacional de criminología, Pau, Bayona, San Sebastián, 5-12 mayo 1976, Ed. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1977, pp. 175 ss. G. CANEPA, "Les perspectives biologiques et psychologiques dans le domaine des études cliniques sur le comportement criminel", en *La Criminologie. Bilan et perspectives. Mélanges offerts à Jean Pinatel*, A. Pedone, Paris, 1980, pp. 183 ss. J.L. DE LA CUESTA, "La reforma de la legislación tutelar: ¿un Derecho Penal de menores y jóvenes?", en A. BERISTAIN, J.L. DE LA CUESTA (Compiladores), *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, UPV/EHU, Bilbao, 1986, pp. 162 ss. R. OTTENHOF, "Por un análisis específico de la criminalidad femenina", en A. BERISTAIN, J.L. DE LA CUESTA (Compiladores), *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Mensajero, Bilbao, 1989, pp. 47-53. J.C. HERAUT, "Nouvelles contributions au débat sur la question de la personnalité criminelle à partir de l'épreuve de Rorschach", en J.L. DE LA CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 247 ss.

## 2. CONSIDERACIÓN FILOSÓFICA

*Filosóficamente*<sup>2</sup> podemos estudiar la persona y la personalidad en su triple función de agente, autor y actor.

La persona, en cuanto agente de sus actos, ejecuta muchos actos de modo semejante al resto de los seres vivos, como pueden ser andar, ver, sentir, etc. Por lo tanto, la persona es un agente natural. En terminología escolástica se trata de *actus hominis*.

Además, la persona es también *autor* de sus actos. En este punto se diferencia de los animales puesto que el animal no es autor de nada, no tiene dominio ni de su andar; al animal no cabe imputarle subjetivamente lo que hace. En cambio, el hombre sí es autor de sus actos, cuando éstos son libres; sobre todo cuando resultan de una opción fundamental. La persona es autor de sus acciones en múltiples sentidos, en cuanto que los realiza, los domina, los ve (la postura *vidente*, finalista, de Hans Welzel). También porque él deviene de una manera o de otra, por su ser y por su hacerse a lo largo del actuar, embridando sus comportamientos. De este modo los actos le van configurando. Los escolásticos hablan de *actus humanus*.

Ultimamente, la persona aparece también como *actor* de su vida situacional. El hombre se encuentra, nace, situado; inexorablemente inscrito en una trama, en una situación, en una estructura social, en una biografía familiar, individual, local, nacional e incluso planetaria; en una realidad de la que no es dueño, como muy bien le dijo Mefistófeles a Fausto, "tú crees que empujas a la realidad, cuando en verdad tú eres empujado". No en vano solemos decir "le ha tocado vivir en estas circunstancias", le ha tocado representar un cierto papel en la vida. Toda persona es sujeto hablante<sup>3</sup>.

Por eso Ortega resumía su cosmovisión de la persona como "yo soy yo y mis circunstancias".

Estas tres funciones o estructuras de la persona y de la personalidad confluyen en la modulación de actos, opciones que configuran la personalidad. Este conjunto sistémico de actos opcionales enmarcados en el escenario del teatro de la vida social pública no pueden

menos de calificar a quien los produce.

Lo cualifica, lo configura, porque aquello que ejecuta, que hace y que representa, pertenece a sí mismo como realidad subsistente, como realidad religada y como realidad de la inteligencia sentiente.

El hombre no sólo *ejecuta* unos actos, sino que en una u otra forma *se los apropia*, y estos actos *le conforman*, le configuran. Consecuentemente, le califican inexorablemente en sentido positivo cuando actúa meritoriamente, altruísticamente; y le estigmatizan como marginado o como delincuente si se comporta de una manera nociva para la sociedad. La personalidad, dada la implicación ontológica entre el ser y el tiempo, el Sein y el Zeit heideggeriano, es un precipitado histórico-temporal del contenido de los actos y acciones y representaciones que el yo va ejecutando, actuando y representando.

Nuestra personalidad coordina, pues, dimensiones opuestas: por una parte, ser el centro de su vida y, por otra parte, como indican Martín Buber, Lacan y otros, ser excéntrico, volcado a los demás.

Coordina la oposición entre la estabilidad *versus* la continuidad, el "panta rei", todo cambia, aunque no existe el tiempo. El mismo río cambia continuamente, y simultáneamente integra el mismo ser que permanece *versus* el continuo diverso de lo que hace. La persona "evoluciona hacia convertirse cada vez con mayor aceptación en proceso, fluidez, cambio. Vive de modo más existencial, viviendo plenamente en cada momento"<sup>4</sup>.

El movimiento (el *werden*, el *fieri*) progresivo de *qués* de singularidades, de

2. En estas notas tengo muy en cuenta los puntos de vista de Xavier Zubiri en su libro *Sobre el hombre*, Alianza, Madrid, 1986, pp. 125, 149 ss.

3. M. CORBI, *Análisis epistemológico de las configuraciones axiológicas humanas. La necesaria relatividad cultural de los sistemas de valores humanos; mitologías, ideologías, ontologías y formaciones religiosas*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1983, pp. 494 s., 635 JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 385, 536, considera a la persona como subsistema psicofísico con su papel funcional.

4. C. R. ROGERS, "Toward becoming a fully functioning person", en A.W. COMBS (ed.), *Perceiving, Behaving, Becoming*, 1962 Yearbook, Amer. Assn. for Curriculum Development. Washington, D.C., p. 25.

opciones radicales, van modulando, conformando, al hombre a la figura que ha obtenido y va obteniendo a lo largo de su vida, va delimitando y colocando al hombre en el escenario, en la situación.

Resulta, pues, la personalidad como un todo sistémico, clausurado, intelectual, sentiente y religado. Como el conjunto de tres palabras (yo, me, mí) que expresamos cuando decimos yo me conozco a mí, yo me siento a mí, yo me encadeno a mí, como el Prometeo encadenado. En francés y en inglés se patentiza también este desdoblamiento, como indica Aranguren, con la acuñación verbal *je y I, moi y me*<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta la evolución de las fases y los estadios del conocimiento humano formulados por Comte, constatamos que el hombre intelectual ha superado la primera etapa mágica o teológica del pensamiento antiguo, incluso ha superado también hoy la etapa metafísica o abstracta, es decir, el racionalismo ilustrado, y ha pasado a una etapa epistemológica racional pero metalógica y metarracional. Actualmente, el filósofo, el operador de la ciencia no se encuentra reflejado en *El pensador*, de Rodin, centrado en el cerebro, sino en la *Venus*, de Dalí, pues además de las vías de conocimiento lógico, avanza por caminos más profundos: el conocimiento cordial, el conocimiento entrañable, como indican Enomiya-Lasalle y tantos otros especialistas de la ciencia del conocer<sup>6</sup>.

Esta orientación filosófica acerca de la persona y de su concienciación, de su reconocerse, halla apoyos en España, hace muchos siglos, ya en Séneca (3 a.C. - 65 d. C.) especialmente en su *Tratado "de ira"* y en su "Carta a Lucilio", nº LXXX, que encuentra un complemento notable en Huarte de San Juan, con su famoso libro de *Examen de ingenios para las ciencias. Donde se muestra la diferencia de habilidades que ay en los hombres, y el género de letras que a cada uno responde en particular. Es obra donde el que leyere con atención hallará la manera de su ingenio, y sabrá escoger la ciencia en que más ha de aprovechar y si por ventura la uviere ya profesado, entendera si atino a la que pedía su habilidad natural. Compuesta por el doctor Juan Huarte de sant Juan natural de sant Juan del pie del puerto* (1575), en Francisco de Quevedo, cuando escribe: "No olvides es comedia nuestra

vida...; acuérdate que dios, de esta comedia... es autor que la hizo y la compuso...; al que dio papel breve sólo le toca hacerle como debe... si te mandó que hicieses la persona de un pobre o de un esclavo de un rey o de un tullido... sólo está a tu cuenta hacer con perfección tu personaje..."<sup>7</sup>, y después en la moral casuística de los jesuitas del siglo XVI y XVII, como explica Julio Caro Baroja<sup>8</sup>, y en las publicaciones del Xavier Zubiri, del cual he tomado en especial consideración su libro *Sobre el hombre*.

### 3. CONSIDERACIÓN CRIMINOLÓGICA

En el aspecto *criminológico*, los escritos de Pinatel respecto a la personalidad del delincuente han tenido amplia resonancia en España<sup>9</sup> (y empieza a tenerla también la personalidad de la víctima, del juez, del policía

5. José Luis L. ARANGUREN, "Autopercepción intelectual de su proceso histórico", *Anthropos. Revista de Documentación científica de la cultura*, núm. 80, Barcelona, enero 1988, p. 19.
6. C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985, pp. 193 ss. F. CAPRA, *El Tao de la física. Una exploración de los paralelos entre la física moderna y el misticismo Oriental*, Luis Cárcamo, Madrid, 1984, pp. 35 ss. H-M ENOMIYA-LASALLE *¿A dónde va el hombre?*, Sal Terrae, Santander, 1982, pp. 132. IDEM, *Vivir en la nueva conciencia*, Paulinas, Madrid, 1987, pp. 159 ss. J.M. CONDRA, *La psicoterapia de Carl R. Rogers*, Desclée de Brouwe, Bilbao, 1981, pp. 316 ss. J. MONTSERRAT, *Epistemología evolutiva y teoría de la ciencia*, UPCM, Madrid, 1984, pp. 454 ss. M. TALBOT, *Misticisme et Physique Nouvelle*, Mercure de France, Le Mail, 1984, pp. 197 ss.
7. Cfr. Michèle GENDREAU, *Héritage et Création: Recherches sur l'humanisme de Quevedo*, Librairie Honorée Champion, Paris, 1977, pp. 130 s.
8. J. CARO BAROJA, *Las formas complejas de la vida religiosa: Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII*, Akal Editor, Madrid, 1978, pp. 22 ss., 281 ss., 519 ss.
9. También en otros países. Y no sólo en los latinoamericanos. Las investigaciones de C. Bottardi, R. Sbrana y E. Di Marco acerca de las actividades de los expertos respecto a la personalidad de los detenidos, muestran que hoy este campo atraviesa una crisis profunda, cultural e institucional. Cfr. G. CANEPA, "Non-custodial Treatment Between Electronic Surveillance and Clinical Approach", en INTERNATIONAL PENAL AND PENITENTIARY FOUNDATION, *The Elaboration of Standard Minimum Rules for Non-Institutional Treatment*, Bonn, 1980, p. 173.

y del penalista, etc.). Eco principalmente positivo, de aceptación, aunque también, como otras aportaciones pioneras de Pinatel, encuentra algunos comentarios críticos, incluso adversos. Parece oportuno formular ahora unas observaciones breves respecto a su importancia, sus dificultades y sus censuras.

Alcanza importancia notable tanto en el campo preventivo, en la mal llamada (y criticada por López Rey, entre otros) peligrosidad y rehabilitación social, como en el campo judicial y penitenciario. La Propuesta de nuevo Anteproyecto de Código penal del año 1983, en varios artículos, pide -mejor dicho, presume- la existencia y la actuación del perito criminológico<sup>10</sup>. Desde hace varios decenios, los encargados de la ejecución penitenciaria en España acogen -más o menos- cuatro rasgos principales de la personalidad del delincuente, según la teoría formulada por Jean Pinatel, y desarrollada por sus continuadores: egocentrismo, labilidad emocional, agresividad e indiferencia afectiva.

Esta teoría encuentra también dificultades en amplios sectores, como puede verse en las publicaciones criminológicas actuales. H.J. Schneider<sup>11</sup> informa con objetividad sobre las teorías e investigaciones de la personalidad criminal en los últimos decenios. Opina el criminólogo de Münster, que esta teoría tropieza con dificultades y limitaciones frente a las diversidades y variedades de la Criminología.

Especial comentario merece el eco que encuentra en algunos capítulos del inteligente y documentadísimo *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, de Antonio García-Pablos. Concretamente, cuando trata de las explicaciones psicológicas y psicopatológicas del comportamiento criminal (pág. 380), se puede leer: "La teoría de la personalidad criminal se halla, sin embargo, hoy abandonada, por más que en la década de los setenta, como ya se verá, YOCHELSON y SAMENOW intentasen resucitarla, con escaso éxito".

Antonio García-Pablos, en no pocas páginas, se refiere a los comentarios negativos y positivos<sup>12</sup>, que encuentra entre los criminólogos la doctrina de la personalidad criminal. Aunque esta "introducción" no aborda los problemas de la "intervención" o

"tratamiento" del hombre delincuente, ni los relativos a la "prevención" del crimen, sin embargo, García-Pablos cita más de una docena de veces a Pinatel; lo cual patentiza que aprecia notablemente su aportación científica.

Al final del libro, al exponer los problemas y las tendencias de la Criminología en la actualidad (pp. 682 s.), resalta la progresiva menor incidencia del examen de la personalidad del delincuente, ya que, en puridad, no es el delincuente sino la sociedad la necesitada de resocialización (p. 688). También subraya Antonio García-Pablos las posturas de aquellos que, partidarios de la psicología de la forma, se oponen tanto al conductismo como al factorialismo, pues entiende que el delito (p. 446) es algo complejo, organizado, una estructura total, y no una simple respuesta a un estímulo, ni un conjunto cuya esencia pueda captarse descomponiendo por vía analítica sus rasgos o sus factores. Sin embargo, por otra parte, admite el proceso evolutivo de cada uno de cuyos momentos matiza el grado de desarrollo moral del individuo y las características singulares de su razonamiento y de sus respuestas. También reconoce la importancia de la personalidad criminal y de la Criminología Clínica en el programa oficial (por él elaborado) para el Cuerpo Técnico de Prisiones, cuyo tema 54 dice así: "Teoría y praxis criminológicas: La Criminología Clínica. Postulado de la Criminología Clínica. Particular referencia a la obra de Pinatel. El método de la Criminología Clínica.

10. Arts. 75, 1<sup>ª</sup>; 84, 3<sup>ª</sup>; 87, 2<sup>ª</sup>; 100, 3. Algunas críticas contra el informe criminológico aquí y ahora formula DEL TORO MARZAL, Alejandro, "La paralización de la pena en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal", en *Documentación Jurídica*, número 37/40, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, volumen I, enero-diciembre 1983, pp. 199 ss., 206 s.

La actual legislación penitenciaria española hace insistentes referencias a la personalidad del delincuente. Por ejemplo: Ley Orgánica General Penitenciaria (26 septiembre 1979), arts. 10.1; 60.1; 62.a, b); 63; 64.2; 65.2, 3, 4; 66.2, y su Reglamento (8 mayo 1981), arts. 240. a); 242.2; 273. 4<sup>ª</sup>; 282.1<sup>ª</sup>.

11. H.J. SCHNEIDER, *Kriminologie*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1987, pp. 394 ss.

12. A modo de ejemplo paradigmático, pueden verse las pp. 382 ss.

Diagnóstico, pronóstico y tratamiento. Aportaciones de la Criminología Clínica en el ámbito penitenciario, en el jurisdiccional y en el de la investigación criminológica. El futuro de la Criminología Clínica".<sup>13</sup>

Muchos criminólogos insisten, como algo indiscutible, en la aportación actual de la personalidad "criminal" para estudiar no sólo la personalidad de los autores del delito sino también la de los crimino-resistentes, y ya se empieza también a analizar la personalidad (¿"criminal?") de la víctima de las infracciones<sup>14</sup>. Quizás no se ha investigado todavía suficientemente la personalidad de los operadores de la justicia, como pueden ser los profesores de Derecho penal, los policías, los jueces, los funcionarios penitenciarios, los asistentes sociales, los trabajadores voluntarios, etc.

Antes de pasar al tema siguiente, recuerdo la opinión ponderada de G. Kaiser: "...la hipótesis básica de que los criminales se distinguen de los que no lo son por las características de la personalidad resultó ser tan fuerte que, a pesar de una sólida crítica, no ha podido eliminarse por completo hasta la actualidad"<sup>15</sup>.

#### 4. CONSIDERACIÓN TEOLÓGICA

Por fin, también desde la perspectiva teológica podemos auscultar la personalidad del delincuente, de la víctima y de los operadores de la justicia, y deducir algunas consecuencias aplicables a investigaciones posteriores.

En el País Vasco los mitos multiseculares, preindoeuropeos, describen con frecuencia la personalidad de la mujer del caserío, la *etxeoandre*, el eje del culto doméstico, de la cultura, incluso del mundo económico, social, cultural y religioso. La diosa Mari sentada en la puerta de una cueva profunda, con su espejo y su peine en la mano adereza su larga cabellera de oro que se refleja a la luz del sol... para llevar a cabo el control social (como diríamos en jerga profesional-criminológica). Sin duda, es también un símbolo de la justicia.

El mito bíblico de Caín y Abel pervive a lo largo de toda nuestra cultura. Amplios estudios del caínismo últimamente han suscitado nuevas atenciones. Hoy se patentiza el acierto de Antonio Machado en su

carta a Miguel de Unamuno desde Baeza, el 16 de enero de 1918, cuando le escribe: "Recibí su *Abel Sánchez*, su agrio y terrible Caín, más fuerte a mis ojos que el de Byron... Caín, hijo del pecado de Adán, desterrónó el páramo virgen, por él se convirtió el paraíso en tierra de labranza. La segunda vuelta de arado la dio Jesús, el sembrador. Aprendamos, no obstante, a respetar a Caín, porque sin él, Jesús no hubiera tenido tierra en qué sembrar. Encuentro muy justificado que Vd., tan evangélico, torne a menudo al Viejo Testamento, y que un humanista, como V., encuentre inspiraciones en el libro humano por excelencia. Su *Abel Sánchez* es libro precristiano que V. -el hombre del Cristo en el pecho- tenía que escribir para invitarnos a expulsar de nuestras almas al hombre precristiano, al gorila genesiaco que todos llevamos dentro"<sup>16</sup>. La biblia traza como rasgo básico de Caín la envidia, el odio a nuestro hermano, como indica Machado.

Por otra parte, el mensaje evangélico insiste en la prohibición de no separar el trigo y la cizaña, insiste en la posibilidad de que cualquier semilla germine, cualquier persona negocie con sus talentos, los multiplique, produciendo resultados más o menos gratificantes. Pero, la Biblia, desde la primera hasta la última página, distingue la persona del pecado frente a la persona del profeta, la persona de la víctima y la personalidad del operador de la justicia (en sentido profundo, liberador, *Tsedagah*, frecuentemente mal interpretado por los exegetas)<sup>17</sup>, sobre todo del juez.

13. Cfr. Suplemento al Boletín núm. 1529, p. 22.

14. E. NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Universidad, Buenos Aires, 1984, pp. 57 ss. L. RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, México, 1988, pp. 81 ss.

15. G. KAISER, *Introducción a la Criminología*, 7a. edic., Dirección-Traducción J.Ma. Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988, p. 89. Cfr. IDEM, *Strafvollzug im Europäischen Vergleich*, Darmstadt, 1983, p. 250.

16. A. MACHADO, *Prosas Completas*, Edición crítica de Oreste Macrí con la colaboración de Gaetano Chiappini, Espasa-Calpe, Madrid 1989, pp. 1599 ss.

17. Cfr. Eugen WIESNET, *Die verratene Versöhnung: zum Verhältnis von Christentum und Strafe*, Patmos, Düsseldorf, 1980, pp. 32 ss.

Y, por fin, en la teología cristiana se destaca la nobleza profunda, inabarcable, de la persona como imagen de Dios, imborrable.

Teológicamente, Bernhard Häring acierta cuando insiste en la urgencia de acabar con las imágenes hostiles de los delincuentes, hay que demostrar sistemáticamente los

fantasmas del delincuente como un demonio, o como un pecador (Cfr. Bernhard Häring, *La no violencia*, Herder, Barcelona, 1989, pp. 155 ss.). Diversas investigaciones empíricas apoyan esta opinión del teólogo moralista e insisten en la indiscutible dignidad humana<sup>18</sup>.

---

18. E. RUIZ VADILLO, "El futuro inmediato del Derecho Penal. Los principios básicos sobre los que debe asentarse. Las penas privativas de libertad", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario, San Sebastián, 1988, pp. 166 ss. G. KAISER, *Introducción a la Criminología...* pp. 144 ss.



# EL PROCESO PENAL Y LA PERSONA HUMANA \*

*J.F. Martínez Rincones \*\**

Director del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela

"El hombre es el protagonista del delito, pero porque haya violado la ley, no pierde sus derechos, ni tampoco pierde su dignidad humana".

*José Rafael Mendoza Troconis*

## INTRODUCCION

El presente trabajo pretende ser un estudio en torno a un aspecto muy importante del proceso o enjuiciamiento al que pueden ser sometidas las personas en virtud que se les considere procesalmente sospechosas, de ser las autoras o partícipes de un hecho punible. El aspecto en cuestión es el de las reales relaciones que se pueden apreciar entre este procedimiento y el procesado, pero visto éste, el procesado, como persona humana y no como un simple engranaje de la maquinaria procesal.

En el caso de Venezuela el procesado penalmente es víctima, no sólo del encarcelamiento al que se le somete, sino también de las calamitosas condiciones de los establecimiento penitenciarios y del lento y burocrático desarrollo de la causa en los tribunales de justicia penal.

Apreciar esta relación puede servir de fuente esclarecedora y demostrativa de la metamorfosis sufrida por el hombre durante el proceso penal, al ser convertido en una cosa a la que se han sustraído todos los atributos esenciales de la persona humana, tales como la dignidad y demás derechos inherentes a ésta, provenientes de la propia y única

condición de ser hombre, a fin de criticar lo injusto y proponer los cambios que la historia reclama.

## I. EL PROCESO PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho Procesal Penal debe entenderse como la forma de reflejarse, de manera especial, el derecho adjetivo en la rama penal. Consecuencialmente, aparece formalmente contenido en las normas a las que deben someterse los jueces y las partes que intervienen en los procedimientos penales con la finalidad de esclarecer los hechos punibles sometidos a juicio.

Borjas<sup>1</sup>, señala que el Derecho Procesal

\*. Trabajo elaborado especialmente para las Séptimas Jornadas Internacionales sobre el Pensamiento Comunitario celebrado en Mérida, Venezuela año 1992.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes. Director del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela.

1. Borjas, Arminio. Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal. Ediciones Schenell. C.A. Caracas, Venezuela. 1973. p.17.

Penal, no es más que eso, la rama de la legislación adjetiva que crea el modo de averiguar o comprobar los hechos delictuosos, de descubrir sus autores y oír a éstos en juicio contencioso, a fin de que pueda dictarse en definitiva el fallo condenatorio o absolutorio que se corresponda con la verdad procesal demostrada en autos.

En este orden de ideas, el proceso penal representa la forma normatizada, socialmente admitida del Derecho Procesal Penal. Tales normas, por estar íntimamente ligadas a la persona humana, aparecen profundamente vinculadas a la Constitución Política de cada Estado, siendo en los pueblos libres donde dicho proceso adquiere mayor plenitud, al hacerse público y contradictorio, es decir que permite al acusado rechazar las imputaciones que se hicieren en su contra y probar su inocencia durante el debate probatorio<sup>2</sup>.

Con el desarrollo histórico de los derechos humanos y fundamentalmente a raíz de la Declaración Universal de éstos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, el reconocimiento de tales derechos por todas las naciones de la tierra se aceleró en forma no experimentada anteriormente y proporcionó a los pueblos un argumento fundamental, de carácter concreto, para que en el ámbito jurídico estos derechos penetrasen de manera profunda en el ámbito social y político del de las naciones, al asumir los pueblos los principios filosóficos y axiológicos de los derechos humanos para exigir su incorporación a todas las instituciones donde se requiera el respeto al fundamento ético de estos derechos, es decir el respeto a la dignidad humana. Tal y como lo expresa Eusebio Fernández<sup>3</sup> que el fundamento axiológico o valorativo de los derechos humanos no es otro que el derecho a exigir todas aquellas condiciones que "...consideramos indispensables, como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, exigencias derivadas de la idea de dignidad humana".

El Derecho Procesal Penal no podía quedar al margen de la evolución histórica de los derechos humanos y es así como se comienza a desarrollar todo un pensamiento crítico del formalismo dominante en el ámbito del proceso penal que frente al exegetismo formal opone la interpretación realista del

proceso, con miras a que se incorporen normas que admitan nuevas categorías, dentro del ámbito procesal, que garanticen el respeto del hombre como titular de derechos derivados de su esencial cualidad de persona humana de su inherencial condición de individuo histórico, hijo de una sociedad determinada que no puede desconocerle su condición fundamental de persona.<sup>4</sup>

Como se expresó en líneas anteriores<sup>5</sup> las normas procesales de naturaleza penal están íntimamente ligadas a la persona humana y por ello vinculadas a la constitución política de cada Estado, de cada sociedad. Tal vinculación no puede, ni debe limitarse a los aspectos formales del proceso penal, a la ordenación técnico-jurídica de los actos conformadores del proceso, al ámbito regulador del comportamiento de la parte acusadora -Fiscal o privada-, de la parte acusada -reo y defensa- y del Juez como voz del Derecho Judicial, sino que debe trascenderla a fin de que dicha vinculación -proceso penal y Constitución Política- penetre en el ámbito real del proceso penal y lo conduzca hacia su destino jurídico-social, en el que desde el punto de vista estrictamente procesal, sea, como lo expresa Devis Echandía<sup>6</sup>, un fin "...tutelar de la libertad y dignidad humanas y de la vida cuando exista la pena de muerte, impidiendo que las personas sean sometidas a penas privativas de aquella o de ésta sin el cumplimiento de las formalidades procesales y sin que se les haya

2. Idem. p. 18.

3. Fernández, Eusebio. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Editorial Debate. Madrid. España. 1984. p. 107.

4. Cabe mencionarse en este sentido el significado de persona que desarrolló Emmanuel Mounier, conforme al cual la persona es diferente del individuo, lo trasciende en sus valores, en su existencia y en su experiencia "personal" comunal y colectiva. Es diferente a él "...en lo que tiene de dominio, elección, formación y conquista de sí". "Es una presencia...". Ver. "Emmanuel Mounier". L. Guissard. Ed. Fontanella. Barcelona. España. 1965. pp. 60-61.

5. Borjas, Arminio. Supra. Cit. No. 2.

6. Devis Echandía, Hernando. Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal. Editorial A.B.C. Bogotá. Colombia. 1981. p.7.

probado plenamente su responsabilidad... y tutelar del orden jurídico, la paz y la armonía sociales, haciendo actuar la ley en los casos concretos, para establecer la responsabilidad que puedan tener determinadas personas respecto a los ilícitos penales investigados y las penas o medidas de seguridad que conforme a la Ley deban aplicárseles... Pero... indudablemente, que en beneficio particular de los imputados". Y que desde el punto de vista sociopolítico, conlleve a que durante, el período de enjuiciamiento del reo y el cumplimiento de la pena, si este resultare procesalmente culpable, se le respeten, como persona humana, sus derechos de hombre como ser social y se apliquen a los principios del Derecho Procesal Penal que se han ido desarrollando al amparo de la filosofía de los derechos humanos.<sup>7</sup>

Carnelutti<sup>8</sup>, desarrolló la tesis que distingue el objeto del proceso penal, del que corresponde al proceso civil, señalando que para este el objeto en el haber y para aquél, para el proceso penal lo es el ser. Tal concepción humanística, hunde sus raíces en la filosofía de la persona, en el humanismo cristianismo-trascendencalista que ve y considera que el hombre esencialmente un ser para la libertad, que proyectado en la universalidad ha de valorarse como autónomo, como un ser espiritual, autológicamente libre<sup>9</sup>. Esta concepción coincide con el planteamiento dicotómico de Marx sobre el *tener* y el *ser*, conforme al cual el tener limita al hombre su condición humana haciéndole egoísta y alejándolo del *ser creativo*, lleno de las posibilidades que cada hombre lleva consigo<sup>10</sup>, no como cualidad abstracta, sino como potencialidad reprimida por las condiciones históricos-sociales concretas, que niegan al ser sus valores de persona humana.

La afirmación de Carnelutti es de gran importancia para el avance de los derechos humanos dentro de la concepción de un proceso penal nuevo, es decir más ajustado a los fines esenciales que le correspondan como derecho tutelar de la libertad y de la dignidad humana, como lo expresa Devis Echandía, y donde necesariamente la cuestión de fondo es el hombre, la persona humana sobre la que se ha de definir su futuro inmediato, su libertad, sus posibilidades de acción como sujeto pensante.

En esa relación jurídica donde el hombre es el centro de gravitación del proceso, no puede dársele prioridad a la forma del comportamiento judicial, si este comportamiento agrade al ser dotado de dignidad, por encima del propio ordenamiento legal adjetivo en razón a que el proceso penal cuando niega su carácter defensorista y tutelador de la dignidad humana se transforma en una parodia de sí mismo, en su propia negación, convirtiéndose en un procedimiento ilegítimo y manifestamente injusto, contra el que hay que revelarse en nombre de la justicia y a favor de la persona humana.

En este sentido, cabe recordar que Couture<sup>11</sup> que en el 4º de los Mandamientos del Abogado afirmó con un incuestionable sentido ético que cuando exista un conflicto entre el Derecho y la Justicia, el abogado y por qué no el Juez, ha luchar por la justicia.

Este mandamiento debe servir de pauta

7. Contemporáneamente la filosofía de los derechos humanos considera que estos derechos son pre-jurídicos y que el gran valor de su existencia radica en el hecho de que se hagan efectivos mediante su incorporación al Derecho Positivo. Cfr. Eusebio Fernández. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Op. cit. supra. p. 106.
8. Carnelutti, Francisco. "Cuestiones sobre el Proceso Penal". Ediciones Ejea. Buenos Aires. Argentina. 1961. p. 67.
9. Rodríguez Arias - Bustamante, Lino. Cristianismo y Hombre Marxista. Ed. Temis. Bogotá. Colombia. 1983. p. 16.
10. Lino Rodríguez Arias-Bustamante (op. cit. pp. 69-75) y José Fernando Ocampo. Visión Marxista del Hombre. Centro de Investigaciones de Acción Social. Bogotá. Colombia. 1974. p. 23. se han dedicado al estudio del cristianismo y el marxismo propiciando un diálogo fructífero de ambas corrientes del pensamiento. Hoy, en gran medida, la historia ha demostrado que el marxismo no ha sido practicado como humanismo y que el cristianismo está revisando su acción procurando en la praxis la superación del ser frente al tener. El primero de los autores (Rodríguez-Arias) cita a Mehring, el biógrafo de Marx, para encontrar en Marx al humanista que fue bulgarizado y traicionado por los filisteos del marxismo que borraron de sus ideas, la creencia de libertad que se trata de reencontrar hoy en sus ideas así como el sentido que dió Marx al concepto esencial de la persona humana.
11. Couture Eduardo J. "Los Mandamientos del Abogado". Ed. Depalma. Buenos Aires. Argentino. 1982.

para afirmar que cuando existía una contradicción entre el proceso y los derechos del hombre, entre la norma jurídico-procesal y la persona como ser ontológicamente libre y dotado de dignidad individual, se debe tomar partido por la persona humana.

En las Miserias del Proceso Penal<sup>12</sup> Carnelutti hace una reflexión sobre el preso, el hombre esposado y sometido a proceso penal y compara a este hombre, alienado a la prisión, con el hombre más pobre que pueda concebirse, Carnelutti, se expresa en estos términos:

*"Cada uno de nosotros tiene sus preferencias en materia de compasión. Los hombres son diversos entre sí, incluso en el modo de sentir la caridad. También éste es un aspecto de nuestra insuficiencia. Los hay que conciben al pobre con la figura del hambriento, otros con la del vagabundo, otros con la del enfermo; para mí, el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado. Digo el encarcelado, observese bien, no el delincuente... el delincuente mientras no está preso es otra cosa... apenas esposado, la fiera se convierte en hombre".*

¿Qué ha querido dar a entender este procesalista con esta reflexión?. Que allí está el hombre y no un ser diferente, la persona humana por encima del hecho que se le incrimina, "... con su mal y con su bien, con sus sombras y con sus luces, con su incomparable riqueza y con su miseria espantosa...". La persona, esperando que se le procese con dignidad y con respeto humano.

Quizás, uno de los hombres que registra mayor cantidad de años de su vida en prisión, sea Jack Henry Abbott<sup>13</sup>, para él, el proceso penal es un instrumento que pretende, en la realidad cruda del preso, ayudarse a sí mismo y al sistema punitivo al cual se debe.

Abbott compara al preso -a sí mismo- con un animal sometido a domesticación, sometido a un régimen de premios y castigos.

Abbott se expresa con los siguientes términos:

*"Si tengo un animal al que he enseñado a enderezarse sobre sus patas traseras y extender una pata en actitud pedigueña cuando se le ordena, y no lo hace así, debo castigarle, castigarle de alguna manera para enseñarlo a obedecer mi orden.*

*"Le inflinjo dolor. Puedo hacerle pasar hambre y azotarle con el látigo. Cualquier otra forma de enseñarle podría ser interpretada por el animal como una recompensa por desobedecer. Esta aplicación de fuerza puede ser humanamente ejecutada. No puede lesionar al animal y seguir siendo humana.*

*"Si empleo la fuerza hasta un grado que pueda denominarse violencia, entonces lo que busco es destruir al animal y no sólo la corrección de un hábito de desobediencia..."*

*"No me pregunte qué tiene esto que ver con la justicia norteamericana: forma parte de la esencia del sistema de justicia de este país.*

*"El preso empieza su entrenamiento en una sala de justicia norteamericana. Le dicen que cierre la boca a menos que se dirijan a él. Le dicen que es tonto si intenta ser su propio abogado. Le dicen que sus motivaciones no son el tema de su procesamiento criminal.*

*"... le dicen que si da informe y traiciones a sus amigos, el Tribunal será benevolente. Y si es el único acusado del delito, le dicen que si ayuda a resolver otros, la justicia será indulgente.*

*"Si no ha cometido violencia y dispone de cierta riqueza que le sitúe por encima de la necesidad de robar un almacén, la justicia será de alguna forma benevolente con él si se trata de su primer delito. No le enviarán a la cárcel.*

*"Pero será encerrado si carece de unos medios que hagan superflua la comisión de tal delito. Le envían a prisión si es pobre. Es decir, si es pobre y se niega -o no puede- a actuar como informador de la policía para traicionar a sus amigos y solucionar los delitos que hayan cometido..."*

*"En este proceso, el preso nunca aprende un sólo*

12. Carnelutti, Francesco. "Las Miserias del Proceso Penal". Editorial Ejea. Buenos Aires. Argentina. 1959 pp. 32-33

13. Jack Henry Abbott, ha pasado su vida entera en establecimientos penales, desde su niñez hasta hoy. No ha conocido la libertad del hombre común, de la cultura occidental contemporánea. Su vida y su experiencia de preso son narradas y valoradas por él y por el periodista-escritor Norma Mailer en la obra de Abbott, prologada por Mailer, "En el Vientre de la Patria", de Ediciones Martínez Roca. Barcelona España. 1982. pp. 182. Abbott considera al preso como un ser sometido a un sistema dominado por la injusticia, en nombre de la justicia. Jack Henry Abbott es un prisionero norteamericano. Ver op. cit. pp. 124-127.

14. Carnelutti, Francisco. "Las Miserias..." op. cit. p.37.

*valor social, jamás aprende la definición de ley o las costumbres de su sociedad en las que se afirma basado el sistema judicial...*

*"Cuando el preso ingresa en la prisión se le arroja a un torbellino de destrucción moral, mental y física..."*

*"...Todos los años son asesinados o gravemente heridos cerca de diez por ciento de los presos en Estados Unidos. Cada prisionero está sometido a la amenaza constante de un ataque, por cualquier cosa y desde cualquier lado".*

La cita de Abbott, puede ser la cita de cualquier preso del mundo. En Venezuela ocurre igual. Se trata de una constante negativa que no ha sido posible superar por que no existe fé ni en los fines ni en los propósitos del proceso.

El proceso es utilizado como un medio, sin ninguna otra intención que no sea la de excluir al preso de la sociedad, quitándole su condición persona, echándole en la prisión y llevándolo a lo que Abbott denomina "...el torbellino de la destrucción moral, mental y física", prácticamente despojada de su bien y su mal, de sus sombras y de sus luces, sin sus riquezas espirituales y potenciales, íngrimo y abandonado a sí mismo, sumido a lo que Carnelutti denominó "...su miseria más espantosa"<sup>14</sup>, su soledad inmovilizante. Es convertido en una cosa de la que se ha apropiado el Estado y sobre la que cartesianamente se ha provocado un verdadero olvido, tanto del sentido afectivo que debe estar presente en el proceso, como del sentido proteccionista de la dignidad y de la libertad que debe prevalecer en el Derecho Procesal Penal, en beneficio de la persona humana.<sup>15</sup>

## II. LA PERSONA HUMANA Y SUS DERECHOS PROCESALES

La tradición procesal ha sido liderizada por el proceso civil o de Derecho Privado, llegándose a extremos que han sido denominados por Carnelutti<sup>16</sup> como situaciones de mimetización del Derecho Procesal Penal en relación con el Derecho Procesal Civil.

Tal situación de mimetización supera el ámbito de lo formal y en lo práctico se abandona al tecnicismo jurídico del proceso,

sin atenerse a la situación real y material del hombre que sufre en la prisión mientras se encuentra procesado.

De allí deriva, en gran medida, el comportamiento frío, de la mayoría de los Tribunales y de los operadores del Sistema Penal, en relación con los reos los cuales al mantenerse reclusos por tiempos mayores al tiempo regular de cada proceso, sufren el fenómeno social del retardo y del abandono en perjuicio de su condición humana, conocido como el fenómeno del preso sin condena<sup>17</sup>.

A este fenómeno se suma el del ventajismo policial, el estado de extorsión de los reclusos por parte de sus carceleros, el sometimiento a un régimen disciplinario autoritario, la situación de guerra en que sobreviven los reclusos, producto del asinamiento en que se encuentran y al abandono moral y social al que son sometidos y las demás condiciones infrahumanas de típica naturaleza carcelaria que se generan en cada prisión en particulares y que como ya se indicó pueden ser llamadas, siguiendo a Abbott, las del gran torbellino de destrucción moral, mental y física<sup>18</sup>.

Frente a esta realidad absolutamente negadora del Estado de Derecho y por ello ilegítima, que pretende ampararse en la frialdad-jurada-tecnicista-positivista- se levanta el discurso de los que ven en los valores de la persona humana una realidad superior a la formal para exigir -en nombre de ese sujeto individual-colectivo que es la persona- una superación de ese tecnicismo-jurídico por otro de superior visión, de profundo contenido

15. Erich From ha dedicado una importante reflexión al abandono y a la degradación del hombre occidental contemporáneo, señalando al respecto que el racionalismo cartesiano se ha transformado en su irracionalismo cosificador del hombre y generador de la dominación del tener sobre el ser. Ver, de este autor, "Budismo Zen y Psicoanálisis" Fondo de Cultura Económica. México. 1975. p. 87.

16. Carnelutti, Francisco. Cfr. J. Martínez Rincónes. "El Código de Procedimiento Civil y su Incidencia..." op. cit. p. 142.

17. Para una mayor información sobre este pernicioso fenómeno social, ver: "El Preso sin Condena en América Latina". Elías Carranza y otros. Ed. Ilanud. San José Costa Rica. pp/. 198.

18. Ver Supra, comentarios subsiguientes a la cita No. 10.

político -es decir social y humano, siguiendo a Bettiol<sup>19</sup>- que dé a la persona sometida a proceso penal un asidero defensivo de su condición de titular de derechos esenciales e inherentes a su naturaleza humana.

En el caso de América Latina, vista en su globalidad, el discurso de los derechos humanos y de la concepción del hombre como persona, generó una respuesta jurídica de carácter específicamente procesal en la convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978 y registrada en la Organización de Naciones Unidas (ONU) el 27 de agosto de 1979.

En la Convención, se reconoce en su preámbulo, que los derechos esenciales del hombre tienen "...como fundamento los atributos de la persona humana...", siendo estos atributos razón suficiente para que se proceda a decretar su protección instrumental-jurídica por la vía convencional y coadyuvante de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos<sup>20</sup>. Tal reconocimiento de la Convención es coincidente con el que se encuentra estampado en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se expresa que la persona humana tiene un valor intrínseco que se ha reafirmado mediante el reconocimiento de sus derechos esenciales y de la dignidad que como tal le corresponde<sup>21</sup>.

En el ámbito procesal, la Convención, en su artículo 8, reconoce a la persona del procesado penal una serie de derechos denominados en la norma como "Garantías Judiciales", las cuales van a desarrollar de un modo concreto y específico un conjunto de derechos que también se encuentran reconocidos en la Convención para todas las personas, como lo son, la vida (art. 4º), la integridad personal (art. 5º) y la libertad (art. 7º), entre otros.

Tales garantías judiciales, vienen a establecer la juridización de los valores pre-jurídicos que ya se analizaron, siguiendo el criterio axiológico de Eusebio Fernández, conforme al cual "El Derecho Positivo no crea los derechos humanos. su notable labor, sin la cual del concepto de derechos humanos no tendría plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y

garantizarlos también jurídicamente. Al respecto señala este autor que: "Si toda norma, tanto moral como jurídicas, "presupone" una serie de valores acerca de los fines de la vida individual, social y política, esto es aún más evidente, me parece, cuando tratamos de justificar racionalmente los derechos humanos fundamentales"<sup>22</sup>.

Conforme a lo anterior, puede observarse claramente cómo las normas que establecen las garantías judiciales, siguiendo el artículo 8º de la Convención le van a dar valor jurídico a los valores pre-existentes e inherentes a la persona humana. En tal sentido dicho artículo establece:

"2.- *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

19. Giuseppe Bettiol, en sus "Instituciones del Derecho Penal y Procesal" afirma que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son una política que hoy debe mirarse en términos político-culturales, pues la dogmática jurídica y la política no pueden verse como nociones superpuestas. (Ver prólogo del autor a la primera edición de las "Instituciones..." Ed. Bosch. Barcelona. España. 1977)

20. Zovatto, Daniel. (compilador). "Los Derechos Humanos en el sistema Interamericano". Edición del Instituto de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 1987. p. 49.

21. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Editorial Salvat. Barcelona. 1981. p. 34. (Edición y compilación de Clara Barreiro, Barreiro).

22. Fernández Eusebio, op. cit. pp. 106-107.

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presente en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pueden arrojar luz sobre los hechos;

g) Derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable, y

h) Derecho a recurrir del fallo ante Juez o Tribunal Superior.

3.- La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4.- El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos,

5.- El proceso penal debe ser público, salvo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."

Como puede observarse, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha recogido todo el discurso humanizador de las doctrinas sobre los derechos humanos, plasmándolo en normas precisas y concretas, como se evidencia del contenido del artículo transcrito.

También las constituciones y los Códigos Procesales Penales contemporáneos de algunos países de América Latina, en sus reformas, han recogido los derechos procesales del hombre sometido a procedimiento penal, concretizando y haciendo coercitivo el respeto de los derechos humanos referidos a la relación hombre-proceso penal.

El Código de Procedimiento penal de Costa Rica, de 1981, al igual que los de Guatemala y Colombia, entre otros Códigos adjetivos penales de la América Latina se han hecho eco de la Convención, avanzando por la vía procesal en el respeto de la persona humana sometida a proceso. En tal sentido, el Código de Procedimiento Penal Colombiano

de 1987 establece en su artículo 2º que: "Toda persona a quien se atribuya un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherentes al ser humano"; el artículo 3º, reconoce la presunción de inocencia, al establecer que:

*"Toda persona a quien se atribuya un hecho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en sentencia ejecutoriada" y en el artículo 11, plasma la finalidad garantista del proceso al señalar que: "En la interpretación de la Ley Procesal, el Juez deberá tener en cuenta que la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho material de las garantías debidas a las personas que en él intervienen".*

Los ejemplos citados del Código Colombiano no son los únicos casos demostrativos del contenido personalista, desde el ámbito procesal, de este Código.

El Código Procesal Penal de Guatemala de 1989, avanza más en materia personalista al establecer en sus normas fundamentales del Libro Primero, un Capítulo (el primero) dedicado a las Garantías Procesales, donde se encuentran establecidas las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, destacándose el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de respeto a la persona humana, entre otros principio jurídico-procesales. Así, el artículo 2º establece que "La defensa de la persona humana o de sus derechos es inviolable en juicio penal. Nadie podrá ser sancionado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se hayan observado las formalidades y garantías de Ley... Tampoco será afectado temporalmente de sus derechos, sino en virtud de cualquier otro procedimiento seguido con los requisitos legales". Este artículo desarrolla el principio integral de defensa, reconocido como derecho constitucional en el artículo 12 de la Carta Magna Guatemalteca, el cual reza que: "La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en el proceso legal, ante Juez o Tribunal competente preestablecido... Ninguna persona puede ser juzgada por

Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no están preestablecidos legalmente".

Este artículo, concordado con el artículo 1º de la Constitución Guatemalteca, demuestra los cambios que se operan, en el ámbito jurídico de éste país. Señala la norma que: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común".

Si a ambos artículos se adjunta el contenido del artículo 2º, el principio jurídico de orden garantista de los derechos humanos y de la preponderancia de la persona humana en Guatemala, se evidencia como prioritario.

Establece esta norma que: "Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona".

Muchos otros ejemplos pudieran señalarse con base a esta Constitución de carácter personalista, siendo importante, por lo menos, señalar uno que, debe estimarse como indispensable en materia procesal, el elevar al rango constitucional de materialización del derecho de defensa.

En este sentido, establece el artículo 8º, bajo el título de Derechos del Detenido, que: "Todo detenido deberá ser informado inmeditamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles especialmente que pueda proveerse de defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante la autoridad judicial competente".

El Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, de 1981, demuestra su adscripción al pensamiento procesal-humanizador en normas proteccionistas de la persona, como el artículo 3º que establece la restricción interpretativa de su artículo cuando pudiera coartar la libertad personal o el ejercicio de los derechos procesales del reo. Dicho artículo establece que: "Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, o que limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso o que establezca sanciones procesales".

En el caso venezolano, el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1926, con reformas parciales en 1954 y 1962, no puede

catalogarse como un código personalista, pero garantiza los derechos ciudadanos por su concepción republicana, pudiendo aplicarse en juicio aquellos principios y normas constitucionales y convencionales que amparan los derechos humanos, lográndose por esta vía de la aplicación supletoria o de las normas nuevas de mayor jerarquía un sistema de garantías a la persona humana adecuado al espíritu de la democracia y del respeto a los derechos inherentes a la persona humana.

Este tratamiento, en el caso de Venezuela, no debe ser un paliativo estable, sino un estímulo para lograr un ajuste integral de las normas penales adjetivas o procesales con la realidad social, constitucional y principista garantista de los derechos humanos que corresponde a Venezuela.<sup>23</sup>

En el caso cubano la Constitución de la República de Cuba el artículo 58, establece como garantía el principio de legalidad, el derecho de defensa el respeto a la persona humana y el de nulidad probatoria por haberse ejercido violencia sobre un reo. Dicho artículo en cuestión reza lo siguiente:

*"Nadie puede ser encausado ni contenido sino por el Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen.*

*Todo acusado tiene derecho a la defensa no se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar.*

*Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la Ley".*

El artículo citado recoge los derechos fundamentales de toda persona que deba ser sometida a proceso, tales como:

- a) Principio de Jurisdicción y Competencia Penal.
- b) Principio de Irrestroactividad en Materia de Competencia y Jurisdicción Penal.
- c) Principio de Legalidad Procesal.
- d) Principio de Defensa.
- e) Principio de Confesión Libre o Voluntaria.
- f) Principio de Nulidad de la Confesión Constreñida.

23. En un trabajo anterior, "Justicia y Libertad", ya analicé parcialmente la cuestión venezolana en esta materia. Ver. J. Martínez Rincón. "Revista de Filosofía". Postgrado de Filosofía. Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela. Nº 2. Enero de 1991. pp. 125-137.



g) *Principio de tipicidad del Delito de Coacción Inquisitiva.*

*Estos principios garantizan a toda persona los derechos humanos correspondientes al ámbito procesal penal, dentro del Estado de Derecho de Corte socialista y martiano, con base al principio constitucional de José Martí, conforme al cual la constitución debe ser "...el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre".*<sup>24</sup>

En la Ley de Procedimiento Penal de 1977, se ratifican los principios constitucionales. Así, la detención únicamente procede, conforme al artículo 241. "...en los casos y con las formalidades que las leyes prescriben", pudiendo ser sancionados por detención ilegal quienes violan tal fórmula procesal, de acuerdo con el artículo 279 del Código Penal Cubano. El artículo 280 del mismo Código, también tipifica delitos por violación a la libertad personal, por parte de alguna autoridad.

Los ejemplos citados no recogen el panorama total latinoamericano, sino que son únicamente, una muestra parcial de la correlación existentes entre las normas jurídicas de naturaleza constitucional y procesal y el discurso de los derechos humanos en el ámbito específico de la persona humana y el Derecho Procesal.

Estas normas, pueden o no cumplirse permanentemente, sin embargo son un avance legítimo de la evolución que se vive en esta materia.

Hoy en día corresponde hacer que se cumplan, que se implanten donde no existen y que se haga de ellas un instrumento comunitario para que en el ámbito obscuro de la cárcel penetre la luz del humanismo personalista para que esos seres llamados por Carnelutti como los más pobres de todos los pobres, sientan el espíritu de reivindicación que les corresponde como seres humanos de la sociedad contemporánea.

## CONCLUSIONES

La persona humana es y debe ser el centro primordial de atención del proceso penal. Negarle sus derechos, o no proporcionarle la asistencia que requiere su dignidad humana es, sin lugar a dudas, un acto de barbarie civilizada contra el hombre.

Hombre y persona son una potencia trascendente, creadora e infinita a la cual, antes que frenarla debemos orientarla hacia los fines constructivos y creativos de una sociedad más justa.

El hecho del delito, como acto humano concreto, no debe ser un argumento para destruir, torturar o atrofiar el espíritu y el cuerpo del hombre, puesto que como lo señaló Mendoza Troconis, "El hombre es el protagonista del delito, pero, porque haya violado la Ley no pierde sus derechos, ni tampoco pierde su dignidad humana".

24. La cita de José Martí que se transcribe, se encuentra en la parte declarativa del Preámbulo de la Constitución de Cuba y sobre ella se sostiene el anhelo constitucionalista del respeto a la legalidad como base de la defensa de la dignidad humana.

# EL CONCEPTO DE ENGAÑO, EN EL DELITO DE ESTAFA, EN LOS CODIGOS PENALES Y EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSES\*

*Lic. Víctor Alfonso Dobles Ovarés*  
Agente Segundo Fiscal de San José

## I. INTRODUCCION

La finalidad de este artículo es mostrar la evolución, a lo largo de nuestra historia legislativa, que ha experimentado el concepto de *engaño* en la estafa y presentar, a la vez, las principales tesis sostenidas sobre él por nuestros Tribunales.

Asimismo, analiza, los límites y alcances, que nutren al concepto en nuestra legislación vigente.

## II. EL CONCEPTO DE ENGAÑO EN LOS CÓDIGOS PENALES NACIONALES

### A. El concepto de engaño en los Códigos Penales anteriores al vigente Código Penal

Interesa determinar el momento histórico en el que el concepto empieza a figurar en nuestra legislación<sup>1</sup> y precisar el origen del antiguo artículo 216 del Código Penal vigente; pues, ello permitirá comprender el cambio de contenido que se operó por virtud de la reforma de la Ley No. 7107 del 4 de noviembre de 1.988.

#### 1.- Código General de 1841

En el Código General de 1841, al parecer inspirado en el Código de Santa Cruz, el que, a su vez, se hallaba influenciado por el Código Penal español de 1822, no contiene en ninguno de los seis capítulos que conforman su Título III, *De los Delitos contra la Propiedad de los particulares*, el uso del concepto engaño<sup>2</sup>.

En ese título, sólo aparece, en los artículos 626, 647 y 650, el término *fraudentamente*.

#### 2.- Código Penal de 1880

El Código Penal de 1.880, inspirado en el Código chileno de 1875, copia, a su vez, del Código Penal español de 1870, posee un capítulo octavo que se intitula *Estafas y otros engaños*.

En ese capítulo la palabra defraudación se usa con abundancia y el término *engaño* sólo se presenta en tres oportunidades: en los artículos 493, 495, inciso cuarto, y en el 498. En ningún artículo define el Código el concepto de engaño que utiliza en ellos.

El Código tipifica una serie de engaños como medios o modos de la defraudación y utiliza el término engaño para referirse gregariamente a cualquier otro engaño que no se halle expresamente comprendido en el articulado del capítulo.

\*. Agradezco a Max Pérez González, haber localizado y fotocopiado, en lengua española, parte de la bibliografía consultada para este artículo. Al Ms. Javier Llobet Rodríguez, la bondad de haber seleccionado y haberme enviado el material bibliográfico utilizado en lengua alemana. A Guido Sánchez Canessa, su valiosa ayuda en el estudio y en la traducción de algunos textos de artículos en lengua alemana. Sin ellos, este trabajo no habría sido realidad.

1. La estafa en el artículo 263 StGB comprende en su totalidad la siguiente idea: El autor alcanza mediante engaño, a costas del ofendido, una ganancia patrimonial positiva. Por ello se trata de la protección al patrimonio de un ataque específico: el del engaño... De modo diferente que en el caso del hurto o del robo, la estafa es una producción del legislador del siglo XIX." Gunther Arzt und Ulrich Weber, *Strafrecht Besonderer Teil, Vermögensdelikte (Kernbereich)*, LH3 2. Auflage, 1986, p. 143.

2. Cf. *Código General de la República de Costa Rica*, Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 1859, arts. 604 y sigs.

### 3.- Código Penal de 1918

Código de diseño ecléctico, con acentuado influjo positivista, en el que se plasman matices de doctrina italiana. En él aparece por primera vez en nuestra legislación una disposición general sobre la estafa. El artículo 360.

Ella, es, en el fondo, el mismo artículo 493 del Código Penal de 1.880, aunque dotada, en su descripción, de mayor precisión. En ella, al igual que en su predecesora, la estafa consiste en la acción de defraudar a otro a través de una serie de medios y modos casuísticos de comisión, "... o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño." <sup>3</sup> Incluye, por tanto, a diferencia de aquélla, además del concepto de engaño, el de *ardid*.

### 4.- Código Penal de 1924

El Código Penal de 1.924, que, es, es en realidad, el mismo Código Penal de 1.918, con ligerísimas variantes, siguió el mismo diseño de tipo que su predecesor. Su artículo 382 es el propio 360 de aquél <sup>4</sup>.

En consecuencia, en los códigos penales de 1.918 y 1924, el engaño no pasa de ser el modo genérico de referirse el legislador a todos aquellos otros engaños, como medios o modos comisarios de la estafa y otras defraudaciones, no expresamente tipificados en el articulado.

### 5.- Código Penal de 1941

Código ecléctico, de corte tradicional, inspirado, en parte, en los códigos penales latinoamericanos de la época, con algunas concesiones a las tendencias doctrinarias de avanzada de la época, en materia de *estafas y otras defraudaciones*, tema que reguló en el Capítulo V, siguió el modelo legislativo, conceptual, de su antecesor <sup>5</sup>.

Así, el artículo 281 de este código es el mismo 382 del Código Penal de 1924, con la salvedad que el legislador intertextuó en él el elemento normativo *timo*: "El que defraudare a otro con nombre supuesto, ... o valiéndose de cualquier otro ardid, engaño o timo ...".

Emplea el concepto de engaño, en el artículo 282, inciso tercero, para reglar la *defraudación en la suscripción de documento mediante engaño*, del mismo modo que lo hiciera su predecesor en el inciso tercero del artículo 383 y lo vuelve a utilizar para normar el *fraude en la construcción* de la misma forma que lo hiciera aquél en el inciso decimosegundo

del artículo 383.

El concepto de engaño sólo se presenta, en consecuencia, en tres ocasiones en este articulado; siendo, por lo contrario, común el uso del concepto *defraudare* o *cometiere defraudación*.

El engaño en él, al únisono con los códigos de 1880, 1918, y 1924, no es más que la manera genérica de haberse referido el legislador a todos aquellos otros engaños, como modos o medios casuísticos de la estafa, no específicamente tipificados en el articulado.

### 6. Código Penal de 1970

El artículo 216 del Código Penal vigente, antes de la reforma de 1.988, disponía: "El que induciendo a una persona en error, por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para un tercero, un provecho patrimonial en perjuicio de otro ..." El tipo reproduce fielmente la manera como fue pensado en el Proyecto de Código Penal para Guatemala que hiciera don Sebastián Soler.

Surge, así, por primera vez en nuestra legislación claramente la figura de la estafa y, el abandono, del sistema casuístico de ejemplificar para tipificar. Cobraron, a su vez, autonomía, figuras que con anterioridad aparecían confundidas en la estafa: la retención indebida y la administración fraudulenta. Empero, la estafa continuaba subordinada a la necesidad que el ardid o el engaño asumiera "... la forma positiva de un astuto despliegue de medios engaños..." <sup>6</sup>, por consecuencia de la fórmula, de raigambre italiana, utilizada.

#### B: El concepto de engaño en el artículo 216 antes de "La Reforma de 1988"

El antiguo texto del artículo 216 del Código Penal vigente, antes de la reforma de 1.988, utilizaba los términos *artificios* o *engaños*, los que son una mala

3. *Código Penal de 1.918*, San José, Tipografía Nacional, 1.918.
4. Este Código, del mismo modo que lo hiciera el de 1.918 en su artículo 361, inciso tercero, regula, en el artículo 383, inciso tercero, *la defraudación en la suscripción de documento mediante engaño*.
5. *Código Penal y Código de Policía*, San José, Librería de las Américas, San José, 1957, art. 281 y sigts.
6. Soler, Sebastián, citado por Padilla Castro, Guillermo, *Exposición de Motivos al Código*, en Código Penal de 1970, Ley No. 35/70 del 4 de mayo de 1970, San José, Talleres Gráficos de Trejos Hermanos, 1972, pp. 48-49.

traducción de los vocablos *artifici* y *raggiro* del Código Penal italiano; cuyo texto, proviene indirectamente del Código Penal francés de 1810, el que, a su vez, encuentra sus orígenes en el Derecho Romano<sup>7</sup>.

*Raggiro*, por su parte, en el derecho penal italiano no significa simplemente *engaño*, sino un engaño que implica un montaje, el cual debe fundarse en medios exteriores que refuercen la credibilidad.

El derecho penal europeo, desde la época del Derecho Penal romano, partió del principio, según el cual el engaño es, en cierta forma, un modo de la intelección y, por ende, un arma natural del hombre para defenderse. De ahí que los juristas romanos distinguían entre el *dolus bonus* y el *dolus malus*; de los que se sigue que, en el pensamiento romano, no existe *per se*, una condena del engaño<sup>8</sup>.

Con el correr del tiempo, esta concepción produjo que la contraparte debía defenderse de los engaños de su interlocutor; lo cual derivó, en lo jurídico, dos grandes consecuencias: La primera de ellas que todo el sistema del Derecho Privado reposa, no sobre la buena fe de las partes, sino sobre su capacidad de evitar las trampas de los demás. La segunda, en el Derecho Penal, que la conducta del sujeto pasivo se convierte en parte del tipo penal de la estafa; porque solamente se sanciona al estafador si el engaño por él utilizado aparece revestido de ciertas cualidades (*magna calliditas*), capaces de engañar a un hombre medio<sup>9</sup>.

En realidad, el Derecho penal europeo ha distinguido el dolo penal del dolo civil, a través de una fórmula vacía, la cual se plasma en el texto de comentario bajo los términos *artificios* o *engaños*<sup>10</sup>.

Otros textos legislativos hablan *ardid*, fórmula también vacía.

El problema de la vaciedad conceptual no sólo se presenta a nivel legislativo sino también doctrinario. Todas las definiciones de engaño o ardid, presentan el vicio de la circularidad; pues todas pretenden definir el concepto desde y por él mismo, olvidándose que el ardid es siempre un medio engañoso<sup>11</sup>.

### C. El concepto de engaño en el artículo 216 del Código Penal vigente, luego de la reforma de 1988

El actual texto del artículo 216 del Código Penal, introducido por virtud de la reforma de la Ley No. 7107 del 4 de noviembre de 1988, hace una definición del engaño por su contenido, por consecuencia de precisar o circunscribir los medios

de engaño detalladamente, siguiendo la fórmula del Código Penal alemán, cimentada desde la gneosología, como *la simulación (Vorspiegelung) de hechos falsos o la deformación (Entstellung) o el ocultamiento (Unterdrückung) de hechos verdaderos*<sup>12</sup>.

7. CASTILLO GONZALEZ (Francisco), Lecciones del curso Estafas y otras Defraudaciones del Sistema de Posgrado en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, primer semestre, 1989, sin publicarse.

8. CASTILLO GONZALEZ, *ibid.*

9. CASTILLO GONZALEZ, *op. cit.* "En la discusión sobre los límites entre el ilícito civil y el delito penal, acerca de la estafa, prevaleció en el siglo XIX un criterio sumamente subjetivo en relación con las personas que cometían el delito y las ofendidas. Como sinónimos de la *culpa compartida por el ofendido* (Mitverschulden des Opfers), figuraban los términos idiota, desprevenido, despreocupado, miedoso, piadoso y confiado. En Inglaterra se pensaba que el Estado no debía de proteger a las personas que se dejaban engañar mediante pequeñas mentiras.

...para la doctrina inglesa regía la frase ...: "*shall we indict a man for making a fool of another*" (i.e., deberíamos condenar a un hombre por haber hecho pasar a otro por tonto).

En los Estados Unidos imperaba la opinión general que el estafador era un hombre vivo (*sharp fellow*), quien engañaba al estafado por su idiotez.

En Alemania no se pensaba de forma diferente hasta la mitad del siglo XIX." Tischler (Wener Georg), *Freiheit und soziale Bindung im Wirtschaftsrecht "Betrug und Opferverantwortung"*, en *Luza*, 1988, p. 122 a 124.

10. "El texto actual permite una distinción puramente subjetiva entre el fraude penal y el engaño civil. La doctrina del dolo penal y del dolo civil es un fantasma que, asumiendo diferentes formas, se pasea por toda nuestra jurisprudencia. Esa doctrina ha significado la expoliación de los humildes por acreedores inescrupulosos y sórdidos abogados, que realizan negocios que son clasificados como ilícitos civiles, a sabiendas que la contraparte jamás podrá llevar un juicio civil hasta sus últimas consecuencias para determinar si el demandado actuó o no con dolo civil." CASTILLO GONZALEZ (Francisco), Reforma del artículo 216 del Código Penal, en Foro de La Nación, *La Nación*, 6 de abril de 1988, p. 16 A.

11. Soler, v.gr. define el ardid como "el astuto despliegue de medios engañosos" SOLER (Sebastián), *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, p. 304. Cf., en tal sentido, las definiciones aportadas por autores tales como Humberto Barrera Domínguez, Eugenio Cuello Calón, Eusebio Gómez, Giuseppe Maggiore, Marcelo Manigot, Francisco Muñoz Conde, Luis Carlos Pérez, Federico Puig Peña, Antonio Quintano Ripollés, José María Rodríguez Devesa, Héctor Rojas Pellerano, etc.

12. Arzt y Weber, *op. cit.* p. 143.

No se adecúan al tipo penal, por ende, las simples afirmaciones de juicios de valor; pues el hecho se opone al juicio de valor<sup>13</sup>.

Se excluyen del tipo, a su vez, todos aquellos engaños que versan sobre acontecimientos futuros, cuando ellos no se presentan como una derivación inmediata de una serie causal que se desarrolla en el presente<sup>14</sup>.

La nueva definición del engaño comprende tanto al engaño explícito (*ausdrücklicher Tauschung*) como al engaño por ocultamiento. El engaño explícito se produce por todo aquel comportamiento a través del cual el autor, mediante cualesquiera formas de la comunicación, ha obrado psíquicamente sobre la concepción del ofendido, determinándolo, por lo general, a un hacer positivo. El engaño por ocultamiento solamente se comete en aquella forma en la cual aquél sea igualmente valedero que un engaño explícito y en la que el autor se obligue de inmediato a una aclaración. "Ese valor igualitario, se alcanza únicamente por medio de una certera relación de comunicación entre el autor y el ofendido y también cuando el ofendido en realidad es engañado por el autor en virtud de la totalidad de la información otorgada"<sup>15</sup>.

El engaño puede versar sobre hechos exteriores o sobre hechos interiores (intenciones).<sup>16</sup>

Sin embargo, debido es precisar que, el engaño puede consistir en una conducta o actuación deducible (engaño mediante actuar deducible), es decir, que no se lleva a la ausencia de verdad de modo explícito, sino de manera implícita<sup>17</sup>; y, cuando el autor se encuentra ante el deber de esclarecer el error (engaño mediante ocultamiento).<sup>18</sup>

Engañar significa: formular un error, mediante el cual con seguridad se genera que alguien erre. No obstante, errar significa: tener falsos conceptos sobre hechos. También engaña quien provoca que otro tenga conceptos incorrectos sobre una determinada concepción."<sup>19</sup>

En consecuencia, por virtud de los nuevos contenidos normativos del engaño en el tipo de la estafa, se logra, de una parte, tener una base objetiva para distinguir lo que es estafa de lo que no lo es; y, por otra, punir determinados fraudes que antes escapaban al concepto de engaño utilizado por el legislador de 1970, tales como la "estafa crediticia", o la "estafa mediante computadores" o "el ocultamiento de datos en computadores", y la estafa procesal en general<sup>20</sup>.

13. La diferencia formulada por el artículo 185 del StGB entre "creencia sobre hechos" y "juicios de valor", es válida también para el artículo 263 del StGB. Arzt y Weber, *ibidem* p. 143.

14. CASTILLO GONZALEZ (Francisco), *Lecciones*, op. cit.

15. REESE (Jurgen), *Tauschung und Irrtum beim Betrug, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Kiel, 1975, pp. 149-150.

16. Arzt y Weber op. cit. pp. 143-145. V. gr., Manfred va a un restaurante, pide una botella de vino y el almuerzo, los consume, y abandona el lugar sin pagar; pues, no tenía dinero (engaño sobre el hecho exterior de la solvencia). Manfred va a un restaurante, pide una botella de vino y el almuerzo, los consume, y abandona el lugar sin pagar; pues, estando provisto de dinero, desde el momento de pedir tenía la intención de no pagar (engaño sobre el hecho interno de la disposición de pagar.) KERN (Eduard), *Casos prácticos de Derecho Penal II. Parte Especial del Código Penal Alemán*, reimpresión, Argentina, Ediciones Depalma, 1976, pp. 50 y 111. En nuestra legislación, se adecúan en la tipicidad contravencional del artículo 384, inciso tercero, no pago de un espectáculo o servicio.

17. Arzt y Weber, op. cit. p. 143-145.

18. Arzt y Weber, *ibidem*, p. 143-145. V. gr. "El mozo al cobrar hace mal la suma, y, además, no dice que en ella está incluido el porcentaje por servicio, dando lugar a que el cliente le entregue 30 Pfennige más." ("Estafa

mediante apariencia de hechos falsos y supresión de hechos verdaderos." Por lo último, estafa por omisión.) Kern, op. cit. pp. 50 y 111-112. Es claro que, "... la estafa mediante el silencio no es otra cosa que una forma de aparición de la comisión por ocultamiento ...". BOCKELMANN (Paul), *Betrug Verurht Durch Schwelgen*, pp. 437-458. Conviene precisar que el artículo 263 del StGB es en sí un presupuesto de la penalización de la estafa, cuando el sujeto activo mediante la simulación de hechos falsos o la desnaturalización o la supresión de hechos verdaderos, ocasiona un error. "El error del estafado debe descansar sobre el engaño del estafador. La síntesis de ello se expresa así: entre engaño y error debe existir una conexión causal, la cual debe ser determinada mediante la teoría de las condiciones. El texto del artículo 263, párrafo primero, debe ser leído en el sentido de la 'conexión entre medios de engaño y obtención del error' de la siguiente manera: 'Quien mediante engaño establece una condición que produce un error.'" NAUCKE (Wolfgang), *Der Kausalzusammenhang Zwischen Tauschung und Irrtum beim Betrug*, Festschr A. fur Karl Peters. Tubingen, 1974, pp. 109 a 120.

19. BOCKELMANN (Paul), op. cit. pp. 437 a 458.

20. Vid Arzt y Weber, *Strafrecht Besonderer Teil, Wirtschaftsstrafaten, Vermögensdelikte (Raubbereich), Falschungsdelikte*, LH4, 2. Auflage, 1989, pp. 1 a 43. y Cf. CAMACHO VILLALOBOS (Robert) y PERALTA AGUILAR (Saray), *El delito de estafa: Aspectos legislativos y jurisprudenciales de su Reforma*, Tesis de Grado para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1992.

En suma, puede afirmarse que, en el nuevo tipo del artículo 216, la desinformación es prácticamente el ardid o el engaño de la estafa; por lo que ella posee actualmente una mayor amplitud en su capacidad de absorber casos que antes escapaban a su contenido, cuanto que se ha facilitado, en sede judicial, la prueba procesal del engaño.

Poco importa, así, estimar o no el efecto que la mentira causa sobre el ofendido; pues, lo que importa es la mentira misma, al instituirse un deber positivo de decir verdad y de no ocultarla<sup>21</sup>.

Con esta circunscripción de los medios del engaño, por su contenido, la política criminal ha alcanzado resultados que sobrepasan el punto de suficiencia. Sin embargo, en algunos casos, quedan todavía ciertas lagunas legales.

### III. EL CONCEPTO DE ENGAÑO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Se da un vistazo a los fallos anteriores a la década de 1970 y se exponen las tesis sostenidas por nuestros Tribunales en las dos últimas décadas.

#### A. Las tesis sostenidas en los fallos anteriores a la década de 1970.

Antaño, nuestros altos Tribunales hicieron girar la figura de la estafa en torno del elemento ardid o engaño, como el elemento caracterizador de ella<sup>22</sup>. Consideraron asimismo, durante la primera década de este siglo, que la estafa nacía siempre y cuando el ardid o el engaño hubiere sido anterior a la entrega de la cosa<sup>23</sup>, criterio que fue mantenido por más de sesenta años.

Empero, en muchos casos de retenciones indebidas, condenaron por estafa<sup>24</sup>.

Al inicio de la década de 1950 fueron del criterio que para la configuración del delito de estafa era requisito indispensable la existencia de un engaño *manifiesto*<sup>25</sup>.

#### B. Las principales tesis mantenidas en las décadas de 1970 y 1980

Se agrupan y se exponen las tesis de los fallos de las décadas de 1970 y 1980 en tema del engaño

1.-Tesis del ardid como engaño suficiente, capaz de mover al ofendido en error y revestido de ciertos elementos exteriores que refuercen la credulidad de aquél:

Muchos fallos, en estas décadas, se inclinaron por la tesis según la cual, el ardid debe ser un engaño calificado y acompañado por elementos exteriores que acentúen la credulidad del ofendido.

Concibieron así el ardid, bajo el pensamiento soleriano, como *todo astuto despliegue de medios engañosos*, en contraposición con todas aquellas acciones que no trascienden los límites de la simple mentira<sup>26</sup>.

En este mismo lineamiento conceptual, en el cual el ardid debe revestir cierta entidad aparatosa, no bastando, por ende, para constituirlo, la simple mentira, muchos fallos acogieron la postura según la cual el delito de estafa no protege la ingenua credulidad de las personas, sino el perjuicio patrimonial causado por un ardid idóneo<sup>27</sup>.

A la vez, en este mismo sentido, algunos fallos se inclinaron por la posición de considerar que: "... en estos casos, la ley no protege al incauto, al excesivamente confiado, al poco diligente o al ciudadano medio ..." <sup>28</sup>.

21. "Negro vende un perro de caza a Blanco, sin mencionarle la circunstancia de que agarra gansos y gallinas." ("Supresión de un hecho verdadero, y, por consiguiente, estafa por omisión.") KERN (Eduard), op. cit. pp. 50 y III-112.

22. Cf. ROJAS ARAYA (Huber), *La estafa*, Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1970, p. 98.

23. Ibid. pp. 98-99.

24. Ibidem pp. 99-100.

25. ROJAS ARAYA, op. cit. p. 100

26. Tribunal Superior Segundo Penal, No. 426 de las 16:10 hrs. del primero de junio de 1973. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, No. 237 de las 17:00 hrs. del 27 de octubre de 1980. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 32 F de las 15:00 hrs. del 22 de octubre de 1980. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 234 de las 10:20 hrs. del 22 de octubre de 1981.

27. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección II, No. 116 de las 17:45 hrs. del 25 de mayo de 1977. Tribunal Superior Primero Penal, Sección II, No. 67 de las 17 hrs. del 29 de marzo de 1985.

28. Tribunal Superior Penal de Alajuela. Sección B, No. 238 de las 15:50 hrs. del 22 de diciembre de 1980. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, No. 246 de las 10:50 hrs. del 29 de setiembre de 1982. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B., No. 68 del 26 de marzo de 1984. Lo analizado debió ser la conducta desplegada por el autor y no la exterioridad de la conducta del ofendido; pues, ella no forma parte del tipo penal.

También, en esta misma dimensión doctrinaria, ciertas resoluciones establecieron el criterio, según el cual el ardid no llega a existir en todos aquellos casos en los que, en las respectivas negociaciones, los sujetos no tomaron las necesarias precauciones para evitarlo<sup>29</sup>.

Otros, por su parte, en este mismo universo de pensamiento, exigieron actuar, con la ordinaria prudencia requerida en toda negociación<sup>30</sup>; y, otros, los más, con la debida diligencia en el examen del objeto por comprar o con la necesario estudio constataador en el Registro Nacional<sup>31</sup>.

2.-Tesis que, consideró las condiciones personales del ofendido en la existencia o eficacia del ardid.

Esta tesis viene a ser la contrapartida de la tesis anterior. Aparece, en la historia de nuestros Tribunales, por primera vez, en el año de 1.981, en los siguientes términos: "Para los efectos del delito de estafa, la eficacia del engaño tiene que considerarse atendiendo a las condiciones personales del ofendido; por ello no impide la calificación de un hecho como estafa, la credulidad, acaso excesiva de la víctima, ni que el fraude ideado sea burdo..."<sup>32</sup>

Dos años después, otro Tribunal expresa el mismo criterio: "... para juzgar la existencia o idoneidad del ardid, no se puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado..."<sup>33</sup>

Para el año de 1984, esta tesis, que superaba aquella según la cual el engaño debía presentar tal entidad que en sí fuera apto para eludir la perspicacia de las personas más avisadas, es receptada, en dos fallos de importancia, por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: "... la eficacia del engaño tiene que analizarse en cada caso concreto, atendiendo las condiciones personales del ofendido, relativas a inteligencia, cultura y educación..."<sup>34</sup>

En el año de 1985 un Tribunal consideró que en los caos de estelionato "... al igual que en otros muchos de comisión por omisión, existe el deber positivo de decir verdad y el silencio es suficiente para constituir ardid..."<sup>35</sup>.

**C: LA POSICION ASUMIDA POR NUESTROS TRIBUNALES, LUEGO DE LA REFORMA LEGISLATIVA DE 1.988:**

Un germen embrionario se venía gestando para el cambio. En 1987, la Sala Tercera, había

mantenido la posición que en relación con el ardid "... no se trataba de todo un despliegue malicioso, sino tan solo de aquel que en el caso concreto y de acuerdo con sus especiales circunstancias indujo en error al sujeto pasivo con perjuicio patrimonial. Si para ello bastó una mentira, el medio empleado fue idóneo para inducir en error y obtener así un provecho patrimonial."<sup>36</sup>

Tras la reforma de 1988, la Sala Tercera, adhiriéndose a los fallos anteriores y con fundamento en la doctrina italiana y argentina, estableció el criterio, por el cual el engaño, visto como simple mentira, es suficiente si induce en error al ofendido; resultando, por tanto, inútil distinguir entre artificio tosco y rudo y artificio sutil; y, siendo, a su vez, irrelevante analizar si la

29. Tribunal Superior Penal de Limón, No. 143, de las 10:35 hrs. del 9 de agosto de 1.979. Tribunal Superior Penal de Puntarenas, No. 199 de las 15:45 hrs. del 14 de agosto de 1.981. Tribunal Superior Penal de Limón, No. 282 de las 17:05 hrs. del 17 de setiembre de 1985.

30. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, No. 61 de las 16:45 hrs. del 9 de marzo de 1.978.

31. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 193, de las 10:05 hrs. del 9 de setiembre. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 252 de las 10:30 hrs. del 10 de noviembre de 1.981. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 32 del 23 de febrero de 1.983. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 125 del 4 de julio de 1984.

32. Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón, No. 72 de las 13 hrs. del 27 de mayo de 1.981. Pocos años después, otro Tribunal estimó que, el engaño, aunque fuera burdo, mantenía su eficacia si actuaba sobre una persona sencilla: Tribunal Superior Penal de Puntarenas, No. 159 de las 19:30 hrs. del 13 de octubre de 1.983. En un mismo sentido: Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, No. 104 de las 17:05 hrs. del 3 de mayo de 1982.

33. Tribunal Superior Penal de Limón, No. 25 de las 17:15 hrs. del 24 de febrero de 1983.

34. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No. 30 de las 15:25 hrs. del 6 de marzo de 1.984 y Sala Tercera, No. 355 de las 15:45 hrs. del 18 de diciembre de 1.984. No obstante, haber superado esta posición la tesis del engaño calificado, lo cierto es que las condiciones personales del ofendido no son parte del tipo de la estafa.

35. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección B, No. 214, del 13 de setiembre de 1985.

36. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No. 33 F de las 10:00 hrs. del 27 de noviembre de 1987.

ignorancia o ligereza de aquél haya facilitado o no el error<sup>37</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES GENERALES:

Con la reforma de 1988 el concepto de engaño fue circunscrito detalladamente por los elementos normativos *simulación de hechos falsos o la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos*.

Se positivó un contenido objetivo para escindir el ámbito penal de lo que es la estafa de todo aquellos otros fraudes que no lo son.

Se aumentó, además, la cobertura de los alcances del contenido del tipo hacia fraudes que antes escapaban de su capacidad de punición.

Se facilitó, para el mundo forense, la prueba procesal del engaño, por consecuencia de perder todos los contornos aparatosos con que lo revistió nuestra jurisprudencia, influenciada por los tratadistas extranjeros, comentadores de

legislaciones de inspiración italiana o francesa.

A partir del año de 1981, nuestros Tribunales dan un giro de importancia en la concepción del engaño. Lenta y tímidamente empiezan a apartarse de las arraigadas tesis, tantas veces sacralizadas.

Para 1984 la Sala Tercera consagra por principio el atender a las condiciones personales del ofendido para analizar en ellas contextualizadamente la eficia del ardid.

En 1987, la Sala Tercera, establece el concepto de la simple mentira como engaño idóneo, la cual perfecciona en el año 1990.

En la actualidad, y luego de más de cinco años de haberse operado la reforma del artículo 216 del Código Penal, muchos de nuestros Tribunales parecen no haber advertido el cambio radical que experimentó el precepto o incriminación del tipo de la estafa, como previsión abstracta del hecho punible, en tema del engaño.

37. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No. 282 F de las 8:50 hrs. del 28 de setiembre de 1990.



# PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA LA REFORMA DE UN SISTEMA PROCESAL MIXTO. EL CASO DE COSTA RICA.

*Dr. Fernando Cruz Castro*

Presidente del Tribunal Superior de Casación Penal  
Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, U.C.R.

## I. ANTECEDENTES Y DESVIACIONES DEL CÓDIGO VIGENTE

El código procesal penal vigente se ha inspirado, como bien se sabe, en el código de procedimientos penales de la Provincia de Córdoba (Argentina). No se trata, como se lo han dicho con insistencia algunos profesores universitarios o periodistas, de un código que haya heredado los vicios y desviaciones del código italiano de 1930, sino que se trata, como bien lo expresa Julio Maier, de un cuerpo normativo que según el profesor Niceto Alcalá Zamora y Castillo, "...representa para Latinoamérica un modelo inigualable, a la altura de los mejores del mundo,..."<sup>1</sup>. Estima el profesor Maier, que el modelo procesal cordobés, presenta deficiencias y limitaciones, señalando incluso que la reforma procesal penal que se hizo en Costa Rica, en el primer quinquenio de la década de los setenta, debió complementarse con una significativa modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Respecto de los antecedentes históricos inmediatos del código de Córdoba y del costarricense, debe destacarse que su antecedente principal es el Código italiano de 1913, que le transmite todo su espíritu liberal, adoptando, al mismo tiempo, la depurada técnica del Código italiano de 1930, del cual, "...prudentemente, no toma los desvíos que aconsejó el régimen político entonces imperante en la península..."<sup>2</sup>.

La práctica procesal ha propiciado algunas desviaciones que debilitan en mayor o menor medida las garantías fundamentales del acusado y las reglas del debido proceso. En una investigación hecha por el profesor Walter Antillón, detectó

algunos indicadores que reflejan el debilitamiento que la práctica judicial ha ido imponiendo a ciertos principios esenciales del proceso; por ejemplo, se determinó que en bienio 1976-1977, (recién promulgado el código), en el 35% de las causas analizadas en una muestra representativa, se incorporó por lectura, al debate, la prueba testimonial producida en la instrucción; este porcentaje aumenta diez años después, ya que en el bienio 1985-1986, el porcentaje de incorporaciones fue del 43,5%. Estos indicadores permiten establecer la tendencia hacia un debilitamiento de los principios que rigen el juicio oral y contradictorio.<sup>3</sup> Existen otros puntos en los que se aprecian graves disfunciones del sistema procesal, en algunos casos las deficiencias las provocan las propias reglas del código y en otras ocasiones, la práctica judicial va imponiendo su ley y su "ciencia". Mediante interpretaciones discutibles y sutiles, los jueces hemos desnaturalizado algunos principios fundamentales del código, desdibujando totalmente los objetivos político-criminales que lo inspiraron. Este es un aspecto en el que nuestra reflexión y análisis cumple un papel decisivo en el diseño de la reforma integral del código procesal penal.

1. Maier, Julio. "La reforma del procedimiento penal en Costa Rica" Rev.Doctrina Penal # O, Julio-Dic. 1977, p.103.

2. Ibid, p. 104.

3. Antillón, Walter. "Del proceso y la cultura", publicado en la obra colectiva titulada: Hacia una nueva Justicia Penal, Presidencia de la Nación, Argentina, 1989, Tomo II, p.54.

Los planteamientos para una reforma del proceso penal deben iniciarse con el análisis crítico de algunos principios fundamentales, ya que las transformaciones no pueden ignorar las líneas maestras que inspiran el código vigente. Los principios más importantes son de carácter constitucional, que son, sin duda alguna, los más importantes, aunque a veces quienes nos interesamos por el derecho procesal, olvidamos su indiscutible vocación constitucional. La verdad es que en último término, el perfil del proceso se deduce de los principios constitucionales que inspiran el proceso penal.

No me inclino por un enfoque de carácter estrictamente procesalista, que puede ser importante para dilucidar aspectos muy particulares de la reforma, sino que me parece más importante analizar y definir los lineamientos fundamentales que orientarán la reforma integral del proceso. El código procesal penal modelo para Iberoamérica y el proyecto de código procesal penal para la Argentina, de 1987, inspiran muchas de las ideas que se exponen en este trabajo. En igual sentido debo destacar la influencia del profesor Julio Maier, cuyas ideas han transformado radicalmente el análisis del proceso penal.

## 2. FORTALECIMIENTO DE LA ORALIDAD Y REDUCCIÓN DE LA FASE ESCRITA DEL JUICIO.(INSTRUCCIÓN)

El primer objetivo fundamental debe ser el fortalecimiento de la oralidad.<sup>4</sup> Desde el punto de vista científico, existe la opinión generalizada de que el DEBATE, a pesar de sus limitaciones, es la fase más importante del proceso. Nuestra práctica judicial ha mantenido las reglas esenciales que caracterizan el debate oral, público, concentrado y contradictorio.

La oralidad permite simplificar el proceso, acelerando su desarrollo, ya que las etapas procesales se van cumpliendo ininterrumpidamente, pasándose a la siguiente sin necesidad de complicados trámites o formalidades. La preclusión es una consecuencia natural de la actividad de las partes en virtud de la concentración que exige la oralidad. El proceso avanza por la actividad compartida de los sujetos intervinientes en el mismo.

Es indudable que la etapa más oscura y problemática del proceso penal vigente, es la instrucción. Sus reglas y la práctica judicial que prohija, no se adapta totalmente a los valores que

inspiran una sociedad democrática. Esta etapa procesal tiene dos problemas fundamentales: En primer término, carece de transparencia; se trata de un proceso escrito sobre el que existe un acceso reducido, al punto que la Sala Constitucional, al resolver un recurso de inconstitucionalidad, eliminó algunas limitaciones que se imponían al acusado y que le impedían conocer el expediente antes de rendir declaración indagatoria durante la instrucción.<sup>5</sup> Es indudable, por tanto, que uno de los objetivos fundamentales de la reforma debe ser el fortalecimiento del principio de oralidad y reducir al máximo el formalismo de la instrucción. El segundo problema que enfrenta la instrucción, es el de la delegación; se trata de una etapa procesal en la que ninguno de los sujetos del proceso participa directamente en la recepción de la prueba y en algunos casos el Juez, por exceso de trabajo, ni siquiera dirige realmente la investigación. Incluso es probable que los escribientes del Despacho, sin ninguna formación profesional, sean los que dicten las resoluciones más importantes, ya que el sistema de trabajo impone una delegación de funciones que es totalmente incontrolable. Estas son realmente las inevitables desviaciones que genera el sistema escrito.

La modificación de la etapa intermedia, convirtiéndola en una auténtica fase del proceso, también vigorizaría notablemente la vigencia de la oralidad en el proceso penal. Actualmente esta etapa es escrita, lo que propicia la escasa participación de los sujetos que intervienen en la instrucción. Es conveniente que la investigación del hecho delictivo culmine en una audiencia oral, ante un tribunal colegiado o unipersonal, según sea el caso, con la intervención del representante del Ministerio Público y de las partes. Con estas modificaciones sí es posible examinar el contenido de la acusación, determinando si procede la elevación a juicio o si se debe dictarse cualquier otra resolución que suspenda o mantenga la investigación por un determinado período.

4. Maier, Julio. "Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos"; Mora Mora, Luis P. "La importancia del juicio oral en el proceso penal". Estos artículos publicados en la Revista de Ciencias Penales Costa Rica, Año 3, # 4, Junio 1991.

5. Mediante sentencia # 1331-90 del 23 de octubre de 1990, la Sala Constitucional decretó la inconstitucionalidad de la norma que establecía limitaciones al acusado y a sus abogados para examinar el sumario de instrucción. (párrafo primero del artículo 195 del c.p.p.)

### 3. CELERIDAD DEL PROCESO. DISMINUCIÓN DEL NÚMERO DE CAUSAS QUE SE TRAMITAN EN EL SISTEMA PROCESAL

El segundo objetivo fundamental es el fortalecimiento de la celeridad del proceso. Este es uno de los objetivos político-criminales más importantes que debe cumplir el sistema judicial.

Es decir, el proceso debe resolverse dentro de un margen razonable de tiempo. Este es un aspecto en el que muy a menudo, por la notoriedad de algunos casos, se plantean por la prensa comentarios y críticas al sistema procesal penal. La lentitud de ciertos procesos, es evidente, sin embargo, las cifras en este aspecto no demuestran un panorama tan grave como el que a veces se destaca en la prensa nacional. Por ejemplo, el promedio de duración de la instrucción a nivel nacional es de 6 meses y dos semanas, aunque algunos Juzgados de Instrucción, como el de Hatillo, Puriscal y San Carlos, la duración de la instrucción oscila entre diez y doce meses. Respecto a la etapa de Debate en los Tribunales Penales, la etapa de duración promedio es de 17 meses, aunque todos los Tribunales de San José, con excepción del Tribunal Tercero, Sección Primera, registran un promedio de duración que oscila entre los veintidós meses y dos semanas y los veintiséis meses y una semana<sup>6</sup>. Las cifras mencionadas no son más que un simple indicador, ya que para establecer conclusiones definitivas, es necesario profundizar el análisis, sin embargo, es posible admitir, en principio, que el promedio de duración de la instrucción, es aceptable. Tampoco puede ignorarse un hecho que el análisis estadístico no puede detectar y que se refleja en las notables limitaciones que tiene nuestro sistema procesal cuando debe investigar y juzgar hechos relacionados con la delincuencia no convencional, tal como ocurre con la corrupción política y administrativa, el enriquecimiento ilícito, y cualquier fraude económico millonario en el que los supuestos infractores tengan poder económico o político. Procesos como el del Fondo de Emergencias o las estafas millonarias en perjuicio de los Bancos, demuestran las graves limitaciones que tiene el sistema penal para juzgar hechos de gran trascendencia socio-económica y en los que se investiga o se juzga a personas de gran poder económico o político. La lentitud del proceso adquiere dimensiones dramáticas en los casos importantes, tal como ya se mencionó, por esta

razón se deben introducir algunas reformas estructurales en el proceso, para acelerar aún más su desarrollo, sin lesionar, de ninguna manera, los principios que caracterizan el debido proceso. La celeridad del proceso, como meta político criminal en cualquier reforma procesal, no justifica, en ningún momento, un debilitamiento de las garantías del acusado.

La celeridad del proceso se puede lograr mediante algunas medidas que disminuyan el flujo de expedientes que ingresan al sistema. Nuestro sistema procesal es muy rígido respecto de las reglas que permiten excluir el ingreso de causas, ya que por aplicación del principio de legalidad, sólo puede rechazarse una denuncia si los hechos son atípicos o si se trata de delitos de acción privada o de acción pública perseguibles a instancia privada. Nuestro sistema procesal impone, con las limitaciones mencionadas, una vigorosa tendencia hacia la admisión indiscriminada de cualquier denuncia, de tal forma que nuestras oficinas judiciales se ven inundadas de expedientes que en muchas ocasiones no justifican una costosa intervención de la burocracia judicial. La inercia burocrática y las normas que regulan la admisibilidad de los hechos denunciados, imponen la obligación de iniciar el proceso y continuar su tramitación en casi todos los casos. Esta inflexibilidad provoca, en la práctica, una serie de contradicciones que convierten al sistema procesal en un instrumento discriminador, ya que sólo persigue con eficiencia la criminalidad convencional (generalmente contra la propiedad) y se muestra absolutamente incapaz de investigar y juzgar la criminalidad no convencional. La celeridad del proceso requiere la introducción de reglas que permitan una disminución significativa de los asuntos que ingresan al sistema procesal, objetivo que se logra mediante la inclusión de un principio de oportunidad reglado, en el que el ente acusador no tendría el pleno control de la acusación, sino que siempre sería la autoridad jurisdiccional la que fiscalizaría, en último término, la decisión de no perseguir penalmente ciertos casos.

Existen otras reformas que también permitirían racionalizar la intervención del sistema procesal y que disminuirían sustancialmente las

6. Cifras del Departamento de Estadísticas del Poder Judicial. Datos de 1991. La lentitud que se observa en los Tribunales de Juicio se debe al exceso de expedientes que esperan el señalamiento para debate, ya que el trámite de citación a juicio y de admisión de la prueba tarda menos de dos meses.

demandas que éste soporta, tal como ocurre, por ejemplo, con la suspensión del proceso a prueba, que consiste, fundamentalmente, en la suspensión del proceso, evitando la etapa de debate, en todos los casos en los que procedería la suspensión condicional de la pena. La disminución del número de causas que se tramitan en los Tribunales y Juzgados, sería significativa, ya que, por ejemplo, en el año 1990, del total de 2572 varones que fueron condenados por los Tribunales Superiores, se otorgó la ejecución condicional de la pena a 1188 personas, (ver Anuario de Estadísticas Judiciales de 1990, p. 21) es decir, que se otorgó a un 46,10 % de los varones condenados, se les concedió el mencionado beneficio. En todos estos casos, pudo evitarse la etapa de citación a juicio y el debate, si hubiese existido la posibilidad de suspender el proceso a prueba, que en términos simples, es un procedimiento que logra los mismos efectos que los que se obtienen con la ejecución condicional de la pena, sólo que no requiere la celebración del Debate, ni la necesidad de dictar una sentencia condenatoria. La suspensión del proceso a prueba permite que un porcentaje aproximado al cincuenta por ciento de las causas que se tramitan en el sistema procesal, puedan ser resueltas con mayor rapidez, racionalizando significativamente el empleo de los limitados recursos con que cuenta el sistema judicial y permitiendo, al mismo tiempo, que se le pueda brindar una atención especializada a los procesos graves y complejos, que son los que vienen a poner en evidencia la lentitud e ineficacia del proceso penal.

La reforma del recurso de apelación de las resoluciones interlocutorias, es otra de las medidas que racionalizan la actividad del proceso penal. El trámite del recurso de apelación de las resoluciones interlocutorias de la instrucción, provoca, sin duda alguna, un retraso innecesario del proceso. La apelación de un expediente ocasiona, en la práctica, la paralización de la instrucción durante un lapso promedio de ocho semanas. De tal forma, que si un asunto se apela en dos ocasiones, la instrucción se paraliza cuatro meses. Se trata de un trámite que resulta innecesario, porque lo que se discute durante la instrucción es totalmente provisional. Aún en el caso de que se revocara la resolución apelada, casi siempre se debe continuar la instrucción. Es decir, se perdió tiempo en la tramitación del recurso, se paralizó la investigación durante dos meses y luego se dictó una resolución que es provisional y finalmente, se debe reanudar, lo que se interrumpió. El proceso ganaría celeridad si se eliminara el recurso de apelación durante la

etapa de investigación, manteniéndolo sólo para los casos en los que se discute la procedencia de la prisión preventiva. Si se pretende, por otra parte, que el Ministerio Público sea el responsable de la investigación, con mayor razón pierde sentido el recurso de apelación de los asuntos interlocutorios, tal como ahora lo conocemos, puesto que el Ministerio Público no realizará una investigación con las formalidades de una instrucción jurisdiccional. La autoridad jurisdiccional controlará la investigación del ente acusador, pero la discusión definitiva sobre la imputación se producirá al finalizar la instrucción. En este caso, sí se requiere la realización de una audiencia oral ante un tribunal unipersonal o colegiado, según sea el caso, en la que se discutirá ampliamente la procedencia de la acusación. Con este sistema, resulta innecesaria la apelación de las resoluciones interlocutorias, excepto, las que imponen alguna limitación a la libertad personal. Estas modificaciones simplifican el proceso y aceleran, notablemente, la etapa de investigación, que es la más lenta en el proceso vigente. Es importante resaltar que la persona investigada, tiene derecho a que el Ministerio Público le informe sobre el desarrollo de las investigaciones, y en caso de que se incumpla tal obligación, el interesado puede requerir la intervención de la autoridad jurisdiccional, quien impondrá al representante del ente acusador el cumplimiento de la obligación mencionada. Es importante recordar, por otra parte, que la investigación que haga el Ministerio Público, no tendrá un efecto definitivo en el proceso, ya que la única prueba que podrá incorporarse por lectura al debate, es la que se ha recibido bajo la supervisión de una autoridad judicial, con la activa participación de todas las partes. Toda la instrucción hecha por el Ministerio Público debe reproducirse durante el debate, de lo contrario, no se estima que sea una prueba legítima. Todos los correctivos mencionados garantizan un equilibrado control sobre la instrucción realizada por el Ministerio Público y le dan una mayor preeminencia al juicio oral, propiciando una significativa aceleración del proceso. El recurso de apelación sólo se justifica si se mantiene la instrucción jurisdiccional que prevé el código vigente, pero si tal función la asume el Ministerio Público, no se justifica su existencia, excepto que sean resoluciones que requieran la imposición del encarcelamiento preventivo.

La introducción de algunas modificaciones respecto de los principios que rigen las nulidades

del proceso, también permitirán una mayor celeridad del proceso, ya que en muchas ocasiones se anulan resoluciones aplicando criterios excesivamente formales y provocando un retraso innecesario del proceso. En muchas ocasiones, las anulaciones son innecesarias y provocan una injustificada lentitud en el desarrollo del proceso.

En el año 1991, los Tribunales Superiores Penales del país anularon el 22.99% de las causas que recibieron para Debate; si se examinan dichas resoluciones, se puede establecer, muy claramente, que un importante porcentaje de ellas no debieron dictarse, puesto que no cumplen ningún interés procesal esencial.

Es necesario introducir algunas reformas que fortalezcan la vigencia de dos principios que ha establecido la Sala Tercera Penal y que son:

- a. La existencia de un vicio en el procedimiento, aún cuando configure una nulidad absoluta, no debe decretarse, cuando no exista interés procesal en hacerlo.
- b. Las nulidades, aunque sean absolutas, no deben ordenarse en aquellos casos en que sea posible subsanar los vicios sin necesidad de repetir el acto o el procedimiento. (Ver Casaciones N-261-F de las 9:50 horas del 20 de diciembre de 1985; N-208-F de 9:45 horas del 7 de agosto de 1987; N-330-F de las 9:00 horas del 9 de noviembre de 1990). En muchas ocasiones, por ejemplo, los defectos del requerimiento no son esenciales y hasta podrían subsanarse al iniciar la primera audiencia del Debate. Esta medida desburocratiza el proceso y acelera su desarrollo.

El proyecto argentino de 1987 contiene un principio con el que se puede evitar la repetición innecesaria de actos que provoca la nulidad, ya que establece que bajo el pretexto de la renovación del acto, la rectificación de un error o cumplimiento de un acto omitido "... no se podrá retrotraer el procedimiento a períodos ya preluidos, salvo ..." que se trate de vicios esenciales en la acusación o que la Sala de Casación haya anulado la sentencia, decretando el reenvío de la causa para la celebración de un nuevo debate. (Ver párrafo segundo del artículo 228 del proyecto argentino de 1987).

Todos los principios citados permitirán corregir significativamente el injustificado retraso que provocan actualmente la aplicación de las reglas sobre la nulidad.

#### 4. FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL ACUSADO

El tercer objetivo político-criminal de la reforma del proceso penal consiste en el fortalecimiento de las garantías del acusado. A pesar de que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha vigorizado notablemente la vigencia real de los derechos del acusado<sup>7</sup>, subsisten algunas normas o principios en el código vigente que los debilitan, especialmente en los siguientes aspectos:

- a. No se establece un límite temporal a la prisión preventiva. Es indispensable establecer algunos principios que definan claramente la duración máxima de la detención durante el desarrollo del proceso. Las soluciones en esta materia no son pacíficas, sin embargo, vale la pena citar algunos criterios que ha elaborado la Comisión europea de derechos humanos: se trata de siete criterios que deben tomarse en cuenta al determinar el "plazo razonable de detención" y que se definieron de la siguiente forma: I. La duración de la detención; II. La naturaleza del delito y de la pena señalada para el mismo; III. Los efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros; IV. La conducta del acusado; V. Las dificultades en la instrucción del proceso; VI. La forma en que han realizado la instrucción las autoridades judiciales; VII. La actuación de las autoridades durante todo el proceso.<sup>8</sup> Esta multiplicidad de criterios, demuestra la

7. Armijo Sancho, Gilberth. "La Constitución Política: Su influencia en el proceso penal", Publicación de la Corte Suprema de Justicia. Costa Rica, 1991. Respecto a la intervención de la Sala Constitucional en el proceso penal, sería preferible introducir algunas modificaciones que restrinjan su competencia en el recurso de hábeas corpus, admitiendo, al mismo tiempo, la posibilidad de que la jurisdicción constitucional pueda ejercer su función contralora en el proceso penal, mediante el recurso de amparo. Es preferible admitir sin tapujos este recurso y no desnaturalizar el recurso de hábeas corpus, que tal como se regula en la Ley de Jurisdicción Constitucional, se convierte, de hecho, en un recurso de amparo disfrazado.

8. Dolz Lago, Manuel de Jesús. "Los principios de actuación del Ministerio Fiscal" (Según la Constitución Española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Antología del Ilanud, 1989, p. 8.

complejidad del problema, en el que no parece conveniente señalar un plazo de detención preventiva aplicable a todos los delitos. Como bien lo resalta la Comisión, el plazo razonable de detención preventiva depende de factores que varían de acuerdo con el tipo de delito y las dificultades de la instrucción.

b. No se contemplan reglas que definan al imputado como objeto y sujeto de prueba. El código vigente no establece si la extracción de sangre, el reconocimiento en rueda de presos, las diligencias para obtener el cuerpo de escritura, requieren el concurso voluntario del acusado y si éste puede oponerse a su ejecución. Casi todos estos problemas los ha resuelto mediante decisiones jurisdiccionales, sin embargo, las decisiones jurisdiccionales no resuelven todos los interrogantes que surgen en la ejecución de estas diligencias probatorias.<sup>9</sup> El artículo 81-a de la Ordenanza Procesal Alemana prevé que "... Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueren importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras ingerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud ...".

c. Redefinir las causales que justifican el encarcelamiento preventivo e introducción de medidas alternativas a la prisión preventiva.

En cuanto a la prisión preventiva, el código vigente no define claramente que esta medida cautelar debe cumplir objetivos eminentemente procesales y que sólo debe imponerse cuando se pretenda asegurar la eficacia del proceso. El inciso tercero del artículo 298 del código vigente, autoriza la restricción de la libertad del imputado, por razones que no guardan ninguna relación con la eficacia de la persecución estatal. Se trata en realidad de una medida de seguridad impuesta durante el proceso, y sin juicio previo. También es conveniente establecer ciertos criterios que definan lo que debe entenderse como peligro de fuga o como peligro de entorpecimiento de la investigación, tal como muy bien se prevé en el artículo 112 de la Ordenanza Procesal alemana. Es indudable que la jurisprudencia

de la Sala Constitucional en materia de hábeas corpus, ha racionalizado aún más la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal, ya que ha exigido dos requisitos que la práctica judicial penal había desdibujado notablemente: en primer lugar, la resolución en la que se deniega la excarcelación debe ser fundada; en segundo lugar, la restricción de la libertad durante el proceso sólo se justifican cuando se pretende asegurar la eficacia de la persecución estatal. A pesar de lo expuesto, la reforma de las normas procesales en esta materia, es indispensable, ya que existen aspectos que el hábeas corpus no resuelve satisfactoriamente.

En cuanto a las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, es conveniente ampliar las posibilidades de aplicar el arresto domiciliario, ya que el artículo 293 del c.p.p. sólo lo autoriza para las mujeres honestas y las mujeres mayores de 60 años. Otra medida alternativa a la prisión preventiva consiste en la posibilidad de que el acusado se someta al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien tendrá la obligación de informar periódicamente al tribunal.

La transformación del proceso penal no es un problema estrictamente técnico, sino que debe evaluarse como un problema político-constitucional. Las modificaciones en el proceso penal incidirán en las pautas de convivencia social y significan, de alguna forma, una modificación en los instrumentos de control y dominación del Estado. Este es el aspecto que tiene mayor trascendencia política en la reforma. Por otra parte, es necesario destacar que el proceso penal no es sólo un fenómeno estrictamente formal o adjetivo, sino que es también sustantivo, ya que cuando definimos las garantías del acusado, la oralidad, la participación del ofendido, las potestades estatales en la investigación, etc., estamos determinando el contenido de derechos fundamentales. Por esta razón es que algunos autores afirman, con sobrada razón, que el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado. Casualmente, la intervención constante que la

9. Cruz Castro, Fernando. "La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho", Ilanud, Costa Rica, 1989, p. 124 ss.

Sala Constitucional tiene sobre el proceso penal, es una muestra evidente de tal aseveración.

##### 5. TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN QUE CUMPLE EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN. CONVERTIRLO EN CONTRALOR DE LA LEGALIDAD DEL PROCESO

Una de los objetivos fundamentales de la reforma consiste en la transformación del rol del Juez de Instrucción, lo cual, significa, al mismo tiempo, una radical transformación de la instrucción, que es una de las mayores debilidades de nuestro proceso penal. Es en esta etapa donde se detectan las disfunciones más graves del sistema procesal.

Las transformaciones en la instrucción judicial debe cumplir los siguientes objetivos político-criminales: Separar claramente la investigación de las funciones de vigilancia y tutela de las garantías constitucionales del proceso. Actualmente existe una inconveniente confusión entre las dos funciones mencionadas, asumiendo el Juez de Instrucción un rol que en último término es esencialmente contradictorio, ya que por una parte tiene el compromiso de ser eficaz en su investigación y por la otra, debe autolimitar sus potestades para asegurar la vigencia de los derechos del acusado. El origen de esta insoluble contradicción es la consecuencia inevitable de un compromiso histórico que no logró incorporar totalmente espíritu republicano al proceso, especialmente en la etapa de investigación; la figura del juez de instrucción propicia la sobrevivencia de los vicios que caracterizan al proceso inquisitivo, porque como se ha dicho en muchas ocasiones: "...el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores.<sup>10</sup> Esta contradicción debe superarse, rescatando definitivamente el espíritu republicano que debe orientar el proceso penal en todas sus etapas y no sólo en el debate, que es lo que ocurre en el proceso vigente. La supervivencia del juez de instrucción denota el compromiso entre el mantenimiento de la INQUISICION y la resistencia a introducir las garantías del proceso acusatorio; esta figura representa, junto al autoritarismo que orienta a la instrucción, la supervivencia del inquisidor.<sup>11</sup> Se deben separar las funciones a partir de la instrucción preliminar, atribuyéndole al Ministerio

Público el poder requiriente y de investigación, y a otro órgano separado, en este caso, los jueces, la función contralora sobre las funciones que ejerce el ente acusador. Mediante esta separación y redefinición de la función acusadora y la jurisdiccional, se define claramente que los representantes del ministerio público no tienen poderes decisorios, ni tienen capacidad para decretar medidas que limiten, de alguna forma, derechos constitucionales fundamentales, (libertad, intimidad, recepción de pruebas irreproducibles, etc.) reservándose esta materia a una autoridad judicial que será la que mantendrá un control sobre la investigación, protegiendo los derechos del acusado, sin comprometerse en la investigación del hecho denunciado.

Otra de las serias desventajas del Juez de instrucción, es que viene a imponer una rigidez estructural que atenta contra la eficacia de la investigación, ya que no posee la flexibilidad para adaptar los recursos humanos y materiales, siempre insuficientes, a las necesidades y objetivos de cada investigación. La supervivencia de una autoridad judicial instructora, tal como la conocemos, provoca graves disfuncionalidades a la investigación, propiciando una investigación totalmente ineficiente, especialmente en los delitos que ocasionan un daño social grave, cuyos autores, bien asesorados, utilizan las debilidades estructurales del proceso para lograr su impunidad<sup>12</sup>. Como muy lo señala el profesor Maier, "...la muerte de este personaje, el juez de instrucción, y del tipo de procedimiento que le es propio, está hoy decretada oficialmente. No sólo se trata de la necesidad de eficiencia en la preparación y ejercicio de la acción penal pública por parte de su órgano específico, el ministerio público, sino, además, de garantizar, también con eficiencia, los derechos básicos del perseguido penalmente y de las demás personas alcanzadas por el conflicto que se va dirimir..."<sup>13</sup>

Con estas modificaciones en la instrucción no se pretende, de ninguna forma, que desaparezca el

10. Ver Exposición de motivos del código modelo para Iberoamérica, Ediciones Hammurabi, Argentina, 1989, p. 22-23. En igual sentido la exposición de motivos del Proyecto Argentino de 1987, Ediciones Depalma, Argentina, 1987, p. 66O.

11. Maier, Julio. "La reforma del proceso en el marco del sistema penal", *Rev.guatemalteca, Justicia Penal y Sociedad*. #-O-1991, p.24-25.

12. *Ibid.* p. 25.

13. *Ibid.*

control jurisdiccional en la instrucción, sino que más bien se pretende su fortalecimiento, puesto que el Juez no estará comprometido, de ninguna manera, con la investigación; su compromiso se circunscribirá, exclusivamente, a garantizar el respeto a los derechos del acusado, impidiendo cualquier exceso del ente encargado de la investigación. Las reformas procesales más recientes han incorporado plenamente los objetivos que se han comentado, tal como ha ocurrido con la Ordenanza Procesal alemana, el nuevo código procesal italiano (1991), el código procesal portugués, así como el proyecto argentino de 1987 y el guatemalteco de 1991. Los ejemplos de derecho comparado que se han citado, constituyen un excelente punto de referencia para orientar las reformas que se proponen a la instrucción.

Es importante destacar que en el sistema procesal mixto moderno (o inquisitivo reformado), que es el modelo que desarrolla el código de procedimientos penales costarricense, la figura del juez inquisidor no desaparece en la etapa de DEBATE. Tanto el Juez que preside el Tribunal, como el que se integra con juez unipersonal, tiene poderes extraordinarios respecto a la determinación de las pruebas que deben evaluarse durante el debate. Las facultades jurisdiccionales en este aspecto, se sintetizan de la siguiente forma:

1. Si ninguna de las partes ofrece prueba para el debate, el Juez, sin ninguna limitación, dispone la recepción de aquella que estime pertinente y útil. (Ver párrafo tercero del artículo 352 del c.p.p. de Costa Rica).<sup>14</sup>
2. También puede la autoridad jurisdiccional ordenar, de oficio, todas las pruebas que se hubiesen omitido durante la instrucción. (Ver artículo 353 del código de procedimientos penales de Costa Rica en el que se regula la instrucción suplementaria).<sup>15</sup>
3. Durante el desarrollo del debate, el Juez que preside la audiencia, posee facultades prácticamente incontroladas respecto del interrogatorio de los acusados, testigos y peritos. Fácilmente la autoridad judicial asume en esta labor un protagonismo excesivo, comprometiendo de esta forma la imparcialidad y objetividad que debe caracterizar al juez en el desempeño de sus funciones. Lo más grave en estos casos es que cuando la autoridad judicial se excede en sus interrogatorios, formulando preguntas capciosas, insinuanes o ejerciendo sobre

testigos o acusados una presión psicológica impropia, no existe ningún instrumento procesal que permita controlar o erradicar eficazmente tales desviaciones o excesos. Es evidente que en estas circunstancias el Juez asume una actitud que lo contamina y que lesiona su imparcialidad. (Ver artículo 383 del código de procedimientos penales de Costa Rica; esta disposición concede al Juez facultades ilimitadas en el interrogatorio de testigos y acusados).<sup>16</sup>

4. El Juez, tanto en tribunal unipersonal o colegiado, aún después de la conclusión de la audiencia, pueden ordenar, de oficio, la recepción de nuevas pruebas, si las estima convenientes. (Ver artículo 387 del c.p.p. de Costa Rica).<sup>17</sup>

14. El código procesal tipo para iberoamérica (art. 289), así como el proyecto de código procesal penal guatemalteco (art. 310), admiten que el juez ordene prueba de oficio, pero siempre y cuando "... su fuente resida en las actuaciones ya practicadas ...". Se trata de una saludable limitación que se impone a la autoridad jurisdiccional, pero subsiste, de todas maneras, cierta oficiosidad que puede comprometer la imparcialidad del juzgador.

15. La instrucción suplementaria tiene mayores limitaciones en el código procesal tipo para iberoamérica (art. 285) y en el proyecto de código de procedimientos penales guatemalteco (art. 306), determinándose en ambos, las siguientes restricciones a la instrucción suplementaria: 1. Que se trate de órganos de prueba que por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrán concurrir al debate. 2. Cuando se trate de actos probatorios de difícil cumplimiento en la audiencia o que no admiten dilaciones. Con estas limitaciones se reduce bastante la potestad irrestricta que se le concede a la autoridad jurisdiccional en la instrucción suplementaria.

16. Tanto en el proyecto de código procesal penal tipo para iberoamérica (art. 314), como en el proyecto de código de procedimientos penales guatemalteco (art. 335), se establecen ciertas reglas que reducen la posibilidad de que la autoridad judicial pueda llegar a comprometer su imparcialidad en el interrogatorio de testigos y acusados. Las normas mencionadas, sólo autorizan el interrogatorio del Juez, después de que lo han hecho las partes. Esta regla permite que el primer interrogatorio al acusado y a los testigos, lo realicen las partes y no el Juez. Se reduce de esta forma el excesivo protagonismo que asume el juez en la evaluación y examen de la prueba durante la audiencia.

17. Una disposición similar contiene el artículo 317 del código modelo para iberoamérica y el 338 del proyecto de código de procedimientos penales guatemalteco.



En todos los casos que se han examinado, se aprecia una poderosa intervención de la autoridad judicial, comprometiéndose directamente en la investigación del caso. Sobrevive de esta forma el juez inquisidor, disminuyéndose sensiblemente las atribuciones que corresponden al ministerio público y desdibujándose totalmente la imparcialidad que debe asumir el Juzgador durante el DEBATE. La vigencia del principio de investigación oficial, no justifica, de ningún modo, la desnaturalización de la función jurisdiccional. Se impone la introducción de algunas modificaciones que alejen al Juez del compromiso que supone la determinación de la verdad, permitiendo, al mismo tiempo, que asuma frente al caso, una actitud que no contamine o comprometa, de alguna forma, su imparcialidad.

Las modificaciones que permitirán rectificar las desviaciones que se han señalado, requieren los siguientes lineamientos:

1. En caso de que el representante del Ministerio Público o el defensor no propongan ninguna prueba para el DEBATE, la autoridad judicial concederá una audiencia de tres días al superior jerárquico del Fiscal que omitió el ofrecimiento de las pruebas, a fin de que proponga la que estime pertinente y en caso de que no la proponga, se dictará una sentencia absolutoria en favor del acusado. Esta solución no es más que una consecuencia de las atribuciones exclusivas que corresponden al Ministerio Público respecto a la investigación del delito y al ejercicio de la acción penal. Si la omisión proviene de la defensa, se le citará nuevamente al defensor, para que proponga la prueba y en caso de que persista su silencio injustificado, la autoridad judicial podría decretar la separación del defensor, salvo que el imputado se oponga a tal separación. En los dos casos mencionados, se deberá abrir una causa disciplinaria contra el funcionario o profesional que incumplió sus deberes profesionales.
2. La autoridad judicial no debe tener facultades para ordenar, antes del debate, pruebas que se hayan omitido durante la instrucción. Deben ser las partes las que deben proponer tales diligencias.
3. Durante el Debate, el Juez sólo debe interrogar sobre los hechos al testigo o al acusado, después de que lo hayan hecho las

partes. La autoridad judicial debe realizar un interrogatorio que despeje las dudas o inexactitudes de los temas planteados por las partes en su interrogatorio. El juez no podrá ordenar, de oficio, la lectura de las declaraciones rendidas en la instrucción. Esta potestad sólo corresponderá a las partes, cuando quieran aclarar alguna imprecisión o contradicción de la declaración brindada en la instrucción y la que se ha rendido en el DEBATE.

4. En cuanto a la prueba para mejor resolver, deben restringirse las facultades del Juez, autorizándose sólo en aquellos casos en los que la necesidad de tal probanza surja de una nueva información recibida en la audiencia y que hasta ese momento se desconocía. Será responsabilidad de las partes el solicitarle a la autoridad judicial que ordene, para mejor resolver, las pruebas que se requieran para el esclarecimiento de la verdad. El Juez no debe tener en este aspecto una potestad irrestricta, tal como ocurre en el proceso penal costarricense. La determinación de la verdad en el Debate es una función que debe asumir el representante de la acusación.

Con todas estas modificaciones, se restringe significativamente el principio de investigación oficial de la verdad, pero se fortalece la imparcialidad de la autoridad que juzga el hecho, atribuyéndole al Ministerio Público y a la defensa, las funciones y responsabilidades que deben asumir en el proceso penal. La redefinición de las atribuciones del juez y de las partes permiten desterrar la práctica viciada de los sistemas inquisitivos o mixtos, en los que la autoridad judicial enmienda las deficiencias del defensor o del Fiscal.

Ante la imposibilidad que tiene el Tribunal de enmendarle los yerros u omisiones al defensor, es conveniente que tenga la potestad de separarlo de su cargo, siempre y cuando el imputado esté de acuerdo.

Esta solución permite que cada uno de los actores en el juicio puede asumir plenamente el papel que le corresponde.

Con estas modificaciones se define mejor la actividad jurisdiccional superándose las graves contradicciones que provoca el Juez de Instrucción, tanto en la etapa de investigación como en el debate.

## 6. MODIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO

La vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, crea una serie de expectativas que el sistema procesal penal no puede cumplir. Los Jueces de Instrucción saben muy bien que poseen recursos muy limitados y que por esta razón no están en capacidad de realizar una investigación eficaz en todos los casos, especialmente si se trata de hechos delictivos complejos o en los que se acusa a personas con poder económico o político. El principio de legalidad pretende un objetivo inalcanzable, ya que impone la persecución ineludible de todos los hechos delictivos en una época en que las cifras de la criminalidad crecen vertiginosamente y los recursos del Estado siempre son limitados; es decir, se pretende imponer una regla de persecución que no admite excepciones, sin tomar en cuenta que los recursos limitados imponen, en la práctica, las excepciones. Si la ideología oficial del sistema no resuelve esta incongruencia, surgen, inevitablemente, procedimientos informales sí la resuelven.<sup>18</sup> Los investigadores policiales, ejercen en la práctica, una incontrolada discrecionalidad para determinar los casos que merecen investigación y los que no la merecen, ejerciendo un poder discrecional que contradice los supuestos teóricos sobre los que se fundamenta y justifica el principio de legalidad.<sup>19</sup> Los criterios de oportunidad también se filtran subrepticamente en las decisiones jurisdiccionales y en las del órgano acusador.<sup>20</sup> En nuestra práctica judicial se van imponiendo criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, por las mismas razones por las que en el proceso penal norteamericano se admite, sin ninguna limitación, el principio de oportunidad.<sup>21</sup> La vigencia del principio de legalidad se resquebraja totalmente ante las limitaciones que impone la realidad, puesto que no existe ningún sistema penal que tenga recursos suficientes para investigar todos los hechos delictivos denunciados. En una investigación realizada en la policía judicial costarricense, se determinó que el porcentaje de casos investigados era muy bajo en relación al total de denuncias recibidas, determinándose, además, que era aún mas bajo el porcentaje de casos resueltos.<sup>22</sup> También se comprobó en esta investigación, que no existían criterios "...claros, objetivos y escritos para determinar las prioridades

en la investigación de las denuncias presentadas. Lo cierto es que, especialmente en los delitos contra la propiedad, el volumen de denuncias recibidas excede las posibilidades de los efectivos destinados a su investigación, con lo cual quedan abiertas las puertas a una discrecionalidad excesiva que, llegado el caso, podría caer en la arbitrariedad a la hora de elegir los casos a investigar, o bien, al determinar la conveniencia de proseguir o cesar en una investigación ya iniciada..."<sup>23</sup> Estos datos, y otros que podrían utilizarse al evaluar los sobreseimientos y las denuncias que se rechazan, demuestran la necesidad de introducir en nuestro código de procedimientos penales, algunos criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en los que siempre se requerirá, como ya se mencionó, la aprobación de una autoridad jurisdiccional. Se trata de una discrecionalidad reglada y supervisada por la autoridad judicial.

El principio de legalidad además de que provoca la saturación del sistema procesal, también provoca una discriminación estructural en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, ya que el sistema sólo tiene capacidad para juzgar la pequeña y mediana delincuencia y sufre un colapso insuperable cuando debe investigar el delito no convencional. La introducción de reglas que racionalicen la intervención del sistema penal, también permitiría disminuir la discriminación estructural que se ha mencionado.

18. Goldstein, Abraham; Marcus, Martin. "The Myth of judicial Supervision in three Inquisitorial Systems: France, Italy and Germany" *The Yale Law Journal*, Vol 87, 1977, p. 280.

19. *Ibid.* p. 281.

20. Ver González Alvarez, Daniel. "La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense: Col. Abogados de Costa Rica, 1986, p. 137 ss.; en igual sentido, Cruz Castro, Fernando. "La función acusadora en el proceso penal moderno" *Ilanud*, 1991, p. 32 ss.)

21. Goldstein, Abraham; Marcus, Martin. *Supra* nota 14, p. 280.

22. Estudio sectorial sobre la Administración de Justicia en Costa Rica. Anexo IV, La policía de Costa Rica, *Ilanud CAJ-FIU*, p.83

23. *Ibid.* p. 84.

## 7. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO QUE REPLANTEA UN CONFLICTO SOCIAL Y QUE NO RESOCIALIZA

La reforma debe inspirarse en el concepto de que el proceso penal ocasiona, inevitablemente, un conflicto cuyas consecuencias no puede controlar totalmente el Estado, de tal forma que deben buscarse instrumentos que minimicen los efectos negativos de la represión estatal.<sup>24</sup> La persecución estatal reformula el conflicto, creando una situación en la que no puede ignorarse que existe represión y violencia. Este concepto permite comprender muy bien las medidas alternativas a la prisión preventiva, los criterios de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción penal, la suspensión del proceso a prueba y la introducción de reglas que permitan, en ciertos casos, suspender el desarrollo del proceso, cuando así lo pide la víctima o los perjudicados.<sup>25</sup> En todos estos casos, se pretende evitar, de alguna forma, la intervención del poder punitivo del Estado. El proceso penal no resuelve el conflicto creado por el delito y difícilmente propicia la resocialización del acusado, más bien cuando finaliza la persecución estatal, la sentencia ha creado, inevitablemente, otro conflicto similar al que se produjo entre la víctima y el autor o entre éste y la sociedad. Sólo es un instrumento con el que se aplica legítimamente la violencia, pero esta legitimidad no excluye sus efectos contraproducentes, por esta razón debe aplicarse como "ultima ratio".

## 8. MAYOR PARTICIPACIÓN DE OTROS ACTORES EN EL PROCESO PENAL. LA VÍCTIMA Y LAS ORGANIZACIONES DE INTERÉS SOCIAL.

El proceso penal costarricense refleja una marcada tendencia hacia la exclusión de la víctima y tampoco permite que participen en el proceso, asociaciones de ciudadanos que tengan un interés directo en la investigación y persecución del delito, tal como ocurre con las asociaciones que defienden a la infancia o que se interesan en los graves problemas del medio ambiente. Incluso es posible admitir que en ciertos casos la persecución penal victimiza de nuevo a la víctima, como ocurre en los delitos sexuales. La solución de esta deficiencia se puede lograr, entre otras cosas, con la introducción del querellante adhesivo, que a la manera del tercero adherente simple o coadyuvante del derecho procesal civil, colabora con un sujeto

procesal pleno, sin que pueda, por ejemplo, acusar o recurrir independientemente. Esta forma de participación en el proceso, no tiene las desventajas de la acción popular, pero revuelve, al mismo tiempo, las graves deficiencias que ha ocasionado la neutralización de la víctima en el proceso penal vigente. Los ciudadanos y asociaciones también podrían convertirse en querellantes adhesivos, cuando se trata de delitos contra los derechos humanos, la Administración Pública, los menores de edad y cualquier otro interés colectivo en el que no existe una víctima específica. (medio ambiente, derechos del consumidor, etc.).

Existen otras reformas que vigorizarían la participación de la víctima en el proceso penal, tal como ocurriría si se le reconocen los siguientes derechos:

- a. Derecho a examinar los autos, siempre y cuando no se ponga en peligro la investigación o los intereses dignos de protección del imputado o de un tercero.
- b. Derecho a la asistencia de un abogado.
- c. Derecho a que se le informe sobre el desenlace del proceso.

24. Las concretas situaciones conflictivas se transforman en el proceso penal, que encuentra en éste un laboratorio de transformación teatral. El número de actores aumenta, ya que además de los originales (víctima y victimario), intervienen actores "institucionales", que no habían intervenido en el conflicto original. El Juez interrumpe la comunicación entre las partes en conflicto, convirtiéndose de esta forma en un protagonista insustituible. Incluso es posible admitir que la distancia entre el conflicto real y el conflicto procesal, aumenta notoriamente en el proceso penal, ante la intervención del Ministerio Público. Ver Baratta, Alessandro. "La vida y el laboratorio del derecho". (A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal). Publicado en el volumen colectivo bajo el título: Hacia una nueva Justicia Penal. Presidencia de la Nación, Argentina, 1989, Tomo II, p.62 ss.

25. El artículo 167 del código penal austríaco, permite que en casi todos los delitos contra la propiedad ejecutados sin violencia, el autor pueda evitar la pena si repara por completo el daño ocasionado, siempre y cuando cumpla dos condiciones: que no tenga obligación de reparar el daño y que lo haga antes de que algún órgano de persecución penal tenga noticia de su participación. Esta disposición pretende que la víctima obtenga una rápida y efectiva reparación del daño sufrido. Ver Eser, Albin. "La víctima en el proceso penal-Tendencias internacionales desde el punto de vista alemán." Publicado en el volumen colectivo bajo el título: Hacia una nueva Justicia Penal, Presidencia de la Nación, Argentina, 1989, Tomo II, p. 187 ss.

Todas estas modificaciones y otras que podrían plantearse, favorecen notablemente la vigencia de una garantía constitucional fundamental: el derecho a la justicia que tiene el ciudadano que ha sido víctima de un delito.

#### 9. LA EFICACIA EN LA PERSECUCIÓN DEL DELITO Y LOS DERECHOS DEL ACUSADO

La reforma pretende, por supuesto, lograr mayor eficacia en la investigación y persecución de los delitos. Sin embargo, esta pretensión no puede lesionar o limitar los derechos del acusado. Estos dos valores siempre van a estar en juego y tanto el legislador como el juez, deberán determinar, en cada caso, los límites de ambos. Se pretende mayor eficacia en la persecución de los delitos, pero sin debilitar las garantías del imputado. El valor eficiencia debe tener un rango inferior a los valores fundamentales que definen los límites represivos del Estado y la dignidad del ser humano. El proceso penal se torna autoritario cuando se le da preeminencia a los intereses de la sociedad en la persecución del delito frente a los derechos indiscutibles del acusado. Las definiciones sobre

este punto determinarán la orientación político-constitucional del proceso penal. En este aspecto la interpretación de la jurisdicción constitucional respecto a las garantías del acusado y los límites de la persecución estatal tienen una importancia mayor que las reformas que puedan introducirse al proceso penal.

Todos los principios que se han examinado constituyen, a mi juicio, los lineamientos fundamentales que deben orientar la reforma del proceso penal costarricense. No será una tarea fácil, pero por esta razón resulta atractiva.

El respeto a la dignidad de la persona, la eficacia en la persecución y juzgamiento de los hechos delictivos y un mayor protagonismo de la víctima, serán los valores fundamentales que deberán orientar la reforma.

La desigualdad en la persecución, la lentitud del proceso, el burocratismo que se refugia en el formalismo procedimental, el temor a la transparencia, y el falso concepto de que sólo los abogados conocemos la justicia, constituyen una síntesis muy apretada de las desviaciones que debe superar el proceso penal y que podrían resolverse, en parte, con las modificaciones que he propuesto.

# LOS ORGANOS DE LA CASACION PENAL FRENTE A LA APERTURA DEL RECURSO DE CASACION

*Lic. Jorge Luis Arce Víquez*  
Letrado de la Sala de Casación Penal

## INTRODUCCION

Es un hecho que la promulgación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial ha despertado una gran expectativa en el medio judicial costarricense. Las reformas que esta nueva ley propone revisten particulares cuestiones de interés para todos y cada uno de los servidores judiciales, sea cual sea su función dentro de este Poder de la República, interés al cual no pueden sustraerse quienes se interesan por el estudio de las ciencias penales, toda vez que -entre otros novedosos perfiles que se asignan a la Administración de Justicia-, debe destacarse la creación del Tribunal Superior de Casación Penal, despacho al que corresponderá la inusual tarea de compartir con la Sala Tercera de Casación Penal, la solución de los recursos de Casación, Revisión y Queja en los asuntos de conocimiento de Juez Penal. Inusual, decimos, porque rompe uno de los principios tradicionales en esta materia, cual es la competencia de un sólo órgano máximo dentro del Poder Judicial (llámese Corte, Sala o Tribunal de Casación) llamado a conocer sobre estos recursos, en aras de lograr, como finalidad mediata, la uniformidad de la jurisprudencia atinente a la aplicación del orden jurídico penal, en defensa de los derechos individuales y afianzamiento de las garantías constitucionales de libertad e igualdad ante la ley.

En atención a los antecedentes históricos del recurso de casación, sobre todo en su *finalidad política*, la Corte de Casación ha sido reconocida como **un órgano judicial supremo, único y específico en el Estado**, cuyo objetivo inmediato de controlar el desempeño estrictamente jurisdiccional de los jueces y tribunales inferiores en la decisión

de los conflictos según la ley vigente se complementa con el fin no menos importante -pero mediato- de alcanzar y mantener en todo el territorio la uniformidad en la interpretación jurisprudencial. La existencia de un sólo órgano competente ha respondido hasta ahora satisfactoriamente con esa finalidad en nuestro régimen de derecho, atendiendo -debe admitirse- tanto al fuerte desarrollo que han impulsado la jurisprudencia constitucional, como a la preocupación que la Sala Tercera de la Corte ha manifestado por adecuar sus criterios a las exigencias propias de los principios jurídicos y sociales que requiere nuestro medio, "abriendo", por así decirlo, lo más posible a los interesados esta vía impugnativa, en la medida que lo permite el ordenamiento procesal penal.

Las anteriores consideraciones nos motivan a hacer una referencia, lo más sintética posible, a algunos principios elementales que actualmente rigen la casación penal, según los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales adoptados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, respecto a diferentes cuestiones propias de este recurso, que precisamente han contribuido a la apertura del mismo, criterios dignos de rescatar y mejorar, cuyo conocimiento no habrán de desprestigiar los operadores jurídicos en esta materia.

## I. SOBRE LOS MOTIVOS DE CASACION

Un tema que interesa destacar es el referente a los motivos del recurso de casación. "Los motivos -dice NÚÑEZ- son los causales (agravios) o vicios que pueden provocar los titulares del derecho a recurrir una resolución por la vía de casación", y

están contemplados en el artículo 471 del Código de Procedimientos Penales (en lo sucesivo CPP). Atendiendo a esta distinción que hace la ley, en la práctica forense se habla entonces de los recursos de casación por el *fondo* y por la *forma*, según sean acusados por el recurrente errores *in iudicando* o *in procedendo*, respectivamente, teniendo estos dos tipos de recurso consecuencias diferentes.

### Vicios *in iudicando*

El primer inciso del artículo 471 CPP se refiere a la ley que es aplicada por Juez *a quo* para resolver el caso o la cuestión llevada a su conocimiento y consiste en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (vicio de juicio o error *in iudicando*), o, lo que es lo mismo, en la violación o defectuosa aplicación de la ley de fondo, tanto penal como civil en sentido lato si viniese al caso. Este defecto se produce si se aplica una norma que no corresponde al cuadro fáctico acreditado en el juicio; valorado por el *a quo*, o cuando, no obstante aplicarse la norma correspondiente, se le da un alcance o sentido distinto al que debe dársele: errónea aplicación o interpretación.

Si bien es cierto que el hecho configurado como cierto en la sentencia ha de quedar inmovible, ello no quiere decir que el *ad quem* carezca en absoluto de facultades para entrar en el examen de las consideraciones del inferior sobre las cuestiones de esta naturaleza; si así fuera, en una infinidad de casos la casación perdería toda su eficacia ante la imposibilidad de adecuar las normas sustantivas al verdadero material histórico que debe tenerse por comprobado y aceptado. Es claro que esta apreciación de los hechos por el *ad quem* ha de ser meticulosamente practicada, sobre todo en materia penal, para no transformar la institución en una verdadera segunda instancia o en una casación "impropia".

La jurisprudencia de la Sala de Casación hasta nuestros días, se ha tenido que enfrentar a arduos problemas para encontrar los límites hasta donde puede llegar y los que no puede sobrepasar en cuanto a la aceptación del hecho motivo de su nuevo juicio. A grandes rasgos, el límite se ha establecido en dos presupuestos, a saber: 1º) el *ad quem* no puede modificar las conclusiones de hecho a las que ha llegado el *a quo* mediante el examen de la prueba sometida a su libre convicción (esto es, conforme a la sana crítica racional); 2º) puede modificar, por el contrario, las conclusiones del *a*

*quo* en las cuales se asienta un criterio jurídico referido al encuadramiento del hecho apreciado y valorado, en una norma sustantiva.

En consecuencia, la elaboración de la sentencia supone en ella la existencia de *componentes firmes*, por una parte, y de otra *componentes casables*, que se proyectan o reflejan en el dispositivo de la sentencia. Desde esta perspectiva se consideran inmovibles, a través del recurso por el fondo, las conclusiones del *a quo* que afirmen: a) la existencia o inexistencia del hecho en cuanto acontecimiento histórico; b) la atribución física al imputado del hecho reconocido como existente; c) las circunstancias psico-físicas referentes a la apreciación del hecho como delito atribuido al imputado o como una determinada figura delictiva; ch) las circunstancias de hecho que califican al delito o sirven para graduar la penalidad o para determinar la no culpabilidad del imputado.

Por el contrario, son casables, dependiendo de la modalidad del recurso, aquellas conclusiones del *a quo*: a) referentes al elemento lógico de las comprobaciones de hecho, en cuanto esas condiciones se correspondan o no con las premisas que se hayan sentado (control del respeto a las reglas de la sana crítica racional en el recurso por la forma); b) que encuadran el hecho probado y valorado en una determinada norma legal o que lo consideran no encuadrado en ninguna norma de incriminación penal (recurso por el fondo); c) que califican el hecho encuadrándolo en una norma que prevé una figura calificada o privilegiada (recurso por el fondo); ch) que aplican una norma de irresponsabilidad del imputado o de no punibilidad para encuadrar el hecho acreditado (recurso por el fondo); d) cuando se han violado las formas procesales bajo las condiciones especificadas por la ley (por ejemplo el deber de fundamentar la sentencia, recurso por la forma); y e) en tanto no se enuncie una determinación precisa y circunstanciada del hecho que el *a quo* estime acreditado (en esta hipótesis la nulidad es declarable incluso al conocerse un recurso por el fondo).

En cuanto a la llamada *violación indirecta de la ley sustantiva*, ha señalado nuestra jurisprudencia que "en nuestro sistema procesal penal no existe el recurso de casación por violación indirecta de la ley sustantiva que se comete a través de errores de sana crítica en la apreciación de las pruebas, pues este yerro no da lugar al recurso previsto en el inciso 1) del artículo 471 del Código de Procedimientos Penales, sino al recurso por vicios "in procedendo"

que autoriza el inciso 2) *ibidem* (en este sentido véanse las resoluciones de esta Sala N° 1 F de las 14:15 hrs. del 11 de enero y N° 34 F de las 15:10 hrs. del 13 de marzo, ambas de 1984)". La violación de la ley sustantiva entonces debe ser directa, como ocurre cuando el juez se equivoca en la calificación jurídica de los hechos o interpreta mal la ley sustantiva.

### Vicios *in procedendo*

El segundo inciso del artículo 471 CPP tiene que ver con la ley que regula el procedimiento para llegar a esa resolución (vicio de actividad o error *in procedendo*). Se trata de una violación o inobservancia de la ley, pero no de la ley sustantiva, sino de las normas procesales, y no de toda norma de derecho procesal, sino sólo de aquellas que establecen las *formas* que deben observarse en el cumplimiento de los actos procesales, y no tampoco de toda inobservancia de las formas, sino solamente de aquellas formalidades cuya inobservancia se sanciona en la ley con *nulidad, inadmisibilidad o caducidad*. Así, bajo la expresión "formas" se comprende: a) la omisión de un requisito exigido por la ley; b) la omisión de un acto o serie de actos que la ley exige; c) el cumplimiento de un acto de manera distinta a lo que la ley establece; ch) el cumplimiento inoportuno de un acto, ya sea antes o después del momento procesal señalado por la ley.

Debe destacarse que el examen de los vicios *in procedendo* admite actividad probatoria útil, a juicio del órgano jurisdiccional, para acreditarlos a través de los hechos del trámite cumplido, según lo ha establecido reciente jurisprudencia de la Sala Tercera.

### Prelación

Puede suceder que en un recurso se denuncien tanto vicios de juicio como de actividad. En este caso la Sala de Casación entra a conocer en primer término las alegaciones de forma toda vez que si uno de los errores procesales acusados afecta la validez formal de la causa, el pronunciamiento sobre los motivos de fondo resultaría -en principio- innecesario, dada la naturaleza del efecto propio del recurso intentado por esta vía (la Sala anula la resolución impugnada, el debate en que ella se hubiere basado o los actos cumplidos de modo irregular, y remite el proceso al competente para la nueva sustanciación que determine). Sin embargo,

en algunas oportunidades la Sala de Casación ha analizado en sentencia primero el recurso por el fondo, amparándose a "evidentes" razones de economía procesal; también tenemos noticia de una sentencia que resolvió primero el recurso por el fondo, indicándose en ella que el recurso por la forma fue interpuesto en "subsidio" y que, en todo caso, en ese caso faltaba interés procesal para decretar la nulidad que se solicitaba en aquel. Por similares razones se acostumbra entrar a resolver de una vez aquellos motivos que son de recibo, entre varios otros de la misma índole (forma o fondo), defectuosos, inatendibles o reiterativos en cuanto a su argumentación, cuando el acogimiento de aquellos excluye jurídicamente la necesidad de pronunciarse sobre el fondo de los otros, lo cual se explica en cada resolución. También debe respetarse el orden de las cuestiones cuya decisión excluya la consideración de otra u otras. Por ejemplo, la decisión sobre la tipicidad penal del hecho debe ser anterior a la decisión sobre su antijuridicidad la decisión sobre ésta debe preceder a la referida a la culpabilidad del autor o a la concurrencia de una excusa absolutoria o de una causa de extinción de la pretensión penal (véanse los arts. 320 y 322 párrafo segundo CPP).

## II. SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Consideramos el tema de la admisibilidad como otro aspecto fundamental sobre el cual deberán coincidir los criterios de la Sala de Casación y el Tribunal Superior de Casación, pues la jurisprudencia de los últimos años ha ido superando gradualmente la rigidez que la doctrina tradicional atribuye a esta etapa del procedimiento. Sobre este particular debe estarse a lo establecido por la Sala Constitucional, según la cual "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso".

### Control del *a quo*

Hay un primer examen de admisibilidad que realiza el tribunal *a quo*, consistente -según lo estiman varios autores- en el análisis de los siguientes aspectos: a) si el recurrente está

habilitado para recurrir (legitimación); b) si la impugnación ha sido interpuesto 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 art. 477 CPP 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 CPP). Si falta alguna de esas exigencias, el *a quo* no deberá conceder el recurso por ser formalmente improcedente.

Si hubiere concesión del recurso ésta se producirá mediante auto fundado, deberá concretarse el emplazamiento al impugnante para que comparezca a mantenerlo en la alzada dentro de un plazo perentorio a contar desde la entrada de las actuaciones a la misma. Si esto no se cumple, sin embargo, **no se producirá** la deserción del recurso que establecía la relación de los arts. 465 y 468 CPP), toda vez que dicha regla fue declarada inconstitucional

Como se advirtió, es necesario lograr un **simplificación** de este primer control, reservándolo para los aspectos más elementales supraindicados. La comprobación de los problemas más complejos y discutibles quedará para la resolución del *ad quem*. De otro modo habrá 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 una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o de una norma procesal establecida bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad establecida en la Constitución Política o en la ley, pero no le corresponde a él examinar el fondo del motivo, esto es, si el motivo formalmente bien expresado, sustancialmente existe o no. Incluso la acusación y fundamentación de vicios in iudicando a través de un recurso erróneamente titulado "por la forma" (o viceversa) no importa *per se* su rechazo, por aplicación del principio *falsa denominatio non nocet*. Si el *a quo* tuviera duda sobre el cumplimiento de alguno de estos requisitos, debe admitir el recurso. La misma solución debe aplicar cuando el recurso es parcialmente defectuoso, es decir, cuando no todos los reproches cumplen con los requisitos de ley, pues deben rescatarse aquellos que estén bien planteados.

Un criterio para deslindar las esferas de competencias respectivas sobre inadmisibilidad y

rechazo está dada porque en la instancia del *a quo* será por mera improcedencia formal y nunca por improcedencia sustancial (respecto al fondo), aunque esta última sea notoria y evidente.

Si hay disconformidad del interesado con el rechazo del recurso en la instancia *a quo*, podrá aquel impugnar mediante queja ante la Sala o Tribunal de Casación y ésta deberá realizar directamente el examen sobre su procedencia. Sin embargo, no correspondería al *ad quem* conceder el recurso, porque el objeto de la queja es la declaración de si ha sido bien o mal denegado, y la resolución tiene mero valor declarativo. Así, pues, si el recurso de queja es acogido, los autos deben volver al *a quo* para que, cumpliendo la resolución del superior, conceda entonces el recurso y emplace a las partes.

### Control del *ad quem*

El rechazo del recurso incumbe de manera más amplia al Tribunal de Alzada, quien puede hacerlo mediante resolución fundada cuando la improcedencia sustancial es manifiesta o indudable de acuerdo a los propios precedentes, sin necesidad de desencadenar el trámite impugnativo (véase el art. 458 párrafo 3º CPP). Con ello se impide un innecesario desgaste de energía jurisdiccional merced a un preventivo y eficaz juicio de admisibilidad.

Por ello, la Sala o Tribunal Superior de Casación debe examinar primero si ha habido una incorrecta apertura de la vía impugnativa al detectarse una forma defectuosa de interposición y, en tal caso, así debe establecerlo, declarando mal concedido el recurso y sin entrar al fondo de la cuestión, devolver las actuaciones al *a quo*. Es decir, el control de admisibilidad queda abierto para el *ad quem*, quien puede rechazar el recurso a pesar de la concesión en la instancia inferior porque la resolución no era recurrible, la impugnación no fue temporalmente oportuna, el recurrente no está legitimado para hacerlo o por otras condiciones y requisitos de procedencia. Si el *a quo* declaró erróneamente procedente el recurso defectuoso, la Sala o Tribunal de Casación debe así establecerlo mediante auto debidamente fundado, sin considerar su fondo (art. 458 párrafo 2º CPP).

El órgano de Casación podrá asimismo rechazar el recurso que, conforme a reiterada y constante jurisprudencia propia, es patente e indudablemente improcedente en lo sustancial, porque, por ejemplo, se invocan motivos



inveteradamente rechazados (cuestionamiento de los hechos o del mérito de las pruebas de cargo para sustentar un recurso por el fondo) o que no están incluidos como causales habituales (pretensión de reconstruir en casación el cuadro fáctico acreditado para adecuar una calificación legal más justa, o bien, la denominada "violación indirecta de normas sustantivas") en el recurso de casación, no siendo necesario para comprobarlo concretar todo el trámite del juicio impugnativo. La inadmisibilidad devendrá entonces al ser manifiestamente improcedente en lo sustancial al carecer de motivación legítima, sin justificarse la prolongación y agotamiento de la vía de casación. Para el *ad quem* sí es factible rechazar parcialmente el recurso, admitiendo sólo los motivos de impugnación idóneos para su sustanciación.

Finalmente, si hay disconformidad del interesado con el rechazo del recurso en la instancia del *ad quem*, podrá éste interponer recurso de revocatoria contra el auto de la Sala que decidió la admisibilidad de su recurso.

En cuanto al trámite ante la Sala o Tribunal de Casación -conforme al art. 479 CPP- se aplican los numerales 458 segunda parte (declaratoria de inadmisibilidad del recurso por el *ad quem* y rechazo del recurso manifiestamente improcedente según el art. 458 *in fine* CPP), 467 (audiencia al fiscal para que exprese si mantiene el recurso conforme al art. 468 CPP), 468 (se refiere a la declaración de deserción del recurso que no es mantenido por la parte recurrente, regla recientemente declarada inconstitucional, como se dijo atrás) y 469 *ibidem* (es la audiencia a las partes para que informen sus pretensiones).

Es necesario subrayar que la concesión del recurso por el *a quo* no constituye una resolución definitiva. Si la Sala o Tribunal de Casación considera que el recurso es formalmente improcedente y ha sido mal concedido, podrá desecharlo de oficio en cualquier momento, ya sea antes o después de la audiencia para informar o en el mismo momento de dictar sentencia, salvo en el caso de que el recurso fuera concedido como consecuencia del favorable acogimiento de un recurso de queja, pues se lo impediría su propia resolución anterior. En este último caso, el *ad quem* sólo podrá declararlo improcedente en la sentencia si advierte durante la deliberación impedimentos formales que hagan imposible la sustanciación en el fallo, "No obstante que con ello -dice DE LA RUA- vendría a contradecir su primitiva declaración de admisibilidad no se puede negar al Tribunal de

casación el poder de examinar nuevamente esa admisibilidad en el momento en que debe emitir su fallo. Hay dos órdenes de razones que justifican esta conclusión: a) que es en ocasión de la audiencia donde las partes (no recurrentes) que no tuvieron intervención en el trámite de la queja, pueden hacer valer sus razones para oponerse a la admisibilidad del recurso; si se negara al Tribunal de casación la posibilidad de atenderlas, el efecto sería una real privación de defensa; b) el Tribunal de casación sólo puede conocer del recurso respecto de los puntos a que se refieren los agravios; si por defectos en la presentación del recurso esos agravios no resultan individualizados suficientemente, la decisión sobre ellos podría conducir, casi seguramente, a un avance sobre el límite de la propia competencia".

No sobra aclarar que si la Sala declara improcedente el recurso al momento de dictar sentencia, la revocatoria no procede (como sí lo es contra el auto de la Sala que hace esa misma declaración, como se indicó líneas atrás), no sólo porque se ha agotado la instancia sino primordialmente porque las sentencias no son revocables (art. 460 CPP). Es importante destacar que en estos casos, aunque no tenga la obligación de hacerlo, la Sala resuelve el fondo del reclamo, a pesar de los defectos formales del mismo y en la medida que lo permita el planteamiento del recurrente, con la finalidad de aclarar a éste la razón o no de su disconformidad, práctica jurisprudencial que estimamos saludable y digna de mantener, aunque no sea obligatoria para el *ad quem*.

#### Otras condiciones de admisibilidad que debe considerar el *ad quem*

La casación tiene prevista otras importantes formalidades, cuya inobservancia da lugar a la declaración de inadmisibilidad. Veamos algunas de ellas.

Aquí cabe destacar la manifestación específica de la voluntad de recurrir, que aunque no esté expresamente requerida está implícita en el concepto mismo de recurso. Esa expresión debe estar referida al agravio que causa la resolución y al recurso que se utiliza para corregirla.

Asimismo, la impugnación debe reunir ciertos requisitos de índole formal, relativos a las circunstancias de tiempo, forma y lugar y tener un contenido concreto. Ellos están establecidos bajo condición de inadmisibilidad, esto es, su ausencia o defecto producen la sanción procesal consecuente, impidiendo su ingreso válido al proceso o la pro-

ducción de efectos procesales legítimos, pero es importante señalar que mientras no fenezca el plazo de interposición del recurso, habrá posibilidad de corregir las deficiencias formales con la finalidad de superar el impedimento ya mencionado.

El tiempo de interposición del recurso de casación es dentro de los quince días siguientes a la notificación (art. 477 CPP). Así, pues, la manifestación de voluntad impugnativa que supone el recurso de casación debe concretarse dentro de los quince días hábiles de notificada la resolución o sentencia, lo cual ocurrirá para ésta última con su lectura, conforme al artículo 396. Es importante discernir entonces desde cuando corre el término de mención si se trata de resoluciones que por sus características deben ser notificadas tanto al imputado como a su defensor, ya que no es lo mismo sostener que debe comenzar desde la última notificación -como lo hace la Sala Tercera-, que afirmar que transcurre desde cada notificación, al tratarse de posibilidades autónomas de cada uno de ellos. Esta cuestión reviste particular importancia respecto al recurso de casación cuando la sentencia impugnada excepcionalmente no se notificó por lectura.

La ley exige que el escrito donde se expresa el recurso de casación sea autenticado (art. 477), lo cual alcanza a los imputados, pero no a los abogados, Defensores y representantes del Ministerio Público. Ello obedece a las características de los mismos al ser aquellos recursos de puro derecho, donde la precisión técnica y conceptual está ínsita en el planteo impugnativo y su fundamentación. Si bien el incumplimiento de esta exigencia vicia el acto de interposición, tratándose de un recurso interpuesto por el imputado, la Sala de casación previene al impugnante para que subsane el defecto, por no perjudicar al reo. Si el imputado recurre personalmente, la autenticación no precisa ser inevitablemente de su defensor; cualquier otro abogado de la República puede concurrir con su firma, "la cual demostrará su intervención y control en la redacción del escrito y determinará su responsabilidad profesional". El defecto puede subsanarse antes del vencimiento del término para recurrir.

También lo relacionado con el lugar de presentación es condición de procedencia. Así el recurso de casación debe presentarse ante el Tribunal que emitió el pronunciamiento jurisdiccional (arts. 477 CPP). Sin embargo, debe advertirse que la presentación ante la Sala Tercera

no es motivo de inadmisibilidad, debiendo en tal caso ésta enviar el recurso a la oficina que corresponda, por simple providencia (arts. 40 y 41 Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales).

Finalmente, jurisprudencialmente se exige, conforme a la doctrina, que el impugnante concrete una específica indicación de los motivos en que se basa para recurrir, los cuales delimitan el marco de conocimiento del Tribunal de Alzada y cuya ausencia torna inadmisibile la impugnación. Respecto al recurso de casación, dispone el artículo 477 CPP que en el escrito de interposición "Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo". Por consiguiente, el señalamiento del vicio del cual se nutren los agravios deberá ser concreto, individualizando expresamente y con claridad su existencia, circunscribiéndose a ellos únicamente el examen de la Sala de Casación, si ese punto ha tenido incidencia en la decisión recurrida. Se deben citar, por lo tanto, cada uno de los motivos de forma o fondo en los cuales se fundan los agravios, con mención de los preceptos legales considerados violados o erróneamente aplicados, haciéndolo separadamente para cada agravio, no globalmente, y sin que sea posible corregir *ex officio* las deficiencias del recurrente, porque funciona en forma muy limitada el principio *iura novit curia* al tratarse de un recurso eminentemente técnico, con obligación de patrocinio letrado y donde inclusive se deberá explicitar cuál es la pretensión (aunque ésta no sea congruente con el motivo alegado, según la nueva práctica de la Sala en materia de admisibilidad).

Según los principios generales que rigen el recurso de casación, la medida de la recurrencia es el *interés* de quien la utiliza, en función del perjuicio (agravio) que le causa la sentencia. Es el requisito de impugnabilidad subjetiva y se le concibe como el interés objetivamente entendido en virtud del agravio que la sentencia causa al recurrente. El artículo 466 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba expresa: "las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, *siempre que tuviere un interés directo*. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, aquel pertenecerá a cualquiera de ellas" (la cursiva no es del original). El artículo 447 del Código de Procedimientos Penales costarricense, correspondiente al mencionado

numeral cordobés, omite la expresión "siempre que tuviere un interés directo". Sin embargo, tal exigencia subsiste tanto de una interpretación global del Código, como de la doctrina y la jurisprudencia. En el primer caso, cuando nuestra legislación procesal utiliza términos semejantes como "perjuicio", "gravamen irreparable" o "agravio". En cuanto a la doctrina, porque "Es evidente que si no existe interés, tal cual lo aprecia la ley, la actividad impugnativa del sujeto carecería de un motivo que justifique una utilidad procesal y, como consecuencia, se entorpecería el normal desarrollo del proceso con una actividad inútil". Nuestra jurisprudencia ha establecido que "las nulidades, incluso absolutas, no deben decretarse si no existe interés en reproducir el acto viciado", criterio sobre el cual abundan los ejemplos.

### III. SOBRE LAS LIMITACIONES OBJETIVAS IMPUESTAS A LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR

Habiéndose suprimido la apelación de las sentencias en nuestro actual ordenamiento procesal penal, indudablemente el recurso de casación pasó a un primer plano como medio impugnativo contra dichas resoluciones. Ciertamente el legislador costarricense estimó que la segunda instancia no se aviene con los principios de la oralidad y de la continuidad de los debates. Sin embargo, las posibilidades de injusticia de la sentencia, puede ser sometida al examen y juicio de un Tribunal de alzada sin perjuicio de los principios fundamentales del procedimiento penal.

La tesis según la cual no es legítimo coartar a ninguna de las partes de una instancia revisora por un superior respecto de las resoluciones dictadas durante el curso de un proceso, independientemente de los montos de la sanción impuesta o imponible en la condena -porque los agravios existen con independencia de las pautas objetivas que restringen su consideración ante la Sala Tercera-, parece no tener eco ante la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que únicamente ha abierto plenamente el recurso para el imputado y querrellado, y por rebote, al demandado civil.

Lo dispuesto en relación al tema en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) en cuanto a la vigencia de una garantía del debido proceso como derecho humano a cuya vigencia se comprometió nuestro Estado, consistente en la facultad de poder recurrir el fallo

ante un juez o tribunal de superior instancia (art. 8, inc. 2.h. CADH) habría obligado -en nuestro criterio- a la eliminación de las restricciones objetivas o numéricas por debajo de las cuales es imposible recurrir a los sujetos legitimados (concretamente al Ministerio Público, al querellante y al actor civil), en una evidente supresión de ese derecho a la doble instancia.

En realidad, establecida esa garantía judicial con carácter general, las limitaciones objetivas en el Código de Procedimientos Penales importan una verdadera y criticable merma de las posibilidades del poder de contradicción, enderezado a conseguir una decisión más justa y cumplida, cuando menos exenta de errores. Resulta claro que el recurso de casación no es apto para cumplir los fines que se persiguen en la Convención Americana de Derechos Humanos, tratándose principalmente del Ministerio Público y del querellante.

### IV. SOBRE EL DENOMINADO LIMITE DE INTANGIBILIDAD DE LOS HECHOS FIJADOS POR LA SENTENCIA RECURRIDA

Es condición formal del recurso por el fondo que el impugnante se atenga a los hechos fijados por la sentencia del mérito, el cumplimiento de esta regla es verificado por la Sala: corresponde rechazar el recurso por errónea aplicación de la ley sustantiva si el recurrente, para sustentarlo, niega o afirma situaciones de hecho no declaradas en la sentencia, o si cuestiona el sustento probatorio de las mismas, o si intenta una nueva valoración general de la prueba como fundamento básico de su reclamo, pretendiendo convertir a la Sala de Casación en Tribunal de apelación (pero si el defecto no incide en la fundamentación principal del agravio, no importa el rechazo del mismo). Los hechos a los cuales se debe respetar son los determinados en la sentencia, descritos por el *a quo* en sus juicios acervivos donde se contienen las conclusiones derivadas de la valoración del material probatorio. Este cuadro fáctico es generalmente consignado en un aparte específico de los "Considerandos" de la sentencia. No obstante, nuestra Sala de Casación Penal ha señalado que la sentencia es un todo y como tal en su extensión puede contener otros hechos probados más allá de los especificados bajo ese acápite. También es importante destacar que La Sala de Casación puede interpretar la resolución recurrida a los efectos de establecer cuales son los hechos fijados por el Tribunal *a quo*.

## V. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SALA DE CASACION

La extensión del ámbito de conocimiento de la Sala Tercera con motivo del recurso de casación ha merecido una interpretación flexible, donde la manifestación de voluntad del recurrente habilita el conocimiento del ad quem sólo en relación a los puntos de la resolución o los motivos de impugnación admitidos, pero sin que este principio general tenga un alcance absoluto. Precisamente por ello es que dentro del mismo art. 459 CPP se acepta la posibilidad de modificar o revocar la resolución impugnada aun a favor del imputado dentro de un recurso interpuesto por el Ministerio Público, a pesar de no mediar por parte de aquel impugnación o adhesión.

Únicamente ha sido estricta la jurisdicción delimitada por los agravios del tribunal de impugnación en los casos de recursos interpuestos por el imputado o a su favor, en cuyo caso la resolución no podrá ser nunca modificada en perjuicio del recurrente. Se trata de la prohibición de la *reformatio in peius*, consagrada en el art. 459 *in fine*. No se podrá modificar entonces la especie o cantidad de la pena o medida de seguridad en perjuicio del impugnante, ni los beneficios acordados en su favor. En cambio, las modificaciones de calificación efectuadas pero que no trasciendan en medidas más perjudiciales pueden efectuarse por la Sala. También las otras rectificaciones de errores inocuos o la imposición de penas accesorias omitidas, al ser estas resultantes de una aplicación ineludible y derivarse de la tipificación legal confirmada. Hay casos discutibles, como el de una pena ilegal (por debajo del límite mínimo admisible) que ha quedado firme para el órgano acusador (porque éste no impugna la decisión), no pudiéndose a nuestro juicio elevarla al guarismo correcto por aplicación del principio

comentado, o el caso de una errónea concesión del beneficio de ejecución condicional de la pena.

## CONCLUSION

En el presente trabajo se ha hecho referencia a algunas de las cuestiones de interés general propias de la Casación que la Sala Tercera ha intentado definir, para dar mayor agilidad y apertura al trámite del recurso y lograr soluciones más justas; así como otros asuntos inquietantes o discutibles que traban o hacen nugatoria esa apertura para ciertos sujetos procesales, particularmente al Ministerio Público, al querellante y al actor civil. La jurisprudencia de la Sala Tercera hasta ahora no ha sido vinculante más allá del caso concreto que la ha provocado, razón por la cual el Tribunal Superior de Casación bien podría discrepar de ella, adoptando criterios encontrados, desenlace que podría ser calamitoso, no para la mera "uniformidad" de la jurisprudencia, sino para el ciudadano, pues -más que crear contradicciones dentro de la administración de justicia- evidentemente se generaría incerteza y se pondría en peligro el principio constitucional de igualdad ante la ley. De ahí que instamos a estos dos órganos casacionistas a tomar conciencia de la situación, buscando los mecanismos idóneos para el intercambio de inquietudes y soluciones jurídicas que permita continuar con una uniformidad *persuasiva* de la jurisprudencia -sin duda alguna- enriquecida por el valioso aporte doctrinal de ambas agencias judiciales, a la hora de interpretar las leyes para aplicarlas a casos concretos, procurando salvar con sabiduría los escollos que presenta nuestra legislación penal y procesal penal, tan urgida de una reforma que la adecue a las necesidades propias de nuestro tiempo.

## BIBLIOGRAFIA

- AYAN, Manuel: *Recursos en Materia Penal*, Córdoba, Editora Córdoba, 1985.
- CAFFERATA, José: *Temas de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.
- CHAVES, Alfonso: *Algunas Notas Sobre Recursos*, en Ensayos de derecho Procesal Penal, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, 1990.
- DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968.
- LLOBET, Javier: *Código de Procedimientos Penales Anotado*, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1991.
- MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., tomo I, vol. B, 1989.
- NUÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Segunda Edición Actualizada, 1986.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge y otros: *Código Procesal Penal de la Nación*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.
- EVESCOVI, Enrique: *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

## POLICIA JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

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

"Si el derecho sin la fuerza es impotencia..., la fuerza sin el derecho es la barbarie."  
DUGUIT (cit. por Gleizal, 1974, p. 227)

### DESARROLLO Y JUSTICIA

En esta América Latina finisecular se ha ido abriendo paso la idea de que para lograr el desarrollo económico y social no basta con que la sociedad tenga una estructura democrática meramente formal. Es necesario que todas las instituciones que constituyen una sociedad de esa naturaleza funcionen realmente y en un nivel de eficiencia aceptable.

El sistema de justicia es, sin duda, uno de los fundamentales para la consecución de una sociedad de bienestar. Sin justicia no es posible el orden ni la paz ni la seguridad, y sin ellos no encuentran el clima propicio para rendir sus frutos ni el trabajo ni la inversión de capitales.

Quizás esas consideraciones, de orden claramente utilitario, puedan hacer posible lo que no logró la ética en el manejo de la cosa pública, ni el clamor de las ingentes masas desposeídas, ni la denuncia de los horrores padecidos por nuestros pueblos a manos de fuerzas concebidas en los textos fundamentales de nuestras repúblicas como garantes de la seguridad de sus ciudadanos, tuteladoras de sus derechos individuales, promotoras de la paz social.

### JUSTICIA Y POLICÍA

Si el sistema de justicia penal, como tal, está integrado por diversas instituciones, su eficiencia depende no sólo del buen funcionamiento de cada una de ellas, sino también de su armónica relación. Por ese motivo la policía "judicial"<sup>1</sup> debe ser motivo de seria reflexión, puesto que la experiencia revela que en todas las épocas y en todas las naciones ella suele ser el talón de Aquiles de aquellos sistemas de justicia penal conformados con un sincero criterio axiológico.

La policía judicial, igual que la policía en general, no es un mal necesario del cual la humanidad podrá llegar a prescindir, como suelen verla en su utopía algunos abolicionistas del sistema represivo. Por el contrario, cabe suponer que en un estado de derecho ocupe un puesto destacado en la lucha contra la

1. Así llamada para diferenciar la actividad o función policial investigadora de delitos de aquellas otras que ordinariamente realizan los cuerpos de policía y, en algunos países como Costa Rica, también para diferenciar el cuerpo policial dedicado con exclusividad a esa tarea de aquellos otros cuerpos que sólo excepcionalmente la acometen.

criminalidad y contribuya así a la defensa de la paz social, sin menoscabo de libertades y garantías ciudadanas.

No obstante, eso depende de diversos factores, los cuales sólo pueden ser ponderados adecuadamente si de previo consideramos los orígenes de la policía judicial y los criterios de distinción entre ella y la llamada policía de orden o seguridad o policía administrativa.

### CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE POLICÍA DE SEGURIDAD O ADMINISTRATIVA Y POLICÍA JUDICIAL

La policía judicial, tal como la conocemos ahora y con esa denominación, es un fruto de la Revolución Francesa. Si bien es cierto que una etapa preparatoria del juicio penal, a cargo de un juez, es propia del sistema inquisitivo y que dicho juez inquisidor contaba con el auxilio de alguaciles o comisarios, en los cuales podía delegar algunas de sus tareas, no existía en ese sistema procesal, como señala TONINI (1979, p. 12), una distinción entre las funciones de policía y justicia, de manera tal que el juez inquisidor cumplía también la que a partir del código francés del 3 de brumario del año iv (25 de octubre de 1795), se dio en llamar "policía judicial".

El artículo 19 del código citado, también conocido con el inexacto nombre de "Código de Delitos y de Penas", pese a su naturaleza esencialmente procedimental, indicaba que la "policía administrativa" tiene por objeto el mantenimiento habitual del orden público en cada lugar y en cada una de las partes de la administración general, y tiende principalmente a prevenir los delitos. En el artículo 20 el código señalaba la función de la "policía judicial": investigar los delitos que la policía administrativa no pudo evitar, reunir las pruebas y llevar a los delincuentes ante los tribunales encargados de imponerles la sanción que corresponda.

De esta manera dicho código desarrollaba un principio establecido por el artículo 189 de la Constitución del año III, que la había recientemente precedido, según el cual "las administraciones... no pueden inmiscuirse en las materias dependientes del orden judicial" (GLEIZAL, 1974, p. 45).

TONINI (1979, p.60) estima que la distinción entre policía administrativa y policía judicial fue causada probablemente por la amarga experiencia del período revolucionario conocido como

Terror, durante el cual se promulgó la Ley de Sospechosos, del 17 de septiembre de 1793, que

estableció como delito la simple sospecha de ser "rebelde" o "traidor". Durante dicho período fue completa la confusión de las funciones administrativas y jurisdiccionales, de manera que los órganos judiciales desarrollaron funciones de prevención, mientras que los órganos administrativos, como la municipalidad y el "Comité de Seguridad General", ejercieron funciones judiciales. Cesado el Terror y eliminado el delito de mera sospecha, señala el autor italiano, los órganos de justicia penal recuperaron sus propias características y se asistió a una aclaración de las funciones genuinamente judiciales desarrolladas por los órganos de policía, de igual manera que todo lo correspondiente a la prevención del delito, a la seguridad y al orden público fue atribuido a la competencia del poder ejecutivo, es decir, a la función administrativa.

El criterio diferenciador de la función de policía (de seguridad u orden o administrativa y judicial) no ha sido unánime en la doctrina. Entre las posiciones extremas de GARRAUD, que ve en la investigación del delito una función netamente administrativa y reduce el ámbito judicial de la justicia penal al juicio (TONINI, 1979, p.110) y RANELLETTI, que niega que la función de la policía judicial sea realmente una función de policía (CHIAPPETTI, 1973, p.125), se encuentran opiniones como la de CARNELUTTI (1950, p.262), para quien la policía judicial no se diferencia en cuanto a la naturaleza de su función de la policía preventiva o de seguridad, ya que dicho autor concibe el delito como un desorden, y CLARIA OLMEDO (1964, III, p.54), que aunque atribuye a la policía de seguridad una finalidad "eminentemente preventiva" y a la policía judicial una finalidad "decididamente represiva", encuentra como denominador común de ellas su carácter administrativo (administrativo-ejecutivo y administrativo-judicial), e, igual que CARNELUTTI, concibe el delito como una ruptura del orden, como un desorden.

Desde ese concepto de delito como desorden, del cual también participa CAFFERATA NORES (1985, p.13), la lucha contra el crimen viene a ser una lucha para restablecer el orden público. Opinión en sí misma inobjetable, pero que puede dar pie para borrar toda distinción entre las funciones policiales, ya que el concepto de orden público ha sido tradicionalmente asociado en forma muy estrecha con el de policía de seguridad.

Oportuno es recordar que la identificación u concepción unitaria de la función policial fue

denunciada por GLEIZAL (1974, ps. 68, 69 y 348) en la Francia de los años setentas como una manifestación del concepto extensivo del orden público, que para el autor galo era consecuencia de la imperante ideología de capitalismo de estado y que, en su criterio, tuvo como resultado la politización de la policía judicial al ser absorbida por la policía de orden, estrictamente hablando. Contrariamente, RICO (1983, A, p.35) señala entre los aspectos positivos del sistema policial francés su "casi total neutralidad política".

Al criterio diferenciador que asigna a la policía administrativa la función de prevenir el delito y a la judicial la de reprimirlo, ha sido objetado en Francia por numerosos autores (GLEIZAL, 1974, P.46) que la policía judicial realmente no reprime, sino que ella interviene para ayudar a la represión, que derivará de la sentencia condenatoria. Asimismo, que la policía administrativa, además de prevenir, también reprime cuando emplea la fuerza para asegurar el respeto de sus órdenes, sin recurrir a la intervención de un juez.

A lo anterior habría que agregar lo que señala CLARIA (1964, III, p.57) en cuanto a la función preventiva de la policía judicial, desde el punto de vista procesal, cuando actúa para evitar o prevenir la alteración de las pruebas, la fuga de los sospechosos o la destrucción o desaparición de los elementos de convicción. En refuerzo de su tesis resalta el autor cordobés que el "sumario de prevención", como se denomina a las pesquisas policiales en algunos códigos procesales penales argentinos y en el costarricense, es cautelativo y asegurativo del posterior resultado del proceso, como indica su nombre.

De igual forma debe ser tomado en consideración el criterio de BUSTOS RAMIREZ (1983, ps. 66 y 67) de que entre prevención y represión no hay diferencia conceptual, sino sólo temporal y cualitativa. La prevención no sería sino la respuesta represiva contra las posibilidades de producción del hecho delictivo. En la misma línea de pensamiento podemos decir que la represión del delito tiene también una función preventiva en cuanto factor deterrente de la criminalidad, aunque en la época actual se ponga en tela de juicio el efecto ejemplarizante de la pena.

Otro criterio al que se ha echado mano para establecer una diferencia entre las dos funciones de policía está basado en la discrecionalidad de la policía administrativa, en contraste con la legalidad que regula el ejercicio de policía judicial.

CHIAPPETTI (1973, p.129) lo ataca señalando que la policía judicial tiene también cierto margen de discrecionalidad, aunque considerablemente inferior al de la policía administrativa.

Tampoco resulta convencido ese autor por la tesis de RANELLETTI de que mientras la policía judicial tutela el derecho, la administrativa sólo tutela el orden y la seguridad, dado que el ordenamiento que regula la actividad de policía administrativa suele contener disposiciones que indican lo que particulares habrían debido hacer o no hacer, en relación con lo cual la autoridad de policía debe cumplir eventualmente una actividad material de represión, cuya finalidad es la restauración del derecho, como cuando disuelve una reunión prohibida por la autoridad (CHIAPPETTI, 1973, ps. 127 y 128).

También se ha recurrido como elemento diferenciador a la naturaleza judicial de los órganos que cumplen los actos de policía judicial o a la dependencia de ellos respecto a la autoridad judicial, sin que parezca que eso pueda transmutar la naturaleza intrínseca de la función policial.

GLEIZAL (1974, *passim*) funda la diferencia relacionando la noción de orden público con la policía administrativa y la de infracción con la policía judicial. Nociones ambas que se prestan a muy diversas interpretaciones, como la denunciada por el mismo autor respecto a la de orden público.

Con base en GARRIDO FALLAS (1983, ps. 159-161), nosotros estimamos que el elemento medular de la actividad de policía, en general, es la coacción como medio para lograr sus fines. Desde esa perspectiva la policía judicial es policía en tanto actividad de coacción o conjunto de medidas coactivas. Es judicial en cuanto a sus fines: básicamente la investigación de delitos, la preservación de los elementos probatorios relacionados con aquéllos y la aprehensión de los delincuentes. Estos fines deben ser, precisamente, el elemento diferenciador entre la policía judicial y el resto de la actividad de policía.

A estos fines de la policía judicial, que podríamos llamar tradicionales, MONTERO AROCA (1987, ps. 236-239) cree deben sumarse otros no necesariamente del ámbito penal, pero estrechamente vinculados con la actividad judicial, como algunos de los señalados por el artículo 445 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española: el auxilio a la autoridad en actuaciones que deba realizar fuera de su sede y requieren la presencia policial y otros fines, que nosotros identificamos como derivados de aquellos elementos de la



jurisdicción que han sido tradicionalmente conocidos como COERTIO Y EXECUTIO.

En un sentido semejante, la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, cuerpo de policía judicial costarricense, dispone que dicho ente, además de auxiliar a los tribunales penales y al Ministerio Público, será cuerpo de consulta de los demás tribunales del país (art.1), "cumplirá con las funciones de policía judicial... y deberá también ejecutar las órdenes y demás peticiones de los tribunales de justicia" (art.2).

## FACTORES PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA POLICÍA JUDICIAL.

Diversos factores deben ser tomados en cuenta al estructurar la policía judicial en una sociedad democrática. Algunos de ellos son comunes a todas las funciones de policía, como la apoliticidad, en el sentido de neutralidad política; la organización esencialmente civilista de los cuerpos de policía y el control que sobre las actuaciones policiales deben ejercer diversos órganos y la misma comunidad. Otros son propios de la policía judicial, como su ubicación en el aparato estatal, su subordinación al ministerio público y a los tribunales de justicia, la capacidad específica que deben recibir sus miembros y las potestades que la ley otorgue al cuerpo policial.

### 1. Apoliticidad

En cuanto a la apoliticidad, si su ausencia en la policía de seguridad es causa de disfunciones que pueden constituir verdaderas desviaciones de poder, tratándose de la investigación de delitos la politización policial puede llegar a corromper todo el sistema de justicia, pues en la generalidad de los casos las primeras pesquisas suelen tener una influencia decisiva sobre la ulterior sustanciación del proceso penal.

El principio de verdad real, soporte de todo el andamiaje de la justicia represiva en un Estado de Derecho, resulta totalmente desvirtuado cuando los órganos encargados de hacerlo realidad se guían con criterios divorciados de la objetividad.

### 2. Organización civilista

Piedra fundamental en la edificación de un buen cuerpo de policía es la formación de la mentalidad policial (TIJERINO, 1992), es decir de

una mentalidad claramente diferenciada de la militar, como diferente es la función de la policía y el ejército.

En un Estado de Derecho la policía no puede ser concebida sino como un servicio a la comunidad (RICO, 1983, B, ps. 23 y 24); es un servicio público de protección o tutela de todo el conglomerado social y de los derechos y garantías individuales. La mentalidad militar, orientada claramente al uso indiscriminado de la fuerza, sin repugnancia alguna a la brutalidad (CLAUSEWITZ, 1972, p. 10), es incompatible con la mentalidad con que debe ser cumplida la función policial, esencialmente protectora (CRUZ, 1991 p. 92).

El acto militar exige reacción refleja del subalterno, a la orden del superior o ante una situación determinada. El acto policial exige racionalidad, discernimiento, valoración de los riesgos a que estén expuestos los bienes jurídicos confiados a su protección. De allí que no sólo sea sustancialmente distinta de la del policía la mentalidad del soldado, sino también mucho más compleja y laboriosa la formación de la mentalidad policial (TIJERINO, 1992).

Elocuentes fueron en este sentido las palabras dirigidas el 22 de julio de 1988 por LUIS MARIA RETOLAZA, Consejero de Interior del Gobierno Vasco, a los "ertzainas" o miembros de la policía autonómica Ertzaintza: "*Sois ciudadanos con mentalidad de ciudadanos, de civiles, para convivir en una sociedad civil de ciudadanos de plene derecho.*" (EL PAIS, Madrid, 23 de julio de 1988, p. 12).

Buscando la diferenciación entre lo policial y lo militar el gobierno de Oscar Arias, en Costa Rica, sustituyó la denominación de "compañías" y "comandancias", resabios del proscrito Ejército, por la de "comisarias", además de otras disposiciones desmilitarizadoras de la policía administrativa que, por desgracia, siguen resultando insuficientes. En la misma orientación, el gobierno español eliminó en 1987 las denominaciones militares en los grados de la policía (EL PAIS, 6 de diciembre de 1987, p. 18).

Fundado en lo anterior, expreso mis más serias dudas sobre la posibilidad de crear un cuerpo de policía judicial sobre la base de una institución militarizada, como suelen ser los cuerpos de policía de seguridad en la América Latina. Desengañémonos: la policía judicial no se improvisa ni se construye con elementos inidóneos.

### 3. Control

Todo cuerpo policial necesita controles internos y externos. el más importante de los controles internos es el que directamente ejercen sus jefes y oficiales. Por eso nunca será suficientemente ponderada la importancia de una rigurosa selección de éstos. Es más fácil que un jefe íntegro, por respeto o temor, imponga rectitud a subalternos corruptos, que un cuerpo policial formado por hombres probos se sustraiga a la influencia perniciosa de un jefe indigno (TIJERINO, 1991, p. 20).

Otro control interno lo constituyen oficinas especializadas de supervisión pertenecientes a la misma policía, generalmente conocidas como de "asuntos internos". Tratándose de la policía judicial y en virtud de su subordinación al Ministerio Público, de la que hablaremos luego, lo óptimo sería que lo resuelto por esas oficinas sea revisado por un fiscal designado por el Fiscal General, o que dicho fiscal integre el tribunal disciplinario, con lo que ya tendríamos el primer elemento de control externo.

Uno de los más importantes controles externos es el que deben ejercer los tribunales de justicia restando validez con toda firmeza a las actuaciones ilegales de la policía, así como reprimiendo severamente los abusos en que ésta incurra. En muchas ocasiones es la misma judicatura la que propicia los abusos policiales, al delegar indolentemente las propias funciones en la policía judicial.

El más democrático de los controles de la policía es el que ejerce directamente la comunidad. Si la policía es un servicio a la ciudadanía, ésta tiene derecho a velar por su buena prestación. Entre policía y comunidad, en una sociedad democrática, no puede haber divorcio o antagonismo. Una relación armoniosa no sólo depara ventajas para la comunidad, sino también para la misma policía, que adquiere reconocimiento de su legitimidad y el consecuente apoyo ciudadano.

En asunto tan delicado y complejo como la función de policía judicial el respeto y la colaboración de la comunidad rinden grandes beneficios. Por otra parte, el control de la comunidad sobre las actuaciones de la policía judicial es la mejor garantía de respeto por parte de ésta a la legalidad.

Control de la policía por la comunidad no puede significar, desde luego, interferencia en las investigaciones policiales, sino acceso a información sobre organización, recursos y

funcionamiento del cuerpo policial por parte de individuos o grupos de ciudadanos que revelen un legítimo interés en esos aspectos, así como facilidades al público en general para presentar quejas por actuaciones indebidas y dar seguimiento a las investigaciones disciplinarias a las que aquéllas dieren lugar.

### 4. Ubicación

La forma más segura de librar a la policía judicial de la influencia política partidista es sacarla, igual que al Ministerio Público, de la esfera del Poder Ejecutivo y ubicarla donde la naturaleza de su función exige: en el Poder Judicial, dado que compartimos el criterio del maestro VELEZ MARICONDE (1969, p. 258), de que la represión de las conductas delictivas es actividad de naturaleza judicial. Pensamos, desde luego, en un poder judicial real y no simbólico, es decir, en un poder judicial independiente.

La exitosa experiencia costarricense de un cuerpo de policía judicial dentro del Poder Judicial, que ha cumplido ya veinte años, contradice la opinión de BUSTOS RAMIREZ (1983, p. 66) sobre la viabilidad de intentos semejantes.

### 5. Subordinación al Ministerio Público y a los tribunales

La policía judicial, como órgano de la función represiva del Estado y auxiliar es esa tarea del Ministerio Público y de los tribunales penales, debe necesariamente estar subordinada a ellos. Toda investigación policial en materia criminal, previa al proceso, debe estar orientada a suministrar al Ministerio Público elementos probatorios que le permitan fundar ante los tribunales el ejercicio de la acción penal, ya sea haciendo una imputación o solicitando al tribunal competente la desestimación del caso. Iniciado el proceso, la función policial se debe orientar a cumplir las órdenes del tribunal que lo adelante.

Si el Ministerio Público, particularmente su jerarca, no tiene la potestad de dar directrices sobre la actividad de policía judicial e instrucciones precisas en cuanto a casos específicos, se corre el riesgo de que la policía determine su propia política criminal y condicione a sus propios intereses o a intereses extraños el mismo ejercicio de la acción penal. O el Ministerio Público controla la actividad de policía judicial o la policía judicial controla buena parte de la actividad del Ministerio Público.

La supervisión del Ministerio Público sobre la policía judicial debe ser cercana y rigurosa, no sólo para garantizar el éxito de las investigaciones policiales sino también para controlar la legalidad de sus actuaciones.

El Fiscal General o director del Ministerio Público es el jerarca natural de la policía judicial. Si no se establece esa relación, la policía tiende a buscar otros centros de poder que la tutelen, dando lugar al peligroso fenómeno del clientelismo, o a convertirse ella misma en centro omnívoro de poder, inaceptable en un régimen democrático por las aberrantes consecuencias que de él necesariamente derivan.

## 6. Capacitación

### a) Criminalística

Por otra parte, la policía judicial debe estar confiada a un cuerpo especializado, como especializada es la actividad. De ello se colige que la capacitación de sus miembros debe diferir de la que reciben los individuos que integran otros cuerpos de policía.

Debemos recordar que uno de los nombres con el que se conoce a la policía judicial es el de "policía científica". Esto porque, con el surgimiento y desarrollo de la criminalística, la investigación de los hechos delictivos se apoya principalmente en diversas ramas de la ciencia. El dominio de la criminalística es, pues, indispensable para los agentes de policía judicial. Naturalmente que todo cuerpo de policía científica debe contar con el respaldo de laboratorios físico-químicos, bien equipados y atendidos por personal debidamente adiestrado, y un bien estructurado departamento de medicina legal.

### b) Delincuencia no convencional

La política criminal de una sociedad democrática debe priorizar la lucha contra la delincuencia de los sectores con poder económico, por su mayor lesividad a los intereses sociales. Para tan ingente tarea es absolutamente indispensable una policía judicial capacitada en ese campo particular.

Voces autorizadas sostienen que la inconmensurable deuda externa de América Latina es el resultado de empréstitos que realmente no necesitaban nuestros países o que fueron manejados con insuficientes o nulos controles, aunado a un sistema penal que es absoluta garantía

de impunidad para las clases dirigentes. En este aspecto el panorama de los países de la región es realmente desolador; por eso, mientras no se ponga fin a tan caótica situación, el desarrollo económico y social será una permanente frustración.

De singular importancia para la lucha contra la delincuencia "de cuello blanco" es la capacitación de algunas secciones de la policía judicial en material financiera, es decir, en los procedimientos propios del manejo de la hacienda pública, en el funcionamiento de las instituciones y operaciones bancarias y bursátiles y en todo lo relacionado con los grandes negocios mercantiles. Desde luego que también deben ser especializados fiscales y tribunales de justicia en este campo.

### c) Lavado de dinero

En íntima relación con los delitos financieros, por participar de los mismos instrumentos, se encuentra la actividad de "lavado o blanqueo de dinero" procedente del narcotráfico, de funestas consecuencias corruptoras para el conglomerado social.

La estrategia tradicional de muchos de nuestros países contra el narcotráfico ha sido la de incrementar la vigilancia en puertos, fronteras, aeropuertos y, a veces, en el mar territorial con el propósito de interceptar el trasiego de la droga. El esfuerzo resulta magro en cuanto a la cantidad de droga secuestrada (se calcula que ésta no pasa del 10% del total de la que se trafica) y absolutamente inútil contra los "peces gordos" del negocio ilícito, que utilizan a pobres diablos para la trasiego.

Mucho más eficaz resulta detectar y obtener pruebas de las operaciones financieras con fondos obtenidos del infame comercio, ya que eso permite dirigir la acción penal contra los principales responsables de la actividad delictiva. De esa forma las secciones de la policía dedicadas a la lucha contra el narcotráfico encuentran valioso auxilio en las dedicadas a combatir la delincuencia financiera.

### d) Conocimientos jurídicos

A los conocimientos técnicos mencionados hay que sumar, en la capacitación del agente de policía judicial, nociones sobre los procedimientos penales, el derecho penal, la organización de los tribunales y el Ministerio Público y, desde luego, los derechos y garantías que la Constitución y las convenciones internacionales otorgan o reconocen al imputado.

## 7. Potestades

La función de policía judicial es, como hemos visto, de vital importancia para la represión del crimen, sin ella la justicia penal estaría maniatada. Pero como la represión no puede ser indiscriminada ni arbitraria, es preciso buscar el justo medio entre las potestades que requiere la policía judicial y los derechos y libertades de los ciudadanos, así como también la salvaguardarla de la verdad real.

Hay potestades que deben serle denegadas a la policía judicial, como la de allanar domicilios sin autorización judicial, salvo casos de excepcional urgencia, o la de interrogar al imputado sin presencia de su defensor, o la de recibir testimonios para hacerlos valer en el proceso, o la de interceptar comunicaciones telefónicas sin autorización judicial, o la de abrir la correspondencia secuestrada, o la de proceder a la diligencia de reconocimiento de personas o cosas.

## CONCLUSIÓN

De todo lo anterior podemos concluir que la creación de la policía judicial y sus clara diferenciación de las otras funciones policiales significó un avance de gran trascendencia en la lucha contra la criminalidad. Avance al que algunos Estados suman la existencia de un cuerpo especializado en esa función, que bien puede ser ubicado en el Poder Judicial para que realmente responda a la necesidades de aquélla.

La policía judicial, sin embargo, será factor disociador en aquellos Estados donde su existencia sea sólo nominal, o en los que campee como moro sin señor, o sea instrumento despótico de persecución política, o esté aherrojada por poderes extraños al sistema de justicia penal, o no actúe con mentalidad de servicio a la ciudadanía, o no la conformen individuos rectos y debidamente capacitados.

De todos estos factores depende que la policía sea, parafraseando a DUGUIT, *la fuerza que evita la impotencia de la justicia y no la que convierta la justicia en barbarie*.

## EPÍLOGO TRAS UN FUNESTO SUCESO

Apenas unos días después de haber expuesto en el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de

México este trabajo, en el cual el Organismo de Investigación Judicial es presentado como una experiencia exitosa en materia de policía judicial, acaecieron los graves sucesos en que resultó muerto un detenido en poder de agentes de nuestra policía.

Independientemente de la gravedad intrínseca del hecho, que ya será juzgada por los tribunales competentes, en virtud de él nos vemos enfrentados a un agustioso interrogante: ¿Se trata de un hecho aislado, o es la punta que emerge de un espantoso témpano de ignominia para la justicia costarricense? La única forma de saberlo es encarando la situación con valentía y rectitud, llevando a cabo una profunda, vasta y escrupulosa investigación y permitiendo que el asunto se ventile públicamente.

No hacerlo o hacerlo a medias nos convertiría en cómplices de todos los futuros "hechos aislados", que ineludiblemente se producirían, y en responsables del desprestigio definitivo de la policía judicial.

Un abuso policial, aunque aislado, es lo suficientemente grave para acarrear gran pérdida de prestigio, pues, como decía PABLO CASTELLANO, "un solo caso de corrupción policial, una sola amenaza o matraqueo de palabrado a un ciudadano en un local policial, pone en cuestión todo el sistema constitucional. Porque la policía debe estar al servicio de los valores democráticos y sujeta a la responsabilidad jurídica, política y social, que no es a todos exigible." (CASTELLANO, 1988).

Minimizar lo sucedido o darle largas "mientras se aclaran los nublados del día" o pasa "el escándalo de tres días", actitud tan costarricense, por desgracia, sólo serviría para estimular a aquellos agentes con personalidad impulsiva y vaciar de contenido el esquema del Estado de Derecho, del cual estamos tan orgullosos en Costa Rica. IGNACIO SOTELO advierte a este respecto: "La columna vertebral del Estado no es la fuerza que representan sus Ejércitos y cuerpos policiales, sino el Derecho, en cuanto a la violencia y la coacción, monopolio del Estado, sólo se legitima si se emplea conforme a derecho." (SOTELO, 1988).

Es imperativo proceder de inmediato a expurgar el Organismo de Investigación Judicial de todos aquellos elementos que desnaturalizan su razón de ser. Debemos salvar nuestra policía judicial. Al momento de escribir estas líneas, 24 de octubre de 1993, no se había hecho nada.

## BIBLIOGRAFIA

- BUSTOS RAMIREZ, Juan. 1983 "El control formal: policía y justicia. La instancia policial". En *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Madrid, Península.
- CAFFERATA NORES, José I. 1985 *Policía judicial*, Córdoba (Arg.), Marcos Lerner Editora Córdoba.
- CARNELUTTI, Francesco. 1950 *Lecciones sobre el proceso penal*, I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A.
- CASTELLANO, Pablo. 1988 "Nobleza obliga", *El País*, Madrid, 27 de junio de 1988, p. 22.
- CHIAPPETTI, Achille. 1973 *L'attività di polizia, aspetti storici e dogmatici*, Pavoda, Antonio Milani.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. 1964 *Tratado de derecho procesal penal*, III, Buenos Aires, Ediar.
- CLAUSEWITZ, Claus von. 1972 *Arte y ciencia de la guerra*, trad. Ormazábal, México D.F., Grijalbo.
- CRUZ, Fernando. 1991 "La policía judicial", en *La función acusadora en el proceso penal moderno*, San José de Costa Rica, ILANUD.
- GARRIDO FALLA, Fernando. 1983 *Tratado de derecho administrativo*, II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GLEIZAL, Jean-Jacques. 1974 *La Police Nationale*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble.
- MONTERO AROCA, Juan. 1987 *Derecho jurisdiccional*, I, (con Ortells Ramos), Barcelona, Bosch.
- RICO, José María. 1983 A "Sistemas comparados de policía", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza.
- RICO, José María. 1983 B "Presupuestos para una reforma de la policía", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza.
- SOTELO, Ignacio. 1988 "El Estado de Desecho", *El País*, Madrid, 6 de julio de 1988, p.13.
- TIJERINO, José María. 1991 "Policía y democracia", *Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 3, Nº 4, junio de 1991.
- TIJERINO, José María. 1992 "¿Policías o soldados?", *La Nación*, San José de Costa Rica, 19 de marzo de 1992, p. 16A.
- TONINI, Paolo. 1979 *Po. in giudiziaria e magistratura, profili storici e sistematici*, Milano, Giuffrè.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. 1969 *Derecho procesal penal*, I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner.

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEBIDO PROCESO

*Dr. Daniel González Álvarez*  
Magistrado de Casación Penal  
Prof. Posgrado en Ciencias Penales, U.C.R.

## 1. EL "CONFLICTO" ENTRE AUTORIDADES DE LO PENAL Y LA SALA CONSTITUCIONAL

La reforma a la Constitución Política que creó la Sala Constitucional y la Ley de la Jurisdicción Constitucional se discutieron mucho, sin embargo en esa discusión la mayoría de los jueces no participaron, ni opinaron como grupo. En este sentido sería deseable una actitud más agresiva de parte de los jueces, es decir que asumamos una mayor participación en las discusiones sobre los problemas de nuestra comunidad nacional, para lo cual debemos entender que somos parte de la solución y no uno más de los problemas.

Es cierto que somos -o debemos ser- imparciales al conocer del caso, pero no somos neutrales ni frente al caso, ni frente a los problemas nacionales. Los jueces también tenemos una posición política determinada -aunque no lo admitamos ni se traduzca en una manifestación partidista- y esa concepción es la que nos induce a mantener determinados criterios al resolver conflictos, al interpretar el ordenamiento jurídico y al opinar sobre nuestras instituciones político-jurídicas, o bien nos induce a mantenernos al margen de las grandes transformaciones jurídicas, como la reforma que creó la Sala Constitucional.

En este sentido creo debemos examinar nuestras actuaciones y posiciones, para adquirir mayor consciencia del papel que hemos estado cumpliendo en el foro costarricense. Para ello también debemos tener claro que lo más importante en el sistema de justicia penal no son sus operadores, sino los usuarios, los ciudadanos que

lo utilizan ya sea como víctimas, imputados, testigos, etc.

Así surgió la Sala Constitucional, por ello no es casual su popularidad, en la medida en que rescató para nosotros los jueces la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia, al imponer límites claros y ciertos al ejercicio del Poder Público, incluido el ejercicio de la judicatura, cuando este poder es arbitrario y afecta los derechos fundamentales de los costarricenses.

No podían continuar pasando inadvertidas las actitudes de los jueces penales contrarias a la Constitución. Es cierto que no es agradable el ejercicio de controles, más cuando dejan sin efecto una medida adoptada. Pero la verdad es que la aprobación de la Ley de Jurisdicción Constitucional y la creación de la Sala Constitucional implicó para nuestro país una nueva puesta en vigencia de la Constitución Política, con todas sus implicaciones, porque ahora sí podemos afirmar que los derechos fundamentales están a la cabeza de nuestro sistema jurídico, y sus normas dejaron de ser simples preceptos dirigidos al legislador para orientar la formulación de las leyes.

Estos nuevos y eficaces mecanismos de control se hicieron sentir pronto en la justicia penal, no sin voces disidentes al interno del sistema penal. Ello era de esperarse. La situación de conflicto entre estos sectores también se dió, con diferente intensidad, en otros países al crearse la jurisdicción constitucional. En efecto, en la Italia de los años cincuenta y en la España de los años setenta y ochenta, al regresar a un sistema democrático, surgieron grandes conflictos entre lo penal y lo constitucional, incluso algunos teorizaron sobre lo que se denominó "la guerra de las dos cortes". Pues

bien, esa discrepancia surge en Costa Rica, con bastante retardo si notamos la fecha de la Constitución, en los años noventa. Pero debemos advertir de inmediato que se trata de un conflicto sólo aparente, no es que los Tribunales de lo penal estamos en pugna con la Sala Constitucional, la verdadera disconformidad se da entre el sistema penal y la Constitución, no con la Sala.

La discrepancia pudo haberse agudizado, en mi opinión, porque en muchas ocasiones los jueces-creo, de manera inconsciente- tendemos a anteponer nuestros intereses gremiales a los problemas del proceso, y tendemos a ver las transformaciones jurídicas como un problema gremial, que afecta nuestra tarea laboral cotidiana, al extremo de que algunos estimaron que la Jurisdicción Constitucional implicó la pérdida de independencia para el juez penal.

Los jueces empezaron a manifestar su disconformidad con tanto recurso de hábeas corpus, molestos por la paralización de expedientes ante las acciones de inconstitucionalidad, porque ahora continuarían apareciendo en el circulante de expedientes de las oficinas más asuntos ante la imposibilidad de resolverlos de inmediato. También comienza a preocupar, al menos en algunos sectores, tantos derechos para los acusados, tanta gente puesta en libertad, y finalmente sintieron que la Sala Constitucional constituyó un mecanismo de intromisión indebida e ilegítima en el sistema de administración de justicia penal, al extremo de que algunos afirmaron que hasta ahí había llegado la independencia del juez penal.

## 2. LA RECAIDA DE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

Para comprender la magnitud de la discrepancia creo que debemos examinar con espíritu crítico lo que estaba ocurriendo en el sistema de justicia penal de finales de los años ochenta. La verdad es que asistíamos a una verdadera recaída de los principios acusatorios del proceso penal y una reinstalación de los criterios inquisitivos.

No se si algunos de estos aspectos ocurrieron hasta entonces, pero en esa época observábamos una actitud en los operadores del sistema penal muy represiva, más allá de lo que nuestra legislación lo permitía, al mantener criterios bastante reducidos para admitir que la detención constituía una verdadera excepción y no la regla;

donde nos desgastábamos en largas y complicadas instrucciones, cargadas de formalismos innecesarios, porque se buscaba la prueba de la condena más que los elementos necesarios para decidir si el asunto se llevaba a juicio.

Para entonces los actos de la policía y de la instrucción se dirigían a buscar la prueba de la condena, más que para justificar el surgimiento del proceso penal. Así observábamos cantidad de investigaciones policiales, largas y complicadas, sin verdaderas limitaciones en su objetivo. Paralelamente funcionarios jurisdiccionales que entendían que su misión era defender el sistema penal, como algo poco concreto y reflejado en la conciencia colectiva. Un sistema moralista, ejemplificador, basado en la detención como instrumento correctivo de esos males. Una época en la que se creía que la justicia dura, represiva, inquisidora, era una justicia eficiente para luchar contra la criminalidad, porque mantenía más gente en las cárceles. Existe una interesantísima investigación del Profesor Walter Antillón Montealegre, en la que pone en evidencia el decaimiento del sistema mixto moderno, y el regreso a un sistema inquisitivo de lo más refinado y sutil.

Frente a estos problemas los controles internos del sistema penal se mostraban obsoletos. Los Tribunales superiores que debían conocer en apelación de la fase instructiva estaban recargados de asuntos, no existían tribunales de apelaciones especializados sino que los de juicio tenían que controlar también la instrucción, situación que todavía se mantiene en los Tribunales de provincia, donde incluso deben atender también las otras materias. Esa recarga de funciones les impidió controlar en forma eficaz los posibles excesos de los operadores del sistema penal. Por su parte, la Casación presentaba dos grandes dificultades para controlar. Por un lado, interviene demasiado tarde, al final del proceso, cuando ya han pasado muchos meses de haberse producido el vicio, algunas veces incluso años, cuando prácticamente los sujetos del proceso ya han perdido interés en reclamar el vicio y prefieren discutir sólo sobre la decisión final (la sentencia). En segundo lugar, el acceso a la casación se mostraba muy reducido, por disposición de la ley y por culpa de sus operadores. Ciertamente, la ley no permitía el recurso de casación contra algunas sentencias condenatorias, cuando la pena impuesta era inferior a seis meses en asuntos de Juez Penal y dos años en Tribunal Superior, lo cual fue declarado inconstitucional. Pero además de ese acceso

restringido, la aplicación de las normas de la casación se hacía con un rigor formalista, muy restrictivo, anteponiendo un ritualismo exegético a los derechos de los recurrentes, situación que ha venido cambiando primero con la nueva integración de la Sala y luego con base en la misma jurisprudencia de la Sala Constitucional, vinculante para la penal, al reconocer que "...el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención (Americana de Derechos Humanos), en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado..." .

Para 1990 Costa Rica mantenía 57 personas detenidas en espera de juicio por cada cien mil habitantes, por encima de las cifras que mantenían Guatemala (con 49), Colombia (con 53), Ecuador (con 43), Nicaragua (con 50), Perú (con 47) y Uruguay (con 69). En nuestro país el porcentaje de presos sin condena pasaban del 60 por ciento del total de la población detenida para esa época, y de verdad que el sistema era marcadamente inquisitivo.-

### 3. EL SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Estamos convencidos de que ningún sistema represivo ha constituido alguna garantía para tutelar los derechos de los ciudadanos, ni para los acusados ni para las víctimas. Basta echar un vistazo a los sistemas penales de algunos países de la región, en períodos históricos caracterizados por el autoritarismo. En ellos los sistemas penales fueron bastante represivos, inquisitivos, duros, y sin embargo ninguno fue eficiente para disminuir la criminalidad, ni para proteger los derechos de los ciudadanos, ni siquiera se tuteló a las víctimas de delito.

Mientras el Sistema Penal asumía posiciones más rígidas para combatir la criminalidad, la justicia constitucional de entonces interpretaba que las normas de la Constitución Política no podían aplicarse en forma directa por parte de los jueces, ya que se consideraban preceptos y principios rectores dirigidos a orientar la función del legislador al momento de promulgar la ley. En ese sentido se interpretaba el inciso 1º del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como una disposición que impedía al Juez desconocer una ley,

aunque la estimara inconstitucional, cuando ese choque no había sido declarado por el Tribunal Constitucional de entonces (la Corte Plena).

Paralelamente resultaban superables y muy débiles los mecanismos procesales diseñados en esa época para la tutela de los derechos constitucionales, los cuales respondían a una legislación dispersa, muy vieja y en muchas ocasiones antagónica entre sí (Ley de Hábeas Corpus, Ley de Amparo, Código Procesal Civil del siglo pasado).

Frente a este panorama surge la reforma a la Constitución Política que crea la Sala Constitucional, y se promulga la ley de la Jurisdicción constitucional, hechos que pudieron haber sido intrascendentes de no haber sido por una nueva y agresiva jurisprudencia que sus magistrados inmediatamente pusieron en práctica en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Con la Sala Constitucional, a través de nuevos mecanismos procesales más ágiles y potenciados, se inicia un verdadero proceso correctivo sobre el funcionamiento del sistema penal, al moldearse controles y restricciones para los operadores estatales, que prácticamente constituyeron una nueva base filosófica alrededor de la Constitución y los instrumentos internacionales (pactos, convenios, declaraciones, tratados, etc.), en favor de los derechos humanos como si apenas estuvieran poniéndose en vigencia en nuestro país. Muchos fueron los sorprendidos con las nuevas interpretaciones jurídicas, pero la verdad alguien tenía que tomarse la molestia de constitucionalizar nuestro sistema procesal penal, dura tarea si se toma en cuenta que no se contó con el apoyo y la simpatía de los mismos jueces de la materia penal.

La verdad es que los nuevos controles dignificaron la función judicial penal, al someterla a la Constitución y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y al fortalecerse como principio básico y rector que **toda la actividad represiva del Estado para perseguir y sancionar los delitos tiene como límite los derechos fundamentales de los ciudadanos.**

### 4. ALGUNOS CRITERIOS CORRECTIVOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA PENAL

La influencia de la justicia constitucional sobre la penal ha sido muy basta. En lo que al proceso se refiere, ha tenido incidencia en una gama



muy articulada de principios y normas, desde las iniciales etapas de la investigación policial hasta en las últimas fases de la ejecución penitenciaria, restableciendo la supremacía de derechos básicos como el de defensa, las reglas del debido proceso, las condiciones constitucionales para detener, los plazos para indagar y mantener detenida a una persona, la posibilidad de recurrir, etc.

Una mirada muy rápida a algunos -no seleccionados sino tomados al azar- de los recursos de hábeas corpus declarados con lugar, nos permiten formarnos una idea general de la importancia y la magnitud de la intervención.

Veamos. En un caso un Juez de Instrucción no ponía en libertad al imputado, a quien se había concedido el beneficio de excarcelación y se había pagado la fianza, porque el fiador no había señalado un lugar donde oírá notificaciones. La Sala Constitucional declaró con lugar el hábeas corpus, señalando entre otras cosas que "...los requisitos formales y en general los ritos y prescripciones que regulan la tramitación de una causa penal, deben ser interpretados restrictivamente en favor del imputado, como una manifestación de la supremacía de los valores fundamentales, supremacía expresada en la Constitución Política y en los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a Costa Rica...".

En otro asunto, un Agente Fiscal le previno al imputado que debía presentar al ofendido a declarar, dándole un plazo de veinticuatro horas para hacerlo, y lo apercibió de que si no lo hacía ordenaba su detención. Desde luego la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de hábeas corpus y señaló que "...el imputado no se encuentra legalmente obligado a presentar a ningún testigo, ni siquiera los ofrecidos por él, esa es obligación única del Estado en cumplimiento de su responsabilidad en el esclarecimiento de los hechos delictivos de acción pública...".

También se declaró con lugar la negativa de un Juez de Instrucción de San José de permitir el acceso del defensor a los documentos en custodia, que supuestamente incriminaban a su defendido, no obstante que éste ya había rendido su declaración indagatoria.

En otro caso, se detuvo a una persona por un asunto en el cual, desde meses atrás, había recaído en su favor sentencia absolutoria, pero no se dejó sin efecto una orden de captura que el propio Tribunal Superior había girado antes del debate. La Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de hábeas corpus y no dispensó de responsabilidad a

los jueces, quienes descargaron la culpa en el Secretario del Despacho, porque a los primeros les corresponde el deber de vigilancia sobre la marcha de los expedientes.

También se declaró con lugar otro recurso de hábeas corpus contra un Juez Instructor que decretó y comunicó un impedimento de salida del país (medida restrictiva de la libertad personal) sin haber dictado resolución alguna, y consecuentemente sin fundamentar su decisión.

En materia contravencional la incursión de la Sala Constitucional también ha sido trascendente. Sólo para ejemplificar, dicha Sala declaró con lugar el recurso de hábeas corpus contra un alcalde que por sentencia condenó a una persona por la contravención de mendicidad, pero resulta que quien pedía limosna era una persona que no podía valerse por sí misma, alcohólica, de 60 años de edad, que no sabe leer ni escribir, y por eso no tiene oficio. También se declaró con lugar el recurso de hábeas corpus interpuesto contra un alcalde que condenó a una persona, dueña de una finca, en la cual el encargado descuidó la vigilancia sobre el ganado y se salió a las calles. El propietario vivía a más de cien kilómetros del lugar, y se sustentó la condena en que era el dueño de la finca. La decisión se estimó contraria al principio de culpabilidad constitucional.

Son apenas algunos ejemplos que nos permiten hacernos una idea de las cosas que ocurren en el sistema de justicia penal. Algunos jueces estiman que el recurso de hábeas corpus se utiliza indebidamente, pero la única manera de evaluar su uso por parte de la Sala Constitucional es la de examinar los casos en que se ha declarado con lugar, para darnos cuenta que en su mayoría compartimos las soluciones dadas. El que los abogados litigantes y los ciudadanos utilicen en exceso los mecanismos de control de la Sala Constitucional no debe preocuparnos, lo importante es que la Sala intervenga sólo en aquellos casos en que existía una verdadera irregularidad en perjuicio de los derechos de los ciudadanos, y creemos que así ha ocurrido.

Para comprender esta posición deben estudiarse, entonces, los recursos declarados sin lugar y existen en abundancia. En este sentido se declaró temerario y sin lugar un recurso de hábeas corpus interpuesto por un abogado defensor en favor de su cliente, a quien se le había revocado la excarcelación porque el imputado abandonó su residencia. En esta resolución se establecen

obligaciones a la defensa, tales como la de mantenerse en permanente contacto con el imputado y el deber de informar inmediatamente al Tribunal cuando se percaten que su cliente abandonó el domicilio señalado como residencia.

En igual sentido debe señalarse que se declaró sin lugar un recurso de hábeas corpus interpuesto en favor de un imputado a quien, durante la citación directa, no le recibieron ninguno de los testigos que propuso en su defensa. La Sala estimó que dicha prueba podía ofrecerse ante el Juez Penal, quien la podía valorar para dictar la correspondiente sentencia luego del debate.

En esa línea de pensamiento, la Sala también ha considerado importante adoptar ciertas medidas coercitivas en favor de otros intereses que gravitan en el proceso penal. Así por ejemplo, ante un recurso de inconstitucionalidad contra las normas que autorizan la prisión preventiva en el proceso penal, la Sala estimó de interés no suspender la aplicación de esas normas al considerar que tal suspensión "...puede causar graves perjuicios a la Administración de Justicia, pues no existiría posibilidad alguna de detener preventivamente a nadie, aunque así lo requieran los intereses del proceso, con lo que también se afectan la seguridad y la paz sociales...".

Muchos son los ejemplos que podríamos utilizar, pues la mayoría de las resoluciones de la Sala Constitucional rechazan los recursos interpuestos. Bástenos afirmar que la protección de los derechos fundamentales de los acusados se ha hecho sin afectar los derechos de los demás, entre ellos los de la víctima y la sociedad como tal. En este sentido es importante anotar que **si bien han disminuido en forma notable la cantidad de detenidos en espera de juicio y se ha reducido la aplicación de la prisión preventiva, ello no se ha traducido en una mayor cantidad de absolutorias en materia penal.**

## 5. ORIENTACIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL

La labor de la justicia constitucional sobre el funcionamiento del sistema penal no se ha limitado al ámbito jurisdiccional. Ha abarcado la fase administrativa de ejecución penitenciaria, y también la fase inicial de actividad legislativa, donde se moldea y define una parte respetable de la política criminal.

Esta parte del control constitucional se ha

realizado principalmente por medio de las consultas sobre proyectos de ley, y en las acciones de inconstitucionalidad. No pretendemos más que dar un simple ejemplo para explicar la idea, y para ello remitimos a los interesados a la amplísima resolución de la Sala en la cual se evacuó la consulta de varios Diputados sobre el proyecto de Ley que se tramitó en la Asamblea Legislativa con el número 10.699, mediante el cual se pretende modificar los artículos 195 y 289 del Código de Procedimientos Penales y crear un nuevo artículo, que será el 27, en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. En esta resolución la Sala gira una serie de recomendaciones para adecuar la iniciativa legislativa con la Constitución, afirmando entre otras cosas lo siguiente: "...el punto anterior resulta necesario hacerlo notar a la Asamblea Legislativa, para que al tomarse alguna determinación legislativa en relación con el proyecto consultado se establezca en forma clara si el cambio de actitud con relación al secreto del sumario, en la forma señalada, es lo que se pretende con la reforma, pues sólo así podrá el interprete establecer en forma clara los alcances de la reforma. Para salvar lo que para esta Sala constituye un error, resulta necesario mantener la redacción del artículo 195 en la forma que actualmente se encuentra, agregando los párrafos que se estimen necesarios...". Se agrega luego en esa resolución que "...el proyecto de ley consultado, en cuanto acuerda a las Comisiones Legislativas nombradas según lo dispuesto en el artículo 121 inciso 23 de la Constitución Política y a sus diputados miembros, el acceso a los expedientes judiciales pendientes, y policiales en investigaciones realizadas por el Organismo de Investigación Judicial, sólo sería constitucional en el curso de una investigación legislativa específicamente sobre la conducta de los tribunales o de los funcionarios judiciales o administrativos del Poder Judicial, como tales, y además, si se da con carácter general, no para casos concretos pendientes de resolución por los tribunales, así como, en todo caso, mediante la fiscalización de la Corte Suprema de Justicia, la cual debe velar por que se respeten absolutamente, tanto la dignidad y el honor de las personas involucradas en esos expedientes, como la privacidad y discreción que las leyes dispongan para protegerlas...".

Como se aprecia, en esa resolución se dan una serie de directrices para elaborar la legislación penal. En realidad todas las acciones de inconstitucionalidad se dirigen a fiscalizar esa tarea legislativa, sólo que en las consultas la Justicia

Constitucional puede formular una serie de recomendaciones para aprobar la ley con cierta redacción, mientras que en las acciones de inconstitucionalidad su intervención se limita a señalar la conformidad o no de la ley con la constitución.

Incluso en algunas resoluciones de hábeas corpus también se han hecho observaciones de política criminal. Así, por ejemplo, en un caso se calificó de "pereza funcional" la técnica legislativa utilizada en algunos tipos penales que en forma innecesaria obligan a recurrir a otras normas para complementar la descripción típica o la sanción penal.

## 6. EL DEBIDO PROCESO EN LOS FALLOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Sería injusto identificar el pensamiento de la Sala Constitucional relativo al debido proceso en uno o pocos fallos. La verdad es que a lo largo de toda su producción en materia penal, la Sala ha venido delineando, desarrollando y fortaleciendo los principios e ideas básicas del debido proceso en el sistema penal costarricense.

Véanse las resoluciones citadas con anterioridad para darnos cuenta que el desarrollo de los principios del debido proceso es un tema muy basto y complejo, que no puede reducirse a pocos fallos, sino a toda una orientación político-ideológica sobre la Constitución. Se trata de una toma de partido, con todas sus implicaciones, y la Sala lo hizo en favor de los derechos de los ciudadanos.

No obstante esa amplitud, creo también posible hacer un recuento de algunos fallos históricos sobre el debido proceso, que marcan una pauta que caracterizará nuestro proceso penal hasta que cambiemos de Constitución y de posiciones filosóficas sobre la justicia penal.

Permítasenos citar algunas de esas resoluciones, entre las que consideramos de las más relevantes, sin pretender agotar la lista porque son muchas y de una gran trascendencia.

### a) Fallos referidos a distintos aspectos sobre la libertad personal

En primer término merecen destacarse una gran cantidad (más grande de la que podemos imaginar) de resoluciones dirigidas a proteger una serie de aspectos relativos a la libertad personal, en todo sentido.

En efecto, la Sala Constitucional tuvo una efectiva incidencia en el comportamiento del sistema penal, corrigiendo viejas prácticas, erradicando criterios lesivos, e imponiendo el respeto a los derechos constitucionales, por medio de una serie de resoluciones relativas a la libertad personal, donde se redefinieron una amplia gama de aspectos. En esa línea podemos citar fallos en los cuales se limitaron y se delinearon las razones por las cuales se puede autorizar la prisión preventiva; resoluciones en las cuales se habló ya de un plazo razonable para llevar a juicio a una persona sometida a prisión preventiva y la necesidad de establecer plazos máximos de detención preventiva; así como una variedad de sentencias donde se estableció el derecho a una llamada o comunicación al momento de ser detenido, el plazo para poner a la orden de juez y para recibir declaración indagatoria, las causales de excarcelación, las razones para decretar una incomunicación, la forma de disponer la detención y los presupuestos, las potestades de la autoridad de policía, las redadas, las detenciones en contravenciones, etc.

Gracias a este tipo de resoluciones la prisión preventiva, es decir el encarcelamiento anterior a la condena, representa hoy en Costa Rica una excepción, pues sólo el 33% de la totalidad de la población detenida espera juicio, la restante ya está condenada, y sólo excepcionalmente se aplica la prisión preventiva, pues una gran mayoría está en libertad mientras se tramita el proceso, estableciéndose así uno de los mejores niveles en América Latina, dentro de los países que siguen el sistema continental europeo.

Sólo a título de ilustración, para ejemplificar esta significativa y magna tarea que emprendió y asumió la Sala Constitucional, permítasenos citar algunos casos, extraídos al azar de sus resoluciones y sin seguir un orden determinado, a sabiendas de que son muchos los asuntos en que dicha Sala ha definido y defendido el derecho constitucional de libertad personal y sus excepciones, y que estos criterios han sido reiterados en muchos otros expedientes.

En ese sentido es deber citar, en primer término la resolución de la Sala en que reafirma los principios constitucionales, al señalar las condiciones y requisitos para detener a una persona en nuestro país: "...El artículo 37 de la Constitución Política -afirma la Sala- contiene tres garantías en relación con la detención de las personas: a) sólo se puede detener a una persona cuando contra ella

exista, al menos, un indicio comprobado de que ha participado en la comisión de un hecho que constituya delito; b) que la orden sea dada por escrito por un juez o autoridad encargada del orden público, a menos de que se trate de un delincuente prófugo o detenido en flagrancia y c) que dentro de las veinticuatro horas, contadas a partir de la detención, se le ponga a la orden de Juez competente..."

La resolución parece obvia, los principios reafirmados se desprenden de la norma constitucional, sin embargo defender esos principios en la práctica se ha convertido en una verdadera tarea, sobre todo porque con frecuencia no se han respetado. Esta afirmación de principio pone en evidencia la ilegitimidad de las detenciones masivas (redadas) que se practicaban por medio de las llamadas "Comisarias Móviles", cuando un contingente de guardias rurales y civiles se presentaban en una determinada comunidad a detener a cuanta persona les pareciera sospechosa de algo, según sus criterios sobre la criminalidad. En iguales términos la resolución puso un freno a la actuación de algunos cuerpos policiales en materia de detención, sobre todo cuando ellos pretendieron llevar a cabo una supuesta labor preventiva, labor que generalmente los ciudadanos aplauden por creer que tiene gran incidencia para disminuir la criminalidad.

En igual sentido la necesidad de constitucionalizar las causas que autorizan la detención de una persona por parte de un juez hizo que la Sala también declarara con lugar recursos de hábeas corpus y condenara al Estado a pagar los daños y perjuicios ocasionados. Así, señaló la Sala, debe indicarse que "...en buena doctrina Constitucional, para limitar la libertad a un imputado mediante un **auto de detención provisional**, es necesario que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya dictado requerimiento y que los hechos constituyen verdaderamente delito...". Este terreno de lo obvio permitió señalar que el Juez Penal no santifica la detención. El problema de la arbitrariedad no estaba exclusivamente en la actuación policial, ni la presencia del Juez era suficiente para eliminarla. También el Juez está sujeto a una serie de limitaciones y parámetros constitucionales en favor de la libertad individual, de ahí que resultó necesario aclarárselo.

En igual sentido la Sala se pronunció por la inconstitucionalidad de las reiteradísimas

detenciones practicadas en materia contravencional. Al efecto indicó que "...al hacer referencia el constituyente a 'delito', lo hace en el sentido estricto del término, sea excluyendo a las contravenciones, pues caso contrario el constituyente hubiere utilizado el término genérico de acción punible, o hecho ilícito, pues cuando quiso hacer comprensivo de todo el problema penal en el artículo 39, señaló expresamente que las garantías en él establecidas se daban en beneficio de cualquier persona a la que se le atribuyera ser autor de un delito, cuasidelito o falta. El proceder correcto de las autoridades encargadas del orden público debió ser, llevar de inmediato al detenido ante la autoridad judicial que conoce de las faltas y contravenciones, o identificarlo debidamente y ponerlo en libertad..."-.

La labor correctiva de la Sala Constitucional se ha extendido también a los plazos, pues para nadie ha sido un secreto como la manipulación y el juego con los plazos se constituía en una especie de impunidad, sobre todo cuando se estaba frente a detenciones tal vez no inconstitucionales pero sí innecesarias. En este sentido debe mencionarse, en primer término, que "...aunque la detención esté debidamente fundada debe tener sustento en un pronunciamiento jurisdiccional dictado a más tardar veinticuatro horas después de la captura del imputado...", con fundamento en el artículo 37 de la Constitución Política. En igual sentido, agrega la Sala en otra resolución, "...el Juez debe proceder a recibir declaración indagatoria a todo detenido, a más tardar en el término de 24 horas desde que fuere puesto a su disposición, sin perjuicio de que el plazo indicado se prorrogue por otro tanto cuando el Juez no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiera el imputado para elegir defensor...". Para cumplir con ese plazo, no son admisibles algunas excusas que se venían repitiendo en el operar del sistema penal. En efecto, precisó la Sala que "...es absolutamente inexcusable que la falta de gasolina en un vehículo estatal, o la falta de previsión de los funcionarios responsables para asignar un medio de transporte a los reos para que fueran indagados por el juez, se haya incumplido con una norma legal que es parte del conjunto de garantías procesales que protegen al procesado...", declarándose con lugar el hábeas corpus.

Las correcciones en este campo de los plazos también las aplicó la Sala al desterrar algunas interpretaciones extensivas. La Sala comprobó en un caso concreto retardo en resolver la situación

jurídica de unos imputados. "...Este retardo se debe -indica el fallo- a la interpretación errónea por parte del Juez del artículo 286 párrafo segundo en relación con el artículo 274, ambos del Código, pues el término de seis días que allí se establece debe contarse a partir de la declaración de cada uno de los imputados, y no desde que declarara el último de ellos, interpretación esta última que acarrearía la detención de los otros por más tiempo del permitido ante la ausencia o rebeldía de uno de los posibles partícipes..."

También han sido reiterados los recursos de hábeas corpus declarados con lugar, por falta de fundamentación del auto que ordena la detención, pues para ello "...no basta con la simple reiteración de los presupuestos normativos en los que cabe la detención del acusado, sino que es necesario que la autoridad jurisdiccional valore el caso en forma racional, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que le permiten adecuar los supuestos abstractos de la norma al caso concreto..."

Otra práctica viciada a la cual debió ponerse freno, fue la de utilizar la incomunicación del detenido con fines distintos a los establecidos en el Código Procesal Penal. Señaló la Sala que "...la incomunicación no puede utilizarse para permitir que los encargados de la investigación policial sometan a interrogatorio al detenido, ello transforma la incomunicación en tortura y ésta está constitucionalmente proscrita de nuestro sistema democrático de gobierno...". Para entonces eran frecuentes los casos en que la incomunicación se utilizaba como un instrumento para tener al imputado a disposición de los oficiales de policía que continuaban interrogándolo, o trasladándolo al lugar del hecho, con el fin de que les suministrara mayor información útil para resolver el caso. Aún cuando estas medidas las aplicaran de buena fe evidentemente desnaturalizaban las razones constitucionales por las cuales se permite la incomunicación.

Otro de los principios básicos que la Sala debió extraer de la Constitución y esperemos se ponga en vigencia en la práctica cotidiana, fue el de establecer el derecho de toda persona detenida a comunicarse con alguien de su confianza para informar el hecho de la detención y procurarse ayuda. "...Todo detenido tiene derecho a comunicarse, por la vía que él escoja, con su familia, amigos o abogado, al momento en que se le informa que va a quedar detenido a la orden de una autoridad pública, o al momento en que él lo estime oportuno, mientras se produce dicha detención.

Desde luego que este derecho no conlleva la posibilidad de un abuso, que se daría si se demandan varias llamadas. Es también obligación de la administración, en el caso de que no exista medio público de comunicación, poner a disposición de los detenidos, los propios...". Se trata de una medida revolucionaria en defensa de los detenidos, de muy bajo costo económico para el Estado, pero de una gran importancia para el detenido y para la tutela de sus derechos. Todavía no sabemos cuales han sido las medidas adoptadas por las autoridades de policía para dar cumplimiento a esa obligación, sin embargo confiamos en que pronto será una práctica cotidiana, lo difícil será la aceptación inicial, después las cosas se vuelven obvias.

Otras resoluciones han sido dirigidas a orientar la labor del instructor y sus responsabilidades frente al imputado detenido, entre ellas recordarles que es el Juez quien debe asumir una posición activa para evitar la detención innecesaria y excarcelar a los imputados. Sobre ello señaló la Sala que "...resulta conveniente, a efecto de evitar reiteración en hechos como el que ahora se conoce, señalarle a la señora Juez encargada de la instrucción que el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales le obliga a evitar la prolongación de detenciones innecesarias y el 297 a acordar, aún de oficio, la excarcelación, razón por la que su acción para hacer cesar oportunamente una detención, no puede ser expectante, sino activa, nunca negligente como lo fue en el caso a que este recurso se refiere..."

En esta última resolución citada se estableció también otro principio básico, según el cual "...las restricciones para conceder la excarcelación sólo pueden válidamente fundamentarse en las necesidades del proceso (peligrosidad procesal)..." y no en razones de fondo. Este criterio es reiterado y explicado posteriormente en otros fallos, donde se explica en forma clara que la denegatoria de la excarcelación no puede válidamente sustentarse sólo en la gravedad del hecho, ni en el monto de la posible pena, sino que todo ello debe estar unido a un interés procesal (afectación procesal). Señaló la Sala que "...la gravedad del hecho cometido y el tanto de pena... por sí solos, resultan insuficientes para negar la excarcelación de un encausado, dado que el propio legislador posibilitó la excarcelación de personas que se encontraban en esa situación..."

Muchas han sido las resoluciones de la Sala Constitucional por medio de las cuales han enderezado una práctica viciada contra la libertad

personal. Hemos pretendido sólo dar un ejemplo de la bastísima gama de aspectos en los que han debido incursionar, para darnos cuenta de la ardua labor. Lo más difícil ha sido lidiar con los funcionarios y vérselas con la incompreensión. Aunque pareciera que las dificultades mayores han provenido, en muchas ocasiones, del mismo sector de los jueces, quienes acostumbrados a una práctica en la que no tenían ningún supervisor, de pronto debieron cambiar de actitud frente a las restricciones al derecho de libertad del imputado, casi sin asimilar las nuevas actitudes. Nuevas relativamente, desde luego, porque la Constitución tiene varias décadas de vigencia formal, pero sólo hasta ahora -al menos en algunos aspectos fundamentales- observamos que se cumple en la práctica. La transformación apenas comienza. Creo necesario evaluar ese paso a lo largo de varios años, cuando la misma Sala Constitucional esté más asentada.

#### b) Los límites temporales y sustanciales de la prisión preventiva

Dejamos para mencionar aparte por su gran trascendencia, no obstante que se refiere a la libertad individual en forma directa como los fallos citados en el aparte anterior, el tema relacionado con los límites máximos de la prisión preventiva.

La Sala no ha señalado en forma específica un solo plazo para limitar la duración de la prisión preventiva. Sin embargo ha dejado claro que esa medida está sujeta a límites objetivos, y que ello no puede depender de la ineficiencia del propio sistema para tramitar los casos con rapidez.

Se trata, desde luego, de fallos en los cuales la Sala ha delimitado la prisión preventiva no solo desde el punto de vista temporal, sino también desde su propia raíz. Es decir, se ha delimitado el uso de la prisión preventiva no sólo por el tiempo en que se ha aplicado en un caso concreto, sino también por las razones que puedan justificar esa medida y las condiciones que deben existir para que se mantenga.

En tal sentido, desde un primer punto de vista **sustancial** la Sala ha expresado que "...las medidas cautelares debe ser utilizadas sólo cuando las circunstancias propias del proceso así lo exijan; son provisionales -no definitivas- y deben **necesariamente** darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso o hayan cumplido ya su cometido. De lo anterior puede concluirse que tanto el marco constitucional, como el convencional, permiten la prisión

preventiva (artículos 37 de la Constitución Política y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero ella, según se ha dicho, debe ser aplicada por los jueces, **en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley**, de modo tal que cuando resulte innecesaria, es obligación del juez hacerla cesar, ya sea en aplicación del artículo 294 del ordenamiento procesal penal o acordando la excarcelación del encausado -aún de oficio-, conforme a lo reglado en los artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales...".- Como puede apreciarse, aquí se moldean los **límites sustanciales de la prisión preventiva**, en la medida en que se establece como condición básica la necesidad para mantener la detención, pero la necesidad procesal, no la necesidad externa al proceso o basada exclusivamente en la gravedad de los hechos o la "alarma social", conceptos bastante equívocos, al menos lo suficientes para esconder arbitrariedades.

Desde luego estas limitaciones sustantivas a la prisión preventiva deben relacionarse con los fallos citados en el apartado anterior, donde se moldean esos límites de fondo, al establecerse cuándo puede decretarse la prisión preventiva, es decir las condiciones constitucionales que deben existir para que pueda justificarse la restricción a uno de los derechos básicos del hombre, como lo es la libertad individual.

Pero los límites sustantivos no bastan. La verdad es que aún cuando subsistan todas las condiciones fácticas y jurídicas para decretar la prisión preventiva, es necesario todavía establecer otros límites racionales, referidos al tiempo en que esa medida se mantiene aplicada sobre una determinada persona en un caso concreto. En efecto, en forma clara y directa la Sala señala que la detención está sujeta a **límites temporales**, al establecer que "...como medida provisional que es y a efecto de salvaguardar las consecuencias del estado de inocencia garantizado en el artículo 39 de la Constitución y 8.2 de la Convención, se encuentra sujeta a término y restricciones. Término que está fijado en nuestro sistema por las normas que permiten su cesación -según ya se analizó-, y la propia regla contenida en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige que quien se encontrare sometido a proceso, sea juzgado en un plazo razonable, o puesto en libertad, sin perjuicio de que el proceso pueda continuar...", agregando luego que "...lo inconstitucional no es la institución en sí, sino su

eventual prolongación más allá de las necesidades del proceso, extremo este que no puede ser reconocido en una acción de inconstitucionalidad, sino en el caso concreto, mediante el recurso de hábeas corpus...".

Como puede apreciarse, sin fijarse un plazo concreto igual para todos los casos, se señala que la detención está sujeta a un plazo razonable, que debe establecerse según el caso, siguiendo el principio de proporcionalidad y el derecho a un juicio pronto, analizadas las particularidades de cada situación procesal.

El valor de estos fallos es innegable dentro de nuestro sistema jurídico. Sin duda tendrán siempre un lugar en la historia, incluso frente a quienes los adversen, pues no pasarán inadvertidos para nadie.

### c) **El derecho de recurrir contra toda sentencia condenatoria por delito**

Otro tema donde podemos citar resoluciones de gran trascendencia en la definición del debido proceso y el derecho de defensa, lo constituye sin lugar a dudas la apertura del recurso de casación.

Como todos recuerdan, antes de la existencia de la Sala Constitucional y no obstante lo establecido en el Pacto de San José sobre el derecho de recurrir, resultaban irrecurribles para el imputado las sentencias condenatorias, cuando la condena no superaba los seis meses de prisión si era de Juez Penal, cuando imponía menos de dos años de prisión si la dictaba un Tribunal Superior, o no superaba los ciento ochenta días multa en cualquiera de los dos casos, por aplicación directa de lo que disponían los incisos 1º y 2º del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales.

Conociendo de un recurso de hábeas corpus y estableciendo el principio de que los tratados internacionales ratificados por nuestro país son aplicables incluso contra *legen*, la Sala señaló que el "...artículo 82 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) es absolutamente clara e incondicionada, en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior. IV Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto a que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna condición suspensiva o complementaria pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando éste provea la organización institucional y

procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir...De tal manera, pues, que, para dar cumplimiento a la exigencia citada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana, basta con tener por no puestas las indicadas limitaciones, y con entender que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito..."

Ese fallo dejó de aplicar, al menos para el caso en que se interpuso el recurso, los incisos del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales que limitaban el recurso de casación. Posteriormente declaró inconstitucionales esas limitaciones, *erga omnes*, pero también dejó establecido una especie de advertencia para una corriente muy formalista que por esos tiempos campeaba en la casación penal. En ese fallo la Sala consideró que "...el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino a que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso..."

La frase fue objeto de mucho análisis al interno de la Sala Tercera, y podríamos afirmar que resultó ser uno de esos párrafos que mayor trascendencia ha tenido en el operar del sistema penal. Desde luego que resultaba indispensable esa afirmación, por dos razones básicas. En primer término porque para entonces algunos estimaban que lo que realmente debía establecerse en Costa Rica, para cumplir con los requerimientos de la Convención Americana, era el recurso de apelación. Sólo estableciendo la doble instancia, afirmaban algunos, era posible cumplir con la Convención sobre Derechos Humanos, y para hacer eso debía transformarse el entero sistema procesal penal, algunos hasta clamaban por el regreso al Código de 1910. Consecuentemente la Sala salió al paso a esas afirmaciones, indicando que la Convención no indica qué tipo de recurso debía establecerse contra la sentencia condenatoria, y para adecuarse a la garantía podía bastar el recurso de casación. Sin embargo, resultaba necesario establecer, en segundo lugar, que la casación no siempre ha constituido una garantía, sobre todo cuando era informada de una corriente bastante legalista y formalista, donde el rito se imponía a las garantías y a la justicia del caso que estaban en un segundo plano.

Como todo, el fallo hizo época, provocó mucha reacción, más positiva que negativa y hoy la posibilidad de recurrir de una sentencia condenatoria por delito es vista como algo natural, formando parte indisoluble con el actual sistema penal, como algo que forma parte de su propia identidad. En adelante sería impensable en Costa Rica un sistema procesal que no admita algún recurso en favor del imputado cuando se le condene por delito a sufrir alguna pena.

Véanse también las observaciones hechas en el aparte J-7.-

#### ch) Prueba ilícita:

Sobre este tema la Sala también ha brindado oportunas orientaciones para la justicia penal.

Muy ardúa ha sido la discusión jurisprudencial sobre la prueba ilícita. Creo que es unánime (y así tenía que ser con base en nuestra Constitución Política) la posición que estima que la prueba directamente ilícita no tiene ninguna validez para sustentar una decisión jurisdiccional en ningún sentido, ya sea para absolver ya sea para condenar. El verdadero problema lo constituye la prueba lícita (al menos recibida con respeto de las exigencias legales y constitucionales), pero de la cual se tuvo noticia y se llegó a ella por medio de una prueba ilícita. Se trata de prueba indirectamente viciada por su relación con prueba espúrea, como ocurre, por ejemplo, con la captura en flagrancia de varias personas que querían traficar con droga, capturados en el momento mismo de realizar la transacción, pero de la cual se tuvo noticia por medio de una interceptación ilegítima de una conversación telefónica previa.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desarrolló la teoría del fruto del árbol prohibido, según la cual los efectos del vicio se extienden incluso hasta la prueba relacionada. Esa misma solución la contiene la Constitución de la Provincia de Córdoba, al establecer en el artículo 41 que "...Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella..."- Evidentemente con estas soluciones, la nulidad o falta de validez de la prueba se extiende a las pruebas relacionadas.

El tema ha tenido particular interés en Costa Rica, sobre todo luego de la declaratoria de

inconstitucionalidad sobre las interceptaciones de las conversaciones orales, ya que muchos casos -sobre todo en materia de drogas- fueron descubiertos por medio de esas interceptaciones.

La Sala Constitucional en este campo no ha sido lo suficientemente precisa como para indicar que se inclina en favor de una u otra tesis en forma absoluta, lo que justifica que en su oportunidad deba hacerse una consulta expresa.

En una resolución se indica que "... La Sala, en los múltiples recursos de hábeas corpus presentados en contra de las resoluciones judiciales que tomaron en cuenta las pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas, dijo que en tanto subsistieran otras pruebas independientes que demostraran razonablemente la probable participación del imputado en el hecho delictivo, la detención estaba ajustada a derecho...Sin embargo ese no es el caso, pues como se dijo no existen otras probanzas que inculpen a la amparada en el delito que no se deriven de las intervenciones telefónicas declaradas inconstitucionales por esta Sala..." y por esa razón declaró con lugar el recurso de hábeas corpus. Como se aprecia, la resolución no es concluyente, pero en esa ocasión se inclinaron por afirmar que la prueba relacionada también es ilícita y nula. En igual sentido se pronunció la Sala en otra resolución, al afirmar que "...como puede constatar, ante el problema de la prueba ilegítima, todavía se discute el alcance de su anulación dentro del proceso en el que fue utilizada. La Sala Constitucional ha sostenido que, en tanto sea determinante de una resolución del juzgador para procesar al imputado, tal prueba contamina el proceso y causa la nulidad de lo actuado y resuelto en él, al no existir otros elementos probatorios en la causa penal...Siendo que la citada interceptación fue la causa inmediata y directa de la detención del imputado ..., la Sala encuentra que se ha mantenido en prisión ilegítimamente y en tales circunstancias, el recurso debe declararse con lugar...,pues, ciertamente, fueron las conversaciones telefónicas las que llevaron a la detención del actor, así como al decomiso de la droga y el dinero en poder de los co-imputados..."-.

Sin embargo, en otras resoluciones se afirma que "...ha sido tesis mayoritaria en la Sala que la prueba ilegítimamente obtenida no tiene capacidad probatoria, pero su relación con otra prueba no demerita a esta para demostrar los hechos atribuidos..."- En este último sentido, también afirmó que "...esta Sala con vista en la prueba existente en autos, considera que aparte de las



intervenciones telefónicas, existe prueba independiente que permite al juzgador tener como probable la acción delictiva que se acusa..." reiterando el criterio anterior.-

Esta última opinión parece ser la que prevalece en la actualidad, aunque de una manera no muy firme, al afirmarse en otro fallo que esa "...Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espúria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí -sobre lo cual no parece haber ninguna discusión- se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiere existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien de matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional..."- Como indicamos, es necesario formular una consulta expresa a la Sala para aclarar en forma exacta el criterio sobre la validez de la prueba relacionada con prueba ilícita.-

#### **d) La inconstitucionalidad de la soberanía del Juez Penal para valorar y apreciar la prueba**

Gruesa afirmación de principio que la Sala hizo al indicar con atinada propiedad que "...la afirmación usual de que 'el juez de la causa es soberano en la apreciación y valoración de la prueba' resulta claramente violatoria del derecho del reo al debido proceso y, por ende, inconstitucional: el principio de inmediación de la prueba otorga, obviamente, una amplia discrecionalidad al juzgador inmediato para apreciarla y valorarla, pero no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de su convicción, de manera que uno y otras puedan ser impugnadas por arbitrarias o gravemente erróneas, como ocurre en el Estado de Derecho con toda discrecionalidad..."

Se trata evidentemente de una función asignada al Juez Penal, quien para tomar las decisiones debe valorar la prueba y asignarle el grado de credibilidad, pero esa función no constituye un poder absoluto, desprovisto de controles, sino una potestad que debe ser explicada racionalmente, justificándose en cada caso el por

qué de la decisión. Comprender esta situación permite entender la razón de ser del recurso de hábeas corpus, sobre todo ante la cantidad de críticas que al interno de la justicia penal solemos escuchar contra la Sala Constitucional, cuando se afirma que sus integrantes sustituyen al juez de lo penal.

#### **e) La captación de conversaciones telefónicas**

Un fallo que suscitó mucha polémica, y ha sido objeto de análisis, que provocó incluso una posterior reforma a la Constitución Política (aprobada por la Ley N° 7242 del 27 de mayo de 1991), a consecuencia del cual también hoy se discute un proyecto de ley sobre la captación de conversaciones telefónicas y el secuestro de documentos privados, lo constituye sin lugar a dudas la resolución que declaró contraria a la Constitución el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales.

Se trata de un fallo histórico por tres razones fundamentales. En primer término, porque no obstante el interés de la comunidad nacional en la represión de los delitos, en especial el narcotráfico, la Sala puso de manifiesto en esa resolución histórica que toda la actividad represiva del Estado, independientemente del gran interés que pueda tener, tiene como límite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política y por el Derecho internacional aplicable en nuestro país. Se trata de una afirmación básica y de principio. Se puso de manifiesto así la supremacía de los derechos fundamentales frente a la investigación, como límite de toda la actividad procesal en materia penal.

Los esfuerzos que provinieron de muy diversos sectores para mantener la constitucionalidad de la captación de las conversaciones telefónicas fueron vanos. Por encima del interés público en la represión de los delitos están los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y de verdad que fue necesaria la reforma constitucional, porque la captación de las conversaciones no se había reconocido como excepción.

En segundo lugar, el fallo es trascendente dentro del capítulo del debido proceso, porque reiteró el criterio, que parecía bastante extraño para esa época, según el cual el reo continuaba siendo un sujeto de derechos. Afirmó la Sala que "...en una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser un sujeto de

derechos, algunos se le restringen como consecuencia de la condenatoria, pero debe permitírsele ejercer todos los demás. Al imputado -contra quien se sigue una causa penal y en consecuencia no ha sido condenado- y aún al delincuente no se les puede constituir en una mera categoría legal, calificado según los tipos penales, debe reconocérsele como sujeto de derechos, como ya se dijo, de todos los que el marco constitucional o legal no le restrinjan. Durante el proceso el encausado goza de un estado de inocencia, que no permite tenerlo como culpable, antes de que la autoridad jurisdiccional correspondiente, no lo considere tal en sentencia debidamente fundamentada..."-.

Se trata de afirmaciones que permiten anteponer un verdadero límite al accionar de los funcionarios encargados de la investigación en el proceso penal. Parecen afirmaciones obvias, pero que adquieren todo un nuevo contexto cuando se afirman en relación con un caso concreto, y así dejan de ser meros preceptos, intenciones, deber ser.

Por último, el fallo tiene trascendencia, evidentemente, porque reafirmó el derecho de privacidad constitucional. Señaló la Sala en ese mismo fallo, ya citado, que "...en una democracia todo ciudadano tiene derecho a mantener reserva sobre ciertas actividades u opiniones suyas y obtener amparo legal para impedir que sean conocidas por otros, en especial cuando para conocerlas deban emplearse procedimientos clandestinos; resulta imposible o muy difícil convivir y desarrollar a plenitud los fines que una persona se propone, sin gozar de un marco de intimidad, protegido de injerencias del Estado u otros ciudadanos..."- La trascendencia del principio está en que la Sala reafirma que constituye eso, un principio y no una excepción. Para esa época parecía que la excepción era el derecho a la privacidad y el principio la transparencia de actuaciones, máxime cuando parece que ahora todo es de interés público, hasta lo exclusivamente privado.

#### f) Las medidas de seguridad para imputables

Alguno se preguntará de inmediato la importancia de un fallo referido a las medidas de seguridad para imputables en relación con el debido proceso, tema este último al que nos dedicamos. Sin embargo constituye sin lugar a dudas otro fallo histórico, creemos incluso de los que mayor repercusión ideológica ha tenido hasta

ahora sobre todo el sistema penal, de alcances enormes en todo lo relativo al campo de la culpabilidad, pero también con acertadas y no menos trascendentes incidencias en el terreno procesal. Desde luego dejaremos de lado aquí aspectos realmente relevantes de ese fallo, por no estar referidos y directamente vinculados al debido proceso sino al derecho penal sustantivo, no sin advertir la trascendencia de las partes que omitimos para el funcionamiento del entero sistema represivo del Estado.

Dicha resolución reafirma el principio de culpabilidad como fundamento de la pena, señalando que "...el derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; **se es responsable por lo que se hizo** (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre **por lo que es y no por lo que hizo**, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad...". Esta afirmación de carácter sustantivo tiene hondas repercusiones para la actividad procesal, porque orienta y refuerza el principio de averiguación de la verdad real, en la medida en que el proceso debe dirigirse a descubrir si el hecho atribuido al acusado es cierto, si él lo realizó y bajo qué circunstancias, más que a descubrir cómo es el acusado y cuáles han sido sus antecedentes personales.

Por otro lado, también ese fallo orienta el deber de fundamentar la pena en la sentencia, parte esencial del debido proceso. En efecto, afirma la Sala que "...el procedimiento penal de nuestro medio, en cuenta el costarricense, no está diseñado para hacer un juicio sobre la personalidad del sujeto activo, los criterios que aplican los jueces a este respecto, resultan empíricos, subjetivos y en tal razón en sí mismos peligrosos. No es extraño encontrar en los pronunciamientos de nuestros tribunales, al momento de fundamentar el fallo en cuanto a la pena se refiere, que lo hacen señalando que toman en consideración el criterio que sobre la personalidad del condenado se han formado en la audiencia, criterio, que como ya se dijo, es pobre, empírico y posiblemente no ajustado a la realidad... Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de la pena a imponer, los

juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto...".

Se trata de evidentes directrices para cumplir en forma adecuada con el deber de fundamentar la sentencia, en un aspecto muy sensitivo para el acusado como es el de explicar las razones en las que se sustentó el Tribunal para escoger el monto de la pena en el caso concreto, dentro de los parámetros y limitaciones legales y constitucionales.

Desde luego para evitar confusiones de inmediato la Sala aclara que aún situados dentro del principio de culpabilidad es posible tomar en consideración una serie de aspectos subjetivos del acusado, sobre todo para determinar el monto de la pena. En realidad el grado de culpabilidad es un aspecto intimamente ligado a las condiciones subjetivas del autor al momento del hecho y justifica una toma de consideración. "El artículo 71 del Código Penal -señala la Sala en esa resolución- contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad y su marco de influencia aceptado en el presente pronunciamiento por la Sala, razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas, pues además esas circunstancias sirven para fijar el grado de culpa con que se actuó...".

#### g) La inexistencia de 'Interpol' como cuerpo policial en Costa Rica

También son importantes de mencionar, dentro de una breve descripción sobre la forma en que la Sala Constitucional ha delineado el principio del debido proceso en sus diferentes resoluciones, los fallos en los que se ha dejado claro que "Interpol" no existe en Costa Rica como un cuerpo policial más, como parte integrante de la "fuerza pública" a que se refieren nuestras leyes y la Constitución.

Frecuentes resultaban ser las acciones que adoptábamos los jueces penales, sobre todo en materia de extradición, cuando se nos aportaban órdenes de detención giradas por "Interpol", hasta que por medio de diferentes fallos de la Sala Constitucional se puso en evidencia que Costa Rica nunca suscribió formalmente ningún convenio con ninguna organización internacional de policías. En uno de los fallos se señala que Costa Rica se adhirió al Estatuto y al Reglamento General de la

Organización Internacional de Policía Criminal en junio de 1954, al aceptarse una solicitud que hizo en nombre de nuestro país el teniente coronel Guillermo Salazar M., entonces Director General de Detectives (D.G.D.), pero sin contar con alguna autorización expresa del gobierno, y sin que se ratificara el convenio por medio de una ley, como lo exige la Constitución y las Convenciones Internacionales de Relaciones Diplomáticas y Consulares.-

De estos fallos aprendimos que debíamos comenzar a cuestionar una serie de unidades policiales que sin ningún respaldo legislativo funcionaban en Costa Rica, sobre todo porque nuestro sistema procesal penal autoriza a los cuerpos de policía que realizan funciones de policía judicial, a practicar una serie de actos procesales que inciden y afectan los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como las detenciones, los registros, secuestros de objetos y documentos, allanamientos de morada, incomunicaciones, etc.

En lo que al debido proceso se refiere, esos fallos constituyeron un respaldo para aquellos jueces de instrucción que negaron a algunas "autoridades" la posibilidad de realizar ciertas actuaciones procesales, y no delegaron en ellos, en ningún caso, la práctica de las mismas, salvo que lo coordinaran con la Policía Judicial.

#### h) El debido proceso en sentido estricto

Finalmente debemos hacer referencia a otra de las resoluciones históricas de la Sala Constitucional, cuya redacción conocimos hace apenas algunas horas, que en sentido estricto vino a evacuar una de las primeras consultas preceptivas formulada por la Sala Tercera (Sala de Casación Penal) en un recurso de revisión donde se alega la violación a las reglas del debido proceso, situación ante la cual nuestra legislación obliga a la Sala Penal consultar a la Constitucional sobre los alcances del concepto del debido proceso, aun cuando al respecto no tenga dudas.

Se trata de un fallo histórico porque contiene una serie de apreciaciones jurídicas de un gran valor para la institucionalidad del país y para el mantenimiento de nuestra democracia, de manera que incide no sólo en el funcionamiento del sistema penal.

Razones de espacio y tiempo nos impiden analizarla en toda su amplitud. Bástenos por ahora hacer referencia a algunas consideraciones sobre el debido proceso, a sabiendas de que también en este

caso dejamos de lado aspectos de mucha trascendencia contenidos en esa resolución.

En primer término la resolución afirma que el principio del debido proceso es genérico y se refiere a todo el ordenamiento. "...Desde luego -afirma la Sala en ese fallo- que el debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, especialmente en tratándose de los de condena, de los sancionadores en general, y aún de aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas privadas, o aún de las públicas en cuanto que terceros frentes a la que actúa...".

Saltándonos partes vitales de esa resolución, en segundo lugar, agrega la Sala que "...otro elemento constitutivo del derecho al debido proceso es su generalidad, -*numerus apertus*-, de manera que, ni el texto ni lo que diga la Sala agota necesariamente las posibilidades de un catálogo tipología de sus elementos. Serán, entonces, tanto la jurisprudencia constitucional, como la de la Sala Tercera, las que amplíen sus alcances a la luz de nuevos problemas que plantee cada caso concreto...". Con ello la Sala Constitucional aclara que su propósito no es agotar una lista de derechos para verificar si el que se acusa violado en el recurso de violación se encuentra en esa lista previa, sino que ello debe examinarse en cada caso concreto, a la luz de los principios orientadores desarrollados por las jurisprudencias de las dos salas, incluida la penal.

En tercer lugar, entre las afirmaciones más directamente relacionadas con nuestro tema debemos mencionar aquella en que se indicó que **todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales**. En efecto, se afirmó que "...las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional...". Lo anterior tiene un gran significado a nivel procesal. Desde ese punto de vista, entonces, todas las violaciones al debido proceso deben entenderse conminadas genéricamente con nulidad absoluta por implicar violación constitucional, cuyo examen se impone incluso de oficio; pueden ser conocidas en casación sin necesidad de que se aleguen siquiera en el recurso; se pueden volver a plantear en revisión; y

finalmente son tutelables también por medio del recurso de Hábeas corpus, aplicándosele el tratamiento propio de las violaciones constitucionales con todas sus implicaciones.

#### i) **Presupuestos o condiciones generales previas al debido proceso**

En la resolución últimamente citada -a la cual seguiremos haciendo referencia- la Sala ubica dos condiciones generales previas del debido proceso, y que por "...su carácter previo y necesario hace de ambos y de lo que ambos implican, presupuestos o condiciones sine quae non de aquél, de manera que su ausencia o irrespeto implica necesariamente la imposibilidad misma del debido proceso al punto de que esa ausencia o violación también debe sancionarse como ausencia o violación del derecho al debido proceso en sí...", formando parte integral de éste.

##### *i-1) El derecho general a la justicia*

Este primer supuesto del debido proceso viene definido en esa resolución desde dos ángulos básicos.

En primer lugar "...el debido proceso tiene, ante todo, dimensiones programáticas, no por esto menos vinculantes jurídicamente, que exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar precisamente ese derecho fundamental a la justicia, que no es, por otra parte, más que una consecuencia del monopolio de la fuerza, asumido por el Estado y la más importante manifestación del derecho de petición. que en Costa Rica se consagra, en los artículos 27 -en general- y 41 -en especial- de la Constitución...". En otras palabras, de previo a la instauración de las reglas al debido proceso es necesario que exista un Poder Judicial capaz de resolver los conflictos jurídicos con fuerza vinculante.

En segundo lugar esos presupuestos están formados por un conjunto de normas y principios referidos, por un lado, al sistema de administración de justicia en sí mismo, el cual debe ser independiente desde el punto de vista funcional y económico, así como también exclusivo y universal, en la medida en que la justicia sólo puede ser ejercida por tribunales del Poder Judicial, y en cuanto no puede haber materias, ni actos inmunes o no justiciables. Por otro lado, este grupo de principios que constituyen esta segunda parte de los presupuestos del debido proceso también están

referidos al derecho de petición y al derecho a la justicia, y sus atributos complementarios, entre los cuales se mencionan el derecho y el principio de igualdad, el acceso universal a la justicia para toda persona, indiferentemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen o antecedentes o cualquier otra condición social, y el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente, aspectos sin los cuales no es posible ubicar un sistema idóneo que cumpla con los principios del debido proceso.-

### *i-2) El derecho general a la legalidad*

El segundo grupo de presupuestos al debido proceso está conformado, de acuerdo con la exposición de la Sala Constitucional, por el derecho general a la legalidad.

Este derecho que como la misma Sala pone en evidencia aparenta referirse más a problemas de fondo que a procesales, tiene, sin embargo, repercusiones trascendentes para el debido proceso, aún en su sentido estrictamente procesal. En efecto, "...el principio 'nullum crimen, nulla poena sine previa lege', recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda causa penal sobre la base de esa previa definición legal... (puesto que) el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo..."-

También se reiteran en este mismo grupo de presupuestos, principios básicos como el de igualdad y no discriminación, irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo y de retroactividad en su beneficio, el 'indubio pro reo' y el estado de inocencia, ambos derivables también del artículo 39 constitucional.

Todas estas son condiciones mínimas para que pueda operar en forma permanente y valedera un proceso debido, con todas las implicaciones que ello tiene.

### **j) Elementos que integran el debido proceso**

Conforme ya lo advertimos, debemos reiterar que la Sala Constitucional señaló que los principios del debido proceso configuran un conjunto abierto de preceptos, de manera que cualquier enumeración será sólo ejemplificativa, pero no totalizadora, y que corresponderá a las dos Salas (penal y constitucional) por medio de su labor jurisprudencial, ampliar esa gama de principios según los pronunciamientos casuísticos que se le vayan presentando.

### *j-1) El derecho al Juez Regular*

Dentro de la gama de principios constitutivos del debido proceso la Sala ubica, en primer término, el derecho al juez regular o al juez natural, según la definición contenida en el artículo 35 de la Constitución, y que se complementa con otros preceptos, tales como la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales dependientes del Poder Judicial, así como con el artículo 39 *ibidem*, en el cual debe entenderse que la "autoridad competente" es necesariamente la judicial y ordinaria, para luego concluir en que "...tanto la jurisdicción -general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma dicha..."

### *j-2) Los derechos de audiencia y defensa*

En segundo lugar esa histórica resolución individualiza los derechos de audiencia y defensa como segunda categoría de reglas del debido proceso, al cual pertenecen, entre otros, los principios de intimación (derecho a estar informado de la acusación), de imputación (deber de atribuir el hecho al imputado), el derecho de audiencia, y el derecho de defensa en sí, los cuales reciben un amplio tratamiento explicativo.

### *j-3) El principio de inocencia*

Que derivan del artículo 39 constitucional, en la medida en que el acusado requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Así, se afirma, "...ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción..."

### *j-4) El principio de "in dubio pro reo"*

Según el cual "...la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar en su favor. El respeto debido a este principio capital comporta, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedor, no sólo

de justicia, sino también de comprensión y compasión...".

#### *J-5) Los derechos al procedimiento*

La Sala reitera aquí que "...el debido proceso implica, precisamente desde sus orígenes, el derecho al debido proceso 'legal', con la consecuencia de que cualquier violación grave del procedimiento, aun meramente legal -no constitucional per se-, en perjuicio del reo equivale a una de sus derechos fundamentales y, por ende, de la propia constitución".-

Entre los derechos al procedimiento se ubican:

- i- el principio de la amplitud de la prueba,
- ii- el principio de legitimidad de la prueba,
- iii- el principio de inmediación de la prueba,
- iv- el principio de identidad física del juzgador,
- v- la publicidad del proceso,
- vi- la impulsión procesal de oficio,
- vii- la comunidad de la prueba,
- viii- el principio de valoración razonable de la prueba.

#### *j-6) El derecho a una sentencia justa*

De acuerdo con el fallo de la Sala Constitucional, se advierte que las reglas del debido proceso exigen que su conclusión por sentencia respete al menos ciertos principios constitucionales vinculados con una verdadera administración de justicia.

Entre ellos se ubica, en primer término, el principio pro sententia, según el cual "...todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla...". En segundo lugar se menciona el derecho a la congruencia de la sentencia, el cual está caracterizado por "...la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso...".-

#### *j-7) El principio de la doble instancia*

Se trata del derecho del sentenciado de recurrir contra el fallo condenatorio que lo declara autor responsable de un hecho delictivo o le impone una medida de seguridad.

Conforme lo habíamos mencionado, "...ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste

precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del de juicio, se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterios formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición eso sí, de que el Tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia...".-

Reitera aquí lo que ya habíamos anticipado sobre la apertura al recurso de casación, antes citado en el punto marcado c).-

#### *j-8) La eficacia formal de la sentencia (la cosa juzgada):*

De acuerdo con este principio, no puede abrirse la causa penal fenecida, ni siquiera por medio de la revisión, cuando lo es en perjuicio del sentenciado..-

#### *j-9) Derecho a la eficacia material de la sentencia:*

Por último, y sin pretender agotar la lista como repetidamente hemos afirmado, la señala como de vital importancia para el debido proceso la eficacia real de los fallos jurisdiccionales. "Todas las garantías del Derecho se estrellan ante una realidad política, económica o social que adverse, imposibilite u obstaculice el más cabal e inmediato acatamiento de los fallos judiciales. La autoridad suprema de los jueces es un principio fundamental de todo Estado Democrático de Derecho y un requisito sine qua non de la vigencia de la libertad y de los derechos de la persona humana...".-

### **7. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES Y LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA ELABORACION DE LA JURISPRUDENCIA.-**

Es mucho lo que resta por hacer en el sistema penal. La corrección de los vicios y la solución de los problemas no se encuentra exclusivamente en

los fallos de la Sala Constitucional, a pesar de la gran incidencia que ésta ha tenido en el normal desarrollo del primero.

Pero lo más importante de resaltar es que la propia Sala Constitucional ha reconocido un necesario protagonismo que los propios tribunales penales deben asumir para transformar la situación de la justicia penal.

Muchos son los casos en que la Sala Constitucional ha denegado recursos de hábeas corpus al estimar que si bien es posible que exista un vicio contra los derechos del imputado, éste vicio debe alegarse primero en la propia jurisdicción penal donde se encuentra tramitándose el proceso, con lo cual le brinda oportunidad a las propias autoridades de lo penal para que enmienden y corrijan las irregularidades, caso de que existan, y desarrollen así un potencial de jurisprudencia propio en favor de los derechos de los ciudadanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la cantidad de recursos declarados sin lugar, en los cuales se afirma de modo expreso que el vicio debe alegarse ante el propio Juez del Debate y en casación, pero no en un recurso de hábeas corpus, como lo constituye todo el problema relativo a la valoración de la prueba.-

En igual sentido resolvió la Sala aclarar cuáles eran sus verdaderas funciones al evacuar las

consultas preceptivas en los recursos de revisión en que se alegue violación a las reglas del debido proceso, señalando en forma expresa, en relación con los principios del debido proceso y el derecho de defensa que "...serán, entonces, tanto la jurisprudencia constitucional, como la de la Sala Tercera, las que amplíen sus alcances a la luz de nuevos problemas que plantee cada caso concreto..."-.

Lo importante es que los tribunales de lo penal no eludamos nuestra función, ni dejemos pasar por alto una oportunidad de oro para enmendar errores, de lo contrario continuará justificándose que intervengan mayores factores externos y se potencien los controles sobre la propia "independencia" del Juez Penal. Sólo así la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la de los Tribunales de lo penal constituirán voces de un mismo coro, y no gritos de porristas de equipos contrarios.

El único camino viable es la aplicación de los principios constitucionales y los derechos humanos, para hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de conflictos, y no un mecanismo de marginación y estigmatización de ciudadanos. A lo mejor con eso también recuperaremos la confianza perdida.-

# JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE

*Cecilia Sánchez Romero*  
Directora del Digesto de Jurisprudencia

## CONTENIDO

### RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

#### A- DERECHO PENAL

1. **APROPIACION IRREGULAR** - Devolución de cosas genéricas.
2. **CORRUPCION AGRAVADA** - Delito de peligro.
3. **CORRUPCION DE MENORES** - Contacto físico homosexual con menor de edad.
4. **DOLO EVENTUAL** - Innecesaria realización de actos materiales de ejecución en los delitos puente - Suficiente demostración del "dominio del hecho".
5. **ESTAFA** - Análisis en cuanto a la figura del agente provocador, delito experimental y delito imposible.
6. **ESTAFA** - Inexistencia de peligro para el bien jurídico por tratarse de simulación de hechos controlados para capturar al imputado.
7. **ESTELIONATO** - El ilícito no ha de plasmarse necesariamente en un documento.
8. **EXTORSION** - Tentativa - Elementos para su consumación.
9. **HURTO AGRAVADO** - Necesidad de cumplimiento de presupuesto del hurto simple.
10. **INJURIAS POR LA PRENSA** - Diferencia con la injuria prevista en el Código Penal.
11. **MODIFICACION ANUAL DE CUANTIAS** - Inexistencia de variación al tipo penal - Posibilidad legal de disponer sobre aplicación de ley más favorable.
12. **RECEPTACION DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA** - Necesaria certeza de condiciones dudosas de adquisición.
13. **RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA** - Existencia pese a absolutoria penal del personero del periódico - Posición de garante.
14. **TRANSPORTE DE MADERA SIN LA DOCUMENTACION RESPECTIVA** - Posibilidad de complementar el tipo penal vía reglamento.

15. **VIOLACION** - Relación con el delito de lesiones.
16. **VIOLACION DE DOMICILIO** - Alcances del concepto "domicilio"

#### B- DERECHO PROCESAL PENAL

17. **ADHESION A LA APELACION** - Imposibilidad para el defensor de adherirse a la "apelación" de su defendido.
18. **COSTAS** - Obligación de pronunciamiento de oficio.
19. **DEBIDO PROCESO** - Violación por declaratoria de incompetencia después de abierto el debate y recibida la prueba.
20. **DEFENSA PUBLICA** - Sustitución de defensor no debe necesariamente documentarse con certificado del acuerdo de Corte Plena.
21. **DERECHO DE ABSTENCION** - Improcedencia en el caso de familia de hecho.
22. **PRESCRIPCION** - Rechazo de recurso de casación con base en normas declaradas posteriormente inconstitucionales - Cómputo del plazo.
23. **PRESCRIPCION** - Suspensión - La interposición de acción de inconstitucionalidad es cuestión prejudicial.
24. **PRINCIPIO DE DEFENSA** - Inexistencia de violación por distinta calificación jurídica.
25. **QUERRELLA** - Actuación de querellante que no requiere poder especial.
26. **QUERRELLA** - La falta de precisión del monto de la pena solicitada no está sancionada con nulidad.
27. **RECURSO DE CASACION** - Remisión del proceso a Alcaldía de Faltas y Contravenciones no le pone fin a la acción
28. **SENTENCIA** - Criterios sobre la redacción y lectura.
29. **SENTENCIA** - Posibilidad de aplicarse una sola de las calificaciones dadas por el querellante.



## A- DERECHO PENAL

### 1. APROPIACION IRREGULAR - Devolución de cosas genéricas.

"[...] cabe indicar que la apropiación irregular, en los términos del artículo 224.2 del Código Penal, supone la tenencia de la cosa como consecuencia de un error o caso fortuito en primer lugar, y luego la apropiación. Si la cosa es específica (única), y como consecuencia de un error que ignora el agente llega a tenerla y dispone de ella, es claro que no concurrió el dolo en el apoderamiento; y si además la naturaleza de la disposición y la exclusividad de la cosa, toman imposible su devolución una vez que se conoce el error, evidentemente no hay voluntad de apropiarse del bien sino imposibilidad material para restituirlo. Podría presentarse un conflicto de intereses de orden civil, ajeno a cualquier calificación delictiva. Pero cuando se trata de cosa genérica como el dinero o los granos por ejemplo (aunque sean a la vez fungibles), y como consecuencia del error el agente llega a tenerlos y dispone de ellos antes de ser enterado del equívoco, nada le impide devolver bienes de la misma clase en igual cantidad y calidad. No importa la forma de devolución, si en tractos o en un solo acto. Sin embargo, si después de enterado del error el agente que recibió y dispuso de la cosa genérica decide no devolverla, está actuando con el conocimiento y la voluntad configurativas del dolo que llena el tipo del 224.2 del Código Penal. Esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso: la imputada [...] recibió en exceso la suma de \$9.246.06, por error del Juzgado Civil de [...], y -de acuerdo al fallo- una vez enterada del equívoco no ha restituido dicha suma. El dinero es cosa genérica susceptible de devolución en igual cantidad. Al no decidirse a devolver la cantidad recibida indebidamente, es claro que entró a su patrimonio cosa ajena (*cognición*) y quiere apropiársela (*volición*); es decir, concurren en los hechos los dos elementos del dolo, de modo que no es atendible el reclamo. Por lo expuesto se rechaza el motivo. Como único motivo de forma acusa falta de fundamentación del fallo, con cita de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 106, 393 y 400.4 del Código de Procedimientos Penales. Argumenta que no se desprende de la sentencia de instancia, si la imputada se apoderó o apropió de la suma recibida en exceso por parte del Juzgado Penal de Nicoya, antes o después de ser enterada de la situación. Debe rechazarse el reproche. Como se indicó en el acápite anterior, cuando lo recibido es cosa genérica, es indiferente si se dispuso o no de esta, porque una vez conocido el error por parte del agente puede hacer una restitución con bienes de la misma clase en igual cantidad y calidad. En el presente caso el objeto del delito es dinero, cuyo carácter genérico no impide su devolución. Así, no encuentra esta Sala el vicio acusado por lo que procede rechazar el reclamo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 466-F de las 15,00 hrs. del 20 de agosto.

### 2. CORRUPCION AGRAVADA - Delito de peligro.

"Debe reiterarse ahora, conforme ya se ha expuesto en anteriores resoluciones, que el hecho sancionable por el delito de Corrupción consiste en promover la corrupción de menores mediante actos sexuales perversos, prematuros o

excesivos. "Esa promoción -dice una de nuestras resoluciones- puede producirse por un acto único o por una reiteración de actos, bastando para ello la probabilidad de que el acto corrompa sexualmente al menor, pues se trata de una acción idónea para lograr ese propósito independientemente de que lo consiga. De lo anterior se evidencia que el delito es de peligro [...], en donde se sanciona la peligrosidad del sujeto activo frente a la falta de experiencia y desarrollo sexual de la víctima" (el subrayado es suplido, V-107-F de las 15:15 hrs. del 23 de marzo de 1993). El delito se consume con la realización de los actos objetivamente idóneos para promover la corrupción y que el autor realiza con un propósito corruptor, sin que sea necesario que efectivamente el sujeto pasivo se corrompa. Así, en otra de nuestras resoluciones reiteramos que para que se configure este ilícito no se requiere agotar los efectos del tipo penal, es decir corromper a la víctima y acreditarlo durante el proceso, pues la corrupción sexual no es la conducta delictuosa sino que es la **promoción** de la actividad lo que lesiona el bien jurídico, al ponerse en peligro de esa manera el desarrollo sexual normal de la víctima. Por esa misma razón el propio tipo penal descarta el ilícito cuando la víctima es corrupta, ya que en tal supuesto no existe ningún peligro para el bien jurídico tutelado (cfr. Sala tercera, V-330-F de las 9:25 horas del 25 de junio de 1993). Por eso creemos que el delito de corrupción, dada su descripción típica, es de peligro en tanto es suficiente el riesgo de que se produzca la corrupción de la víctima como resultado y si en este caso el imputado, procurando la satisfacción de sus propios deseos sexuales, realizó los actos referidos anteriormente contra la menor ofendida, su conducta resulta peligrosa frente a la falta de experiencia y desarrollo sexual de la víctima, pues se trató de prácticas sexuales perversas, contrarias a la sana sexualidad a que tiene derecho la menor en tanto el imputado trató de crear la apariencia de que era una rutina gratificante por las regalías que le ruparaba (lo cual explica la pasividad o tolerancia externa del menor ante la conducta del imputado); prematuras de acuerdo con el desarrollo sexual que es dable esperar a la edad de la ofendida y definitivamente eficaces para promover la corrupción de aquella ante las dádivas que le ofrecía."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 574-F de las 10,00 hrs. del 22 de octubre.

### 3. CORRUPCION DE MENORES - Contacto físico homosexual con menor de edad.

"Como único motivo del recurso por el fondo la Fiscal de Juicio de [...], acusa la inobservancia del artículo 167 del Código Penal. Al deducir el reclamo, señala que los hechos probados de la sentencia de mérito, describen un acto perverso de carácter homosexual, cometido por [...] en daño de [...], que conlleva la corrupción de éste por inclinarlo a prácticas sexuales que riñen con la normalidad. Lleva razón la impugnante. Obsérvese que el hecho probado en instancia refiere que va día de abril de 1992, cuando el ofendido [...] tenía catorce años, iba por encargo de su madre a la casa de su abuela [...]. Se encontró con [...] el imputado] quien con la excusa de recoger leña logró la compañía del menor, al que tocó sobre la ropa las partes pudicas y después lo convenció para que se bajara el pantalón y calzoncillos y se acostara en el suelo. Acto seguido el imputado [...] se bajó

su pantalón y calzoncillos, se posó sobre el ofendido y sin la intención de tener acceso carnal froto su pene «en los genitales y glúteos del menor»; y en esta acción tardó unos cinco minutos, hasta que fueron sorprendidos por el testigo [...]. Tal como está descrita la especie en el fallo de instancia, concurren en ella todos los elementos configurativos del tipo de corrupción previsto y sancionado por el artículo 167 del Código Penal. Se trata de una víctima de catorce años de edad, que consintió en tener contacto físico con persona mayor de su mismo sexo. Si bien el ofendido accedió a las proposiciones del imputado, se trata de actos *prematurados* porque el homosexualismo no está prohibido ni sancionado en tanto se trate de mayores de edad, pero sí está penalizado cuando involucra a menores porque el ordenamiento jurídico tutela la recta formación de los niños en todas las esferas de relación. Aparte de lo anterior, los hechos probados en la sentencia de mérito son aptos para la corrupción del ofendido, en la medida en que pueden ser determinantes para variar su vida sexual; no interesa si la corrupción se da efectivamente, sino la constatación de que los actos perversos y prematuros -como los de examen- podrían promover la corrupción de la víctima. (V. sentencia 88-F, de las 9:20 hrs. del 20 de marzo de 1992)."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 485-F de las 9,40 hrs. del 27 de agosto.

#### 4. DOLO EVENTUAL - Innecesaria realización de actos materiales de ejecución en los delitos puente - Suficiente demostración del "dominio del hecho".

"**Motivo por el Fondo:** En el único admitido por vicios in iudicando, alega el recurrente la violación de los artículos 316, 358, 363 del Código Penal. Estima el recurrente en su reparo a la sentencia que a) no ser [el imputado] parte en el proceso de la información posesoria éste no podía ofrecer testigos en un asunto judicial en el que no es parte. De igual manera considera que se incumple el artículo 358 del Código Penal, ya que no existe prueba que sea conducente para demostrar que su defendido haya insertado algún dato falso en un documento público de manera que se pueda causar perjuicio. Finalmente, cuestiona la aplicación hecha del artículo 363 ya que quien hace uso del documento falso es una persona totalmente distinta a [el imputado]. Alega la inaplicación de lo predispuerto por los artículos 1 y 30 del Código Penal y 39 de la Constitución Política y solicita la absolución de su defendido. Sin embargo, no puede declararse con lugar el alegato. Como ya se expuso con algún detalle anteriormente, esta Sala considera que el ligamen de [el imputado] con los hechos que aquí se investigan brotan del estudio de una serie de indicios que tienen como base la relación entre él y [el coimputado], y las gestiones que realizó [el imputado] interesándose por el éxito de la litis y el aprovechamiento posterior de la defraudación cometida en perjuicio de la empresa [...]. En cuanto al examen de la adecuación típica de la conducta desplegada por [el imputado] en los tipos penales 316, 358 y 363 del Código Penal, resulta importante proporcionar mayores detalles que contribuyan a completar el criterio jurídico expresado por el tribunal de mérito. La acción del encartado debe ser encuadrada en los tipos penales antes referidos en aplicación del artículo 31 del Código Penal, última parte, en que se define el dolo eventual. Comete dolo eventual quien

realiza la conducta con voluntad de realización del hecho típico aceptando como posible tal realización. La forma de vincular la acción [del imputado] con tipos penales que requieren la acción directa de alguien, procede del análisis de una programación criminal que acepta como posible la realización de varios hechos típicos ( encuadrables en figuras penales distintas ) como "puente" o "camino" necesario para alcanzar un fin posterior que consiste en la consumación de una figura penal que las engloba, ya sea porque son medios para la ejecución de tal tipo penal o porque son pasos esenciales subsumidos penalmente en un tipo más complejo. El dolo [del imputado] es eventual en la medida que aceptaba como necesario que tuviera que tergiversarse la realidad para que la litis llevara a una verdadera estafa procesal y a un perjuicio a la empresa ofendida. En la medida que existía un plan común con [el coimputado] de que tal información posesoria se realizaría con la meta de desapoderar a su legítimo dueño de la propiedad y después vender la parte que le correspondió, el sujeto activo aceptó la realización de los hechos típicos a título de co-autor por dominio del hecho.

Debe observarse que en la especie hay suficientes indicios que conducen a demostrar que [el imputado] no es un simple beneficiado con la acción dolosa de otro, sino que interviene planificando y cooperando en la ejecución de toda la trama ( que incluye la interposición de una información posesoria ) y la realización de otros actos que conducen, ineluctablemente a la tipicidad de su conducta en tipos penales conexos y necesarios para la defraudación. Esta co-autoría no requiere la demostración de actos materiales de ejecución de los delitos "puente" basta con que se demuestre la puesta en marcha del iter criminis con una separación de funciones clara, con una relación de cooperación plausible, y una participación directa en el resultado final producto de la consumación del hecho típico, en esencia que exista por parte [del imputado] un dominio del hecho de otro. Desde esa tesitura, existe prueba suficiente que demuestra que era tal el dominio del hecho que tenía [el imputado] de lo realizado por el otro co-autor, que le permitía determinar el momento oportuno para ofrecer otro testigo [...] para que acudiera a decir algo que le había previamente informado que dijera, dentro de un contexto global falso ya que el co-autor ya sabía que el verdadero dueño de la propiedad era otra persona. De otra parte, el plan se desarrolló como había sido diseñado ya que se obtuvo éxito en el proceso judicial y [el imputado] pudo vender algo que no era suyo causando un evidente perjuicio. Por todo lo anterior, debe ampliarse el razonamiento jurídico del tribunal de mérito en razón de que la conducta [del imputado] se encuadra en los tipos penales aludidos en virtud de contar con un dolo eventual y un dominio del hecho de lo realizado por el co-autor [...]. Por lo expuesto, sin lugar el motivo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 473-F de las 8,40 hrs. del 27 de agosto.

#### 5. ESTAFA - Análisis en cuanto a la figura del agente provocador, delito experimental y delito imposible.

"La Licenciada [...], Fiscal de Juicio a.i. de la ciudad de Alajuela, considera que la absolutoria, dictada en favor del encartado por los hechos atribuidos en relación con la segunda estafa en contra del señor [...], incurre en graves

vicios in iudicando al inaplicar lo preceptuado en los artículos 24 y 216 del Código Penal. Su impugnación se formula en dos sentidos, en la primera de ellas discute sobre la correcta interpretación de los actos ejecutivos que efectivamente realizó el acusado para configurar la estafa y, en el segundo sentido, en caso de no aceptarse el primer criterio externado, plantea la posible configuración de una tentativa inidónea, última hipótesis del artículo 24 del Código Penal. A pesar de los argumentos expuestos, no lleva razón la recurrente. Con el fin de explicar las razones que tiene la mayoría de esta Sala para llegar a la anterior conclusión, se procede al análisis de cada uno de los temas por separado, incursionando en los aspectos de teoría del delito que están implícitos en el cuestionamiento hecho por el Ministerio Público a la sentencia de mérito.

**Configuración de los actos ejecutivos como tentativa en la especie sub iudice:** En cuanto al primer planteamiento, argumenta la recurrente que el Tribunal sentenciador se equivoca al indicar que los actos realizados por el acusado no tenían "posibilidad material" de producir el engaño necesario para consumar la estafa y causar el perjuicio patrimonial. Considera que estos actos, por sí mismos, ya son actos ejecutivos de la estafa y que la intervención del agente del Organismo de Investigación Judicial solo tuvo como fin verificar las actuaciones que el imputado realizaba a fin de engañar a la posible víctima; así, no puede tenerse lo planteado en la especie como un delito experimental. Solicita se tenga por configurada una tentativa de estafa y se condene por tal motivo al imputado. El fallo de esta Sala, que cita la recurrente en sustento de su tesis, el Voto 7-F de las 10:15 hrs. del 4 de enero de 1991, parte de una tesis individual-objetiva, que por sus características, ofrece notables beneficios de frente a la aceptación de otras posturas (CARRARA; FRANK; M.E. MAYER; BELING) que ponen particular interés en detalles de la acción que pueden ser equívocos o incluso contraproducentes dentro del contexto de un análisis del tipo como un conglomerado de elementos objetivos y subjetivos. Esta tesis individual-objetiva, aceptada por la jurisprudencia comparada, y que hoy se vuelve a suscribir en un fallo de casación, permite conocer del plan del autor y del peligro representado por la acción para el bien jurídico, así como hacer una distinción clara entre la fase preparatoria de la estafa y lo que, en definitiva, hubiéramos podido llamar fase ejecutiva encaminada o dirigida a la consumación de este delito. En virtud de esto, deben tenerse en cuenta aquellos actos que hubieran conducido a la realización del tipo penal para tenerlos como actos ejecutivos. Por el tipo de delito que se está analizando, se debe asumir claramente que no todos los actos realizados por un estafador conducen a la realización del tipo penal, sino que muchos de ellos solo preparan a la víctima y tienen como objeto hacer posible la inducción en error, lo cual se puede verificar en un momento posterior en el tiempo, o incluso en una circunstancia tan inmediata que solo sería posible separarla para efectos de entender el iter criminis concreto desplegado por el autor. En el caso en examen, y por las razones que se expondrán, observando siempre las circunstancias del plan [del imputado], el ardid desplegado (simulación de hechos falsos) no hubiera producido la verificación fáctica del error en la víctima escogida, precisamente por las características que ésta ostenta dentro de su contexto individual. Debe observarse, que el encartado contactó a la posible víctima, le ofreció un negocio en condiciones altamente favorables; lo invita a encontrarse

con él a fin de finiquitar el trámite de desalmacenaje y hacerle entrega del sobrante de zinc que se encontraba en la Aduana del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Estos actos desarrollados por el encausado no son más que preparatorios de la estafa, ya que constituyen la propuesta que intenta engañar a la víctima; aún es necesario que esta voluntad criminal conduzca a la ejecución de aquél elemento objetivo del tipo (la inducción en el error). El [ofendido], sabedor de lo que había sucedido con algunos vecinos del Cantón de [...], los cuales habían sido engañados con el mismo ardid, decidió, de motu proprio, poner fin a tales sucesos; y poniéndose en contacto con la Delegación del Organismo de Investigación Judicial de Alajuela se desarrolla un plan para capturarlo. Es precisamente por el desenvolvimiento que tiene el plan de captura, y por la intervención que tiene dentro de él [el ofendido], que la Sala no comparte el criterio de la recurrente que hubiese algún tipo de tentativa de estafa. En primer lugar, el ofendido, por sus características (tener conocimiento del ardid y teniendo claro que se estaba planteando una trama para engañarlo); por su medio ambiente (ser un comerciante, que además tenía conocimiento de lo que había sucedido con otros ciudadanos), las circunstancias concomitantes del acto (haber planeado la realización de la entrega del dinero mediante un oficial del O.I.J. para obtener la captura del acusado) y por los antecedentes del caso (que no tenía dinero para el negocio, ni tampoco creía en él porque sospechaba de la maquinación fraudulenta), no podía ya ser engañado de acuerdo con el fin anticipado por el acusado. En segundo lugar, siempre dentro del contexto de esta tesis individual objetiva, y para efectos de determinar la distinción entre los actos preparatorios y los ejecutivos, debemos, a fin de realizar el análisis judicial de la tipicidad, no sólo contar con el plan del autor (aspecto subjetivo), sino también con un aspecto objetivo que consiste en valorar si ese plan representa ya un peligro suficiente para el bien jurídico. Para hacer esto último en el caso sub-examine, se tiene que el autor manifestó una voluntad criminal al desarrollar una serie de actos preparatorios para que el núcleo principal de la acción se produjera más tarde cuando la víctima, en virtud del error en el que se encontraba (a raíz de la simulación de hechos falsos), le entregara el dinero, supuestamente en pago de la suma necesaria para el desalmacenaje de la mercadería objeto de la transacción; pero, aún cuando el oficial del O.I.J. le entregara la bolsa con el dinero, resulta que los actos desplegados no representan un peligro suficiente para el bien jurídico en tutela (el patrimonio), entre otras cosas porque el dinero iba a ser siempre recuperado (y la cantidad entregada no era la solicitada), así como que el motivo de la entrega del paquete no era finiquitar un negocio en donde se habían simulado hechos para obtener un beneficio patrimonial, sino, y exclusivamente, para lograr la captura del imputado. Así, como puede verse, además de la excesiva tutela que tenía el bien jurídico con la intervención de la policía judicial, tenemos que el núcleo del tipo ya no puede realizarse porque ni la inducción en error, ni la simulación de hechos falsos, eran posibles de verificar por las calidades manifiestas en la presunta "víctima".

En virtud de lo anterior, no puede tenerse la actividad desplegada por el sujeto activo como una tentativa de estafa. **En cuanto al agente provocador y el delito experimental:** La Jurisprudencia nacional se ha manifestado, en fechas recientes, sobre el problema de la consumación de un delito que, en esencia, es solo aparente

debido a las precauciones que han sido tomadas a fin de que tal consumación no logre su objetivo. La discusión sobre el tema ha tenido por objeto ubicar lo sucedido, en algunos casos, como una tentativa idónea ( *strictu sensu* ) o, en algunas otras hipótesis, caracterizar el problema como una atipicidad por ausencia de dolo ( ya que la conducta no se quería personalmente ); y en otros por ausencia de lesión al Bien Jurídico, en virtud de la sobre-protección que ha tenido la relación de disponibilidad tutelada por el Ordenamiento. El análisis de este conjunto de problemas tiene interés desde que ha quedado la duda sobre si en la especie se pudo haber suscitado un delito experimental. Esta Sala, en tales casos, donde se ha creado ( por intervención de la policía ) la aparente configuración de una conducta delictiva, ha planteado un criterio que impide brindar paso inmediato a la tentativa punible o a la calificación de los hechos como propios de un delito imposible. Esto último por cuanto, en los ejemplos de investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas, se ha considerado que la intervención de la policía es solamente para verificar los hechos que fueron puestos en su conocimiento, hechos que por sí mismos ya constituyen el núcleo del tipo objetivo que se examina en tales casos ( venta de droga, almacenamiento, transporte, etc. ), y que de por sí significan un atentado o lesión al bien jurídico en tutela. En otros supuestos, cuando el sujeto es inducido a realizar una conducta que no quería, se ha entendido que se verifica allí un delito inexistente, pues el partícipe no acepta asumir la responsabilidad que su conducta le puede generar ( Sala Tercera, Voto No. 22 de las 10:10 hrs. del 27 de enero de 1989). De esta manera, el rango de cobertura del delito experimental ha sido circunscrito a los casos de intervención de la policía cuando ya el comportamiento del sujeto configura los actos ejecutivos idóneos y conducentes a la realización del núcleo del tipo penal; si la policía interviene e impide la consumación, la respuesta legislativa y dogmática más correcta sería resolver el caso como una tentativa idónea ( *strictu sensu* -artículo 24 del Código Penal- ), por quedar fuera de la voluntad del agente tal intromisión. Quedaría por atender a lo que sucede con el agente provocador, entendiendo por éste quien "...incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de, tras la irrupción en la zona de lo punible ( tentativa ), detenerlo y entregarlo a la justicia." (MAURACH). Como se dijo anteriormente, cuando el agente provocador induce a realizar algo que el sujeto no quiere, no se puede considerar que tal actitud "crea" el dolo de tipo requerido por el Código Penal ( artículo 30 del Código Penal ), y si interviene para verificar y confirmar lo que ya de por sí constituye un hecho punible ( aún en grado de tentativa ), los actos realizados antes de su intervención deben ser considerados jurídicamente reprochables. Sin embargo, en estas soluciones debe tenerse en cuenta que cuando toda la trama del episodio es, de por sí engañosa, simulada y carece de realidad, y, tampoco ha permitido que el sujeto activo entre en la esfera del núcleo del tipo, las conductas así provocadas no pueden tenerse como tentativas idóneas o inidóneas, sino como conductas atípicas ya que indudablemente no se ha realizado nada que deba analizarse en tal carácter, y, en otros casos, como en el subjudice, lo realizado no implica -ni siquiera hipotéticamente- una lesión atendible del Bien Jurídico penalmente protegido. De los hechos probados se desprende, adicionalmente, que la entrega dineraria no guarda en absoluto ninguna relación causal con un engaño que se haya producido sobre la víctima, por lo que no puede

considerarse que se hayan verificado las circunstancias necesarias para pensar que el sujeto ya había ingresado en el núcleo del tipo de estafa. Por estas razones, debe concluirse que lo realizado por la policía, en colaboración con el ofendido, es un experimento de delito que no tuvo jamás la virtud de implicar la aplicación del dispositivo amplificador del tipo que está constituido por la tentativa, por supuesto, dentro del contexto de los elementos del tipo objetivo de la estafa ( artículo 216 del Código Penal ). Desde luego, debe quedar claro que la situación aquí examinada es diferente a aquélla o aquéllas en que, por las características propias del tipo penal, el solo hecho de solicitar o exigir un pago indebido, o inducir a alguien a dar o prometer ilegítimamente un bien o beneficio patrimonial, constituye ya "per se" una conducta delictiva ( por ejemplo en el caso de los funcionarios públicos que abusando de su calidad o del ejercicio de sus funciones incurren en tales prácticas viciadas, artículo 346 del Código Penal ( Delito de Concusión; o en el caso de las Exacciones ilegales, art. 347 *ibid* ). Como puede observarse, conforme a estas últimas circunstancias el contenido de la ilicitud del acto reprochado no permitiría la interpretación que se dió anteriormente ( respecto de la atipicidad de la conducta ante el delito experimental de que se dió cuenta ) por cuanto los elementos configurativos del tipo lo impedirían. **En cuanto al delito imposible:** Sostiene la recurrente, como posición subsidiaria, que si la Sala no reconoce el ardid como idóneo para engañar a la víctima, que entonces se ha verificado un delito imposible (última hipótesis del artículo 24 del Código Penal), caso en el cual el Tribunal ha violado el artículo 24 y el 98, inciso 5), *ibidem*, al no imponer la medida de seguridad allí prevista. A diferencia de otras legislaciones, el Código Penal costarricense hace una definición de la tentativa inidónea, indicando que tal hipótesis se produce "...cuando fuera absolutamente imposible la consumación del delito;..." (art. 24 Código Penal). Como puede desprenderse de esta definición, la misma figura tiene una medida de seguridad cuya razón de ser responde al menor disvalor de resultado que en ella se comprueba. Existen varias posibilidades de inidoneidad que encuadrarían, genéricamente, dentro de la amplitud conceptual del delito imposible. Tendríamos, en primer lugar, los casos de inidoneidad del autor, luego los casos de inidoneidad de los medios y, de último, la inidoneidad del objeto. Interesan, a los efectos del análisis que se está haciendo, los casos de objeto inidóneo. Se producen éstos cuando el objeto sobre el que recaerá la acción no permitiría por sus condiciones la consumación, y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente. Se está hablando, concretamente, del objeto material real o personal del tipo, es decir la persona o cosa sobre la que recaerá la acción, en el caso de la estafa, el objeto material personal es el individuo que será inducido en error para provocar de parte de ella una erogación patrimonial. Estos casos no acarrearían inmediatamente la imposición de la medida de seguridad prevista, sino que antes habría que observar los actos desarrollados por el autor encaminados a la ejecución del tipo; puesto que si se comprueba que si además de faltar el "resultado típico" también faltan otros elementos del tipo penal, lo que acarrea, en última instancia, no es un delito imposible sino una evidente atipicidad y debería resolverse el problema en tal carácter.

Tal y como se expuso en el "Considerando" anterior, no solo los hechos no configuran una tentativa en los términos en los que lo pretende la recurrente, sino que también la situación de la víctima ya hace atípica toda la

construcción que se diseñó para provocar la captura del acusado, no solo porque el engaño ya no se producirá sino porque la erogación patrimonial producto de la simulación de los hechos prevista por el autor se haría en un contexto donde existe una completa ausencia de peligro para el bien jurídico penalmente tutelado. Así las cosas, no se configura en la especie el delito imposible que se reclama; antes bien, resulta que la conducta descrita en los hechos probados es atípica como correctamente lo expuso el Tribunal de mérito. Por lo expuesto, corresponde declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto. **HAY VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO RAMÍREZ.**

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 559-F de las 9,35 hrs. del 15 de octubre.

#### 6. ESTAFA - Inexistencia de peligro para el bien jurídico por tratarse de simulación de hechos controlados para capturar al imputado.

"Considera el defensor recurrente que el tribunal de mérito aplicó de modo erróneo los artículos 24 y 216 del Código Penal, a la vez que dejó de aplicar los numerales 1, 30 y 45 de ese mismo cuerpo de leyes. Alega al respecto, que de conformidad con el cuadro fáctico se colige que fue el propio ofendido quien inició el curso de los hechos, pues, con la finalidad de atrapar al supuesto estafador, acudió previamente al Organismo de Investigación Judicial donde fue preparado todo el operativo que condujo a la detención [del imputado]. De ahí deduce que no se dieron los elementos de la Estafa, al no existir ardid, error ni perjuicio, como tampoco tentativa de ese ilícito o delito imposible. La mayoría de esta Sala estima que le asiste razón. Al igual que se manifestó en un asunto similar al presente, conocido por el mismo tribunal y contra el mismo encartado [...] debe indicarse que los hechos esenciales que se tuvieron por demostrados y que determinaron la condenatoria de aquél, no van más allá de actos preparatorios que carecen de tipicidad. En efecto, se tuvo por demostrado que el ofendido [...], ante una maquinación fraudulenta de que había sido objeto anteriormente, puso un aviso en un periódico a nombre de otra persona y con número telefónico distinto, con la idea de atrapar a la persona que lo había perjudicado, lo que ciertamente consiguió, pues [el imputado], haciéndose pasar por un individuo llamado [...] (de la misma forma en que lo hizo la primera vez) y bajo el mismo "modus operandi", se presentó al lugar convenido por ambos, siendo que de previo [el ofendido] había preparado todo con oficiales del Organismo de Investigación Judicial para lograr su propósito. Al respecto cabe advertir que "...no todos los actos realizados por un estafador conducen a la realización del tipo penal, sino que muchos de ellos solo preparan a la víctima y tienen como objeto hacer posible la inducción en error, lo cual se puede verificar en un momento posterior en el tiempo, o incluso en una circunstancia tan inmediata que solo sería posible separarla para efectos de entender el iter criminis concreto desplegado por el autor". (Sala Tercera, V.559-F de las 9:35 hrs. del 15/10/93). En el caso bajo examen, la actividad que realizó [el imputado], aunque incorrecta, no era susceptible de poner en peligro bien jurídico tutelado alguno ni tenía capacidad de generar ninguna consecuencia, desde que estaba inmersa dentro de una simulación de hechos

completamente controlados que se orientaban a su captura. Tampoco podría hablarse de un delito imposible o tentativa inidónea, puesto que no se trata de la absoluta imposibilidad de obtener la consumación del delito a que alude el artículo 24 del Código sustantivo, sino de un hecho experimental que no tuvo jamás la virtud de implicar la aplicación del dispositivo amplificador del tipo que constituye la tentativa, conforme, desde luego, al contexto de los elementos del tipo objetivo de la estafa, ya que fue la propia "víctima" la que de común acuerdo con la policía, creó las condiciones necesarias para conseguir el fin propuesto. Desde luego, debe advertirse, como reiteradamente lo ha hecho en otras ocasiones esta Sala, que casos como éste son muy diferentes a aquéllos donde resulta indispensable la presencia de un agente encubierto para verificar hechos que ya de por sí configuran una conducta delictiva (por ejemplo en los trasiegos de drogas), o de otros donde el propio tipo penal no permitiría una interpretación como la que aquí se analiza (por ejemplo en los cohechos, la concusión o la exacción ilegal) (ver al respecto la Res. No. 559-F-93 de las 9:35 hrs. del 15-10-93 de esta Sala). Por todo lo expuesto la mayoría de esta Sala declara con lugar el recurso por violación de leyes sustantivas y casa el fallo recurrido. Resolviendo el fondo del asunto se absuelve a [el imputado] de toda pena y responsabilidad del delito de Estafa que en grado de tentativa se le atribuyó en perjuicio de [...]. Comuníquese. **HAY VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO RAMÍREZ.**

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 560-F de las 9,40 hrs. del 15 de octubre.

#### 7. ESTELIONATO - El ilícito no ha de plasmarse necesariamente en un documento.

"UNICO.No lleva razón el señor Juez instructor de [...]. Las resoluciones de esta Sala que cita en su apoyo son relativas a los asunto de competencia en que el delito atribuido es una de las variedades de falsedad o simulación, lo cual no resulta aplicable al presente caso. En efecto, este proceso investiga el delito de Estelionato, y no una falsedad o simulación, cuya exteriorización sólo se da cuando el documento en cuestión es empleado o pretende emplearse, poniendo así en peligro el bien jurídico. El Estelionato, por su parte, es un ilícito que no necesariamente ha de plasmarse en un documento y cuya presentación al Registro es aún más aleatoria y eventual, por lo que la lesión al bien jurídico puede darse virtualmente desde el momento mismo de realización del acto."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 447-A de las 9,30 hrs. del 15 de octubre.

#### 8. EXTORSION - Tentativa - Elementos para su consumación.

"En el segundo motivo por el fondo se acusan violados los artículos 21, 24, 73 y 214 del Código Penal, porque en criterio del recurrente los hechos quedaron en estado de tentativa, ya que el ofendido nunca llegó a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí, por lo que pide se recalifiquen los hechos, se reduzca la pena a una cantidad inferior a los tres años de prisión, y se le conceda

el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena. El Tribunal tuvo por cierto que sobre el ofendido se ejerció intimidación y amenazas graves, al presentarse los cuatro imputados, incluyendo al fallecido, haciéndose pasar por oficiales del Organismo de Investigación Judicial que portaban una orden de captura contra el ofendido, mostrando una arma de fuego y exigiendo luego una suma de dinero "para arreglar la situación". Sin embargo, de acuerdo con los hechos probados, el ofendido les indicó a los sentenciados que debían ir a su casa de habitación en otra ciudad a recoger el dinero, y durante el trayecto pudo avisar por teléfono a su esposa que era víctima de esa situación para que ella alertara a la Guardia Rural de la ciudad donde habitaba. Al llegar a ésta el ofendido se lanzó del vehículo en el cual lo traían los imputados, de manera que nunca llegó a tomar una disposición patrimonial perjudicial para sí, conforme se le exigía. En consecuencia, el recurso es atendible en cuanto señala que el delito quedó en grado de tentativa. En efecto, conforme al artículo 214 del Código Penal y a autorizada doctrina, el delito de extorsión requiere de varios elementos para su consumación: **En primer término** es necesario antes que todo la existencia de una amenaza grave o intimidación sobre la víctima; **en segundo lugar**, esa intimidación o amenaza debe ir dirigida a obligar a la víctima a que tome una disposición patrimonial perjudicial para sí, con el fin de que el agente activo obtenga un lucro injusto; **y en tercer lugar**, debe existir esa disposición patrimonial perjudicial para la víctima o para un tercero, es decir la amenaza o intimidación debe producir su efecto (Véase ANTOLISEI, FRANCESCO. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*. Milano, Giuffrè, 7ª ed., 1977, tomo 1º, pp.313 ss.). En el caso de autos podríamos afirmar, de acuerdo con los hechos probados descritos en la sentencia, que los encartados efectivamente ejercieron sobre el ofendido amenazas graves y actos intimidatorios, tendientes a que él adoptara una disposición patrimonial perjudicial para sí mismo, al exigir una suma de varios miles de colones para dejar sin efecto una supuesta orden de captura que los imputados le indicaron que tenían en su contra. El ánimo de los sentenciados, de acuerdo con esos hechos, fue claro: pretendían obtener un lucro injusto, compeliendo al ofendido a entregarles dinero para "arreglar el asunto". Sin embargo, lo cierto es que el ofendido nunca llegó a cumplir el tercero de los requisitos del tipo penal de extorsión, porque antes de adoptar la medida patrimonial en su perjuicio, logró evadir a los imputados lanzándose del vehículo en el cual lo llevaban. Consecuentemente, y de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal, debe concluirse -como bien lo alega el recurrente- que la conducta desplegada por los sentenciados quedó en grado de tentativa del delito de extorsión. En igual sentido se pronuncia el profesor Castillo al afirmar que "en la extorsión, la tentativa se inicia cuando el agente empieza los actos de amenaza grave o de intimidación, directamente dirigidos a la obtención del lucro injusto... Esto aunque el ofendido no realice acto dispositivo alguno..." (CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. *El delito de extorsión*. Seletex Editores, San José, 1991, p.97).

Por todo lo expuesto el recurso debe declararse con lugar en cuanto solicita se recalifiquen los hechos de delito consumado al de tentativa. Y por esa razón, con fundamento en los artículos 24, 71 y 73 procede rebajar la pena impuesta de cuatro a dos años de prisión, para todos los sentenciados, que deberán descontar en la forma dispuesta en el fallo. El efecto extensivo en favor de los otros

se aplica con fundamento en el artículo 455 del Código de Procedimientos Penales. Se rechaza la solicitud de condena de ejecución condicional de la pena que hace el recurrente Sandí Matamoros, de conformidad con los artículos 59, 60 y 61 del Código Penal, por no encontrar esta Sala que concurren en la especie las condiciones que prevé la ley para concederle dicho beneficio. En especial se aprecia, en lo que al solicitante se refiere, que para cometer el ilícito se aprovechó de su cargo en la Guardia de Asistencia Rural de San José, al utilizar el revólver de reglamento durante la realización del mismo, y además que lo hizo en horas en que supuestamente debía estar trabajando en labores de captura. Por otro lado, no se desprenden de estas diligencias alguna actitud dirigida a enmendar el daño, ni muestras de arrepentimiento, de conformidad con el artículo 60 citado. Por estas últimas razones, tampoco aprecia la Sala que concurren circunstancias que justifiquen otorgar de oficio la condena de ejecución condicional a los demás imputados."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 140-F de las 8,55 hrs. del 16 de abril.

#### 9. HURTO AGRAVADO - Necesidad de cumplimiento de presupuesto del hurto simple.

"Como apropiadamente lo señala también en su discurso la representación del Ministerio Público, para estar en presencia del delito de Hurto Agravado -según lo ha indicado ya esta Sala- (ver V-260F de las 10:35 hrs del 7 de junio de 1991), se requiere como presupuesto básico el encuadre de los hechos dentro del tipo genérico contenido en el artículo 208 del Código Penal (Hurto Simple) junto con la circunstancia agravante, de manera que no basta la presencia sola de la última, para enmarcar el suceso en la norma 209 *ibidem*."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 613-F de las 9,00 hrs. del 12 de noviembre.

#### 10. INJURIAS POR LA PRENSA - Diferencia con la injuria prevista en el Código Penal.

"En el segundo motivo del recurso por el fondo se acusan violados los artículos 1 y 145 del Código Penal; 39 y 41 de la Constitución Política; y 7 de la Ley de Imprenta, al estimar el recurrente que los hechos no encuadran ni en el artículo 7 de la ley últimamente citada, ni en el artículo 145 del Código Penal que complementa a la primera. Agrega que para la existencia del delito de injuria se debe ofender directamente y en presencia del agraviado o por medio de comunicación dirigida a él, situación que no se dió en el presente asunto. El reclamo es improcedente. El delito de injuria por la prensa se comete al publicar las ofensas en un medio de comunicación colectiva, sin necesidad de que el medio esté específicamente dirigido al ofendido, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Imprenta, a diferencia de lo que ocurre con la injuria prevista en el Código Penal que sí exige la contumelia, según su propia descripción típica. Precisamente lo que especializa la figura de injurias por la prensa de la injuria prevista en el Código Penal es el medio utilizado para realizar el hecho. El recurso desconoce esa especialidad que proviene de la naturaleza

misma de los delitos de imprenta, pues los medios de comunicación colectiva no van dirigidos en forma específica a un sólo usuario. En consecuencia, si bien el delito de injuria genérico previsto en el Código Penal exige que la ofensa se realice en presencia del agraviado o por medio de una comunicación dirigida a ella, en la injuria por la prensa por su propia naturaleza tal cosa no constituye un requisito de tipicidad, al relacionar la Ley de Imprenta con la norma penal que integra el resto de la descripción típica de este delito. De lo contrario nunca podría llegar a tipificarse ese delito utilizándose un medio de comunicación colectiva no obstante que la Ley de Imprenta lo incluye entre los delitos castigables."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 492-F de las 11,00 hrs. del 31 de agosto.

#### 11. MODIFICACION ANUAL DE CUANTIAS - Inexistencia de variación al tipo penal - Posibilidad legal de disponer sobre aplicación de ley más favorable.

"Señala la recurrente que fue condenada a 4 años de prisión por el delito de robo simple con violencia sobre las personas, por sentencia del Tribunal Superior [...], dictada el 22 de noviembre de 1991 y que al reformarse el artículo 212 del Código Penal, mediante Ley 7337 del 5-5-93, corresponde aplicarla retroactivamente por ser más benigna, y por ello debe disminuirse la pena. El recurso debe rechazarse de plano en virtud de no encontrarnos ante los supuestos de una norma posterior más favorable, conforme lo señaló la propia reforma que invoca la recurrente, al disponer en el artículo 2 que "...las modificaciones contenidas en esta ley... no se considerarán como variación al tipo penal, a los efectos del artículo 13 del Código Penal y 490 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales..."- Ahora bien, algunos comentarios ha provocado esta reforma en relación con el principio que rige en la materia penal, referido a la aplicación retroactiva de la ley más favorable, y que también recoge el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo debe indicarse que esta Sala no duda sobre la constitucionalidad de la reforma por varias razones que de seguido se exponen. En primer lugar debe señalarse que nuestro sistema constitucional establece como principio que los delitos han de juzgarse conforme a la ley vigente a la fecha de los hechos (principio de irretroactividad de la ley), según se desprende de una clara relación de los artículos 34, 39 y 129 de la Constitución Política, pero no se dispone como principio una aplicación retroactiva y obligatoria de la ley más favorable. En este sentido es de resaltar la frase del artículo 39 que exige LEY ANTERIOR como requisito mínimo para que pueda declararse a una persona como autora de un delito y aplicársele una pena. El principio constitucional parte de la necesidad de que se haya promulgado previamente una ley, con fecha anterior al hecho, para resolver el caso concreto. Ese principio constitucional lo reitera el artículo 11 del Código Penal al disponer que "los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión". Esta situación resulta conveniente aclararla porque podría pensarse que nuestra Constitución establece como principio la aplicación retroactiva de la ley más favorable, cuando en realidad establece como garantía que los hechos habrán de juzgarse de conformidad con la ley vigente (y en consecuencia anterior) a la fecha de los hechos.

Cierto, nuestra Constitución no prohíbe la aplicación retroactiva de una ley posterior, cuando ello pueda resultar favorable al reo. Pero esta falta de prohibición no se traduce en una obligación de aplicar, en todos los casos, la ley posterior más favorable. Lo que nuestra Constitución prohíbe, eso sí, es la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, de sus derechos patrimoniales o de situaciones jurídicas consolidadas, pero esa norma no establece que las leyes posteriores deben aplicarse retroactivamente cuando resulten más favorables para las personas, para sus derechos patrimoniales o para situaciones jurídicas consolidadas. En realidad en materia penal quien sí establece una aplicación obligatoria y necesaria de la ley posterior más favorable (retroactividad obligatoria) es el Código Penal, al disponer en el artículo 12 que "si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue". Sin embargo, tratándose de una excepción prevista en una ley, otra ley podría perfectamente disponer lo contrario, y señalar casos en los cuales no habría de ser obligatoria la aplicación de una supuesta ley posterior más favorable, en el evento de que las modificaciones a la cuantía se calificaran como ley posterior más favorable, cosa esta última que también ponemos en duda. Cabe agregar que el Código Procesal Penal no contiene una norma similar al artículo 12 del Código Penal, y por esa razón en materia procesal no existe la obligación de aplicar retroactivamente la ley más favorable, lo que refuerza la tesis de que la aplicación retroactiva de la ley más favorable no se desprende de la Constitución.

De lo contrario, si admitiéramos hipotéticamente que las leyes procesales posteriores deben aplicarse a casos anteriores porque así lo ordena la Constitución, habría que admitir la posibilidad de repetir el juzgamiento de otros que fueron condenados sin esas oportunidades, lo cual nos conduciría a un absurdo, pues habría que volver a juzgar a todas las personas que han sido condenadas en toda la historia. En segundo lugar debe señalarse que el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos también establece como principio básico y rector para la materia penal el que los hechos delictivos sean juzgados conforme a la ley vigente a la fecha de su comisión, y señala en el párrafo final una excepción al principio básico para cuando la ley posterior dispone una pena más favorable a la prevista en la fecha de la comisión del hecho. Es cierto, nos encontramos ante otra excepción al principio constitucional (irretroactividad de la ley penal), pero esta excepción es aún más restringida que la excepción prevista en el artículo 12 del Código Penal, y no comprende la situación prevista en el artículo 2 de la reforma penal (ley Nº 7337 del 5-5-93). En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos exige la aplicación retroactiva obligatoria de leyes posteriores dirigidas a disminuir la sanción penal, pero ese no es el caso de la variación de la cuantía, conforme lo indicamos de seguido. Sí debe apreciarse que el Código Penal es mucho más amplio al establecer la aplicación retroactiva de la ley penal en todos aquellos casos en que le sea más favorable, mientras que la Convención exige esa retroactividad obligatoriamente sólo para aquellas leyes dirigidas a disminuir la sanción penal. Lo anterior significa que si bien en nuestro país rige como excepción al principio de irretroactividad de la ley penal la aplicación retroactiva de la ley más favorable, ello se debe a la disposición contenida en el artículo 12 del

Código Penal, que es más amplio, y no exclusivamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en ese campo es mucho más restringida. En consecuencia, si la excepción está prevista en una ley (Código Penal), otra ley podía disponer otra cosa, como lo hizo la N° 7337 del 5-5-93. **En tercer lugar**, la modificación anual del parámetro para determinar la cuantía en los tipos penales de comentario, no constituye una reforma dirigida a favorecer al reo ni tampoco a reducir la penalidad en forma anual, sino por el contrario sólo busca mantener la punibilidad en valores monetarios reales. En efecto, al utilizarse como parámetro de determinación de la cuantía un factor económico variable, se pretende mantener los niveles de punición en los valores reales que según un específico criterio de política criminal adoptó el legislador en un determinado momento histórico, valores que por efecto de la inflación están sujetos a cambiar numéricamente. Pero eso no significa que los cambios inflacionarios en el factor constituyan reformas cuyo propósito esté dirigido a favorecer al reo, o para disminuir la penalidad en algunos delitos, o para convertir delitos en contravención. Sólo se pretende mantener la punibilidad en los niveles económicos reales, pues si se utilizan cifras fijas, como lo hizo la reforma penal de 1982, muy rápidamente esas cantidades fijas pierden actualidad ante un proceso inflacionario constante, y en consecuencia, sin que ese haya sido el objetivo del legislador ni el de la norma, se aumenta la pena en forma proporcional a la inflación monetaria. Para evitar esos inconvenientes se recurre ahora a un factor económico variable, no para disminuir sanciones, sino para mantener los niveles de punibilidad en sus términos reales, según la opción legislativa inicial. Tampoco la depreciación de los objetos constituye una causa que pueda favorecer al reo a efecto de reducir la sanción. En efecto, los objetos tienden a reducir de precio por el sólo transcurso del tiempo, ante el uso y deterioro normal que sufren, sin incluir los daños o la falta de mantenimiento. Esa depreciación del valor de los objetos ocurrida por el sólo transcurso del tiempo, tampoco constituye una causal eficiente para pretender una revaloración del bien objeto del delito, con el supuesto fin de buscar una solución más favorable.

En realidad el valor de los bienes debe ser aquel que tenía al momento de realizarse el hecho, y aunque el transcurso del tiempo reduzca ese valor, no podría pretenderse una aplicación más beneficiosa de la norma. **En cuarto lugar**, quizás previendo una posible discusión al momento de interpretarse la reforma legal, debe indicarse que el propio legislador resolvió el problema y señaló en forma expresa cual debía ser la solución. En efecto, se aclara la posible duda sobre el carácter de la reforma y las modificaciones sucesivas a la cuantía, al señalarse en el artículo 2 en forma simple, clara y expresa que **"...LAS MODIFICACIONES CONTENIDAS EN ESTA LEY Y LAS QUE SE HICIEREN EN UN FUTURO AL SALARIO BASE DEL OFICINISTA 1 CITADO, NO SE CONSIDERARAN COMO VARIACION AL TIPO PENAL, A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 13 DEL CODIGO PENAL Y 490, INCISO 4 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES..."** (Artículo 2 de la ley 7337). Se trata de una interpretación del propio órgano que aprobó la norma, la cual nos evidencia el propósito de las modificaciones a la cuantía. **En quinto y último lugar** debemos hacer referencia a un aspecto práctico, que si bien no constituye un razonamiento dogmático al menos contribuye a evidenciar la logicidad de las interpretaciones.

La realidad y la experiencia nos demuestran que nuestro país no mantiene una situación financiera estable, y que por ello la tendencia siempre ha sido la de que el colón se devalúa constantemente todos los años frente a las monedas de países desarrollados. Esto significa que el "salario base" referido en la reforma tendrá día con día una denominación numérica expresada en unidades de moneda nacional cada vez más alto. En consecuencia, si concluimos que deben aplicarse esas cuantías futuras a los casos fallados cuando estaba vigente otra cuantificación numérica de ese salario base, ello implicará a la vez afirmar que el sólo transcurso del tiempo se constituirá en una causa automática de despenalización de la conducta (al menos el paso de delito a contravención para unos casos, o la reducción de la pena para otros), por la tendencia inflacionaria que siempre, absolutamente siempre, ha existido en nuestro país, lo que implica un absurdo desde el punto de vista de una racional política criminal. A su vez esto nos conduciría a afirmar, prácticamente, en todos los fallos que en el futuro se impongan por los delitos de **robo, hurto, daños, estafa, estelionato, fraude de simulación, fraude en la entrega de cosas, estafa mediante cheque, administración fraudulenta, y apropiación o retención indebida**, que tarde o temprano el delito desaparecerá y se convertirá en contravención, o deberá reducirse la pena impuesta, y para quienes ya la hubieren cumplido habrá que indemnizarlos, porque la cuantía del salario base aumentará ante el proceso inflacionario del país. Desde luego que ello nos conduce a un absurdo, y si bien este no es un argumento jurídico sino real y efectivo, es digno de considerarse para resolver un problema de interpretación de normas en una disciplina jurídica que, como el derecho penal, pretende contribuir a solucionar conflictos sociales, reales, ciertos, determinados, para evitar que la solución quede en la barbarie que está a la base de una venganza privada. La aplicación de criterios jurídicos, aislados de la realidad y desprovistos de un contenido práctico, puede llevarnos a un sinsentido, como sería admitir que las modificaciones a la cuantía deben aplicarse retroactivamente. La reforma penal pretendió resolver un problema de justicia en favor de los acusados de delito, pues con anterioridad la pena y la represión aumentaban con el aumento de la inflación, al establecerse montos fijos en la descripción típica de aquellos hechos delictivos. Para resolver el problema en favor de los acusados se buscó un factor variable, pero se exigieron ciertas garantías: primero que fuera establecido año con año por el propio legislador, siguiendo en alguna medida las orientaciones inflacionarias que afectan los salarios, y segundo que se aprobara por medio de una ley, con la publicidad y la transparencia que ello implica. Otros países han recurrido a ese y otro tipo de factores variables para resolver el mismo problema, al tomar como parámetro unos el monto del seguro obligatorio de vehículos, otros el precio de un litro de gasolina, y otros los salarios mínimos establecidos por el Poder Ejecutivo. El legislador costarricense optó por un salario fijado por la Asamblea Legislativa en la Ley de Presupuesto, tomando en cuenta también el principio de legalidad. Pero la solución ahora no puede conducirnos a un absurdo inverso al que existía antes de la reforma penal, pues si bien se quiso corregir un aumento ilógico de la represión penal, al fijar el legislador parámetros variables para establecer las cuantías penales, lo cierto es que tampoco pretendió una descriminalización sin sentido. Al fin y al cabo ambos aspectos constituyen un contrasentido que no rima con los demás derechos



fundamentales, también constitucionales, que tutela el Derecho Penal en cada figura delictiva en favor de las víctimas, y que también tienen que ser considerados en una correcta interpretación de nuestro sistema normativo. Por todas esas razones, los suscritos no dudamos de la constitucionalidad de la reforma, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos de dirigirse a la Sala Constitucional."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 416-A de las 10,50 hrs. del 30 de setiembre.

## 12. RECEPCIÓN DE COSAS DE PROCEDENCIA SOSPECHOSA - Necesaria certeza de condiciones dudosas de adquisición.

"El encartado [...] reclama en el único motivo de su recurso, que se aplicó indebidamente el artículo 322 del Código Penal, al señalar entre otras cosas que adquirió los bienes sin sospechar que provenían de un delito, y de buena fe, lo que en su criterio impedía que se configurara el delito de recepción de cosas de procedencia sospechosa por el cual fue condenado. El recurrente tiene razón. El Tribunal tuvo por cierto, en lo que a dicho imputado se refiere, que él compró una máquina de cortar césped y una refrigeradora usadas "...en circunstancias que debieron haberlo pensar (sic) que se trataba de bienes procedentes de un delito, en la suma de quince mil colones..." [...]. Luego, en los razonamientos de fondo el Tribunal no explica con absoluta certeza cuáles pudieron ser las circunstancias fácticas que debieron hacer presumir al sentenciado [...], que los bienes que adquirió provenían de un delito anterior. En el fallo se señala únicamente, como circunstancias dudosas de adquisición, que el imputado compró los bienes a sujetos desconocidos, y que pagó por ellos la suma de quince mil colones, pero no se indica -porque ni siquiera se hace referencia a un peritaje- cuál pudo ser el valor real de esos bienes para apreciar si efectivamente resultó cierto que el precio era ridículo. Esta circunstancia, es cierto, podría permitirnos hacer una conjetura o lanzar un juicio de probabilidad, en el sentido de que el precio de esos bienes, si es que éstos se encontraran en perfectas condiciones de funcionamiento y conservación, es probable que fuere superior, pero se trata sólo de una probabilidad que no se verificó en la investigación. Pero más aún, lo que no podríamos concluir con absoluta certeza, como erróneamente lo hizo el Tribunal partiendo del precio de adquisición, es que sólo por esa circunstancia el imputado [...] debía presumir que los bienes eran mal habidos. Podría admitirse un juicio de probabilidad como el anterior, pero no una conclusión certera, que es la única posible para justificar una condenatoria por el delito de recepción de cosas de procedencia sospechosa. Tampoco podría justificarse esa conclusión certera partiendo de la segunda circunstancia que en criterio del Tribunal resultó dudosa al momento de la adquisición. Adquirir bienes de desconocidos no puede constituir una circunstancia que nos permita presumir razonablemente, y menos concluir con certeza, que los bienes que se reciben provienen de un hecho delictivo. La mayoría de las relaciones de comercio lícitas se realizan a diario entre desconocidos, como ocurre cuando uno se presenta a un negocio comercial y es atendido por personas que no conoce. Desde luego que el hecho de adquirir bienes a precios muy bajos, y de sujetos desconocidos puede tener trascendencia para examinar

junto con otras circunstancias relevantes, si una persona debe presumir que los bienes que adquiere son mal habidos, pero no son suficientes por sí solos para afirmar con absoluta certeza que debió llegar a esa conclusión sólo por esas circunstancias. Por lo expuesto, el recurso de casación por el fondo debe declararse con lugar."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 433-F de las 8,45 hrs. del 6 de agosto.

## 13. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA - Existencia pese a absolutoria penal del personero del periódico - Posición de garante.

"Afirma el representante legal del Periódico La Nación, que la querrela fue dirigida únicamente contra el Director del diario licenciado [...] como supuesto responsable de injurias por la prensa, quien resultó absuelto de toda pena y responsabilidad. Sin embargo -agrega el recurrente- se condenó a la empresa La Nación a pagar solidariamente con el sentenciado [...] la reparación civil, las costas y la publicación reparatoria, violándose los artículos 30, 81.1 y 106.3 del Código Penal vigente; 122, 123, 124, 125, 126 y 137.3 del Código Penal de 1941, todavía vigentes; 7 de la Ley de Imprenta; 1045 del Código Civil; 428, 431, 436, 437, 438, 440 y 441 del Código de Procedimientos Penales y 39 de la Constitución Política, porque no se llegó a declarar que alguno de los personeros, representantes legales o trabajadores al servicio de La Nación hubieren intervenido en el hecho, al resultar absuelta la única persona acusada que labora en ella. Agrega que el inciso 3º del artículo 106 citado exige dos presupuestos para que se decrete la responsabilidad civil de la empresa: primero que se cometió un hecho delictivo, y segundo que lo fue por parte de un empleado de la empresa, el cual debe ser identificado y previa garantía del debido proceso, condenado específicamente. Finaliza señalando que en la sentencia el Juzgado estableció una responsabilidad objetiva para las empresas periodísticas, en un caso en que los Tribunales no pueden proceder de oficio por tratarse de un delito de acción privada, pues se tuvo por involucrado, sin identificarlo siquiera, a un personero, administrador o empleado de la empresa que no fue querrellado. La violación se produce, agrega el recurrente, porque esa persona no querrellada nunca fue llamada a juicio para defenderse, no se sometió a un procedimiento de conciliación ni a los demás procedimientos, con los cuales hubiera podido llegar a un acuerdo con la contraria. El reproche no es atendible por varias razones. El inciso 3º del artículo 106 del Código Penal vigente (y en algunos supuestos el inciso 3º del artículo 137 del Código Penal de 1941) establece un caso de **responsabilidad civil objetiva**, al señalar que las personas naturales y jurídicas, dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio, están igualmente obligadas, en forma solidaria junto con los autores del hecho, a pagar los daños y perjuicios ocasionados a la víctima. Esta norma exige cuatro requisitos para que se establezca la responsabilidad civil de la propietaria del establecimiento. **En primer lugar** que se cometa un hecho punible; **en segundo lugar** que el hecho se realice en la empresa; **en tercer lugar**, que el delito sea cometido por un administrador, dependiente o empleado de la empresa; y

en cuarto lugar, que una autoridad jurisdiccional competente declare que ese hecho es delictivo y tenga por demostrado, cumpliendo con las reglas del debido proceso, que un personero, dependiente o empleado de la empresa intervino en la realización del hecho punible. Esos requisitos se cumplen a cabalidad en el presente asunto, según expondremos de seguido, razón por la cual el reclamo no es atendible. En efecto, en primer término la sentencia tuvo por demostrado que en el periódico La Nación se publicó una nota injuriosa suscrita por el querellado [...], afectándose la reputación y el honor de los querellantes, lo que se calificó de delictivo, y con ello se cumplió el primero de los requisitos. En segundo término conforme se indicó antes, se tuvo por cierto que el hecho se realizó en la empresa denominada La Nación, concretamente que la nota injuriosa (denominada "campo pagado") se publicó en el diario del mismo nombre que publica esa empresa.

En tercer término es evidente, y ello se desprende en forma certera de la relación de hechos probados de la sentencia, que para que tal cosa ocurriera necesariamente alguno de los responsables de controlar el material que se publica en ese diario, subordinado de la empresa, autorizó que la publicación se insertara en el diario del 16 de febrero de 1987. Para tales efectos se toma en consideración que los editores y directores de una publicación periódica, o los funcionarios que éstos designen en caso de justificarse una distribución de funciones, están en el deber de controlar el material que se edita en el medio, con el fin de evitar que se ofenda delictivamente el honor y la reputación de otras personas, asumiendo una posición de garante frente a la ciudadanía, máxime en un caso como el presente en que, como lo expone el fallo de instancia, la simple lectura del aviso o carta evidencia una afectación para el honor de los querellantes. El ejercicio de las actividades económicas, profesionales y sociales, y las posiciones que cada uno de nosotros asumimos en relación con las demás personas en nuestras actividades cotidianas, nos obliga a la vez a asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. En el caso de la actividad periodística es claro, con base en los artículos 29 de la Constitución Política y 7 de la Ley de Imprenta, en relación con los artículos 18, párrafo segundo, 145, 146, 147, 148, y 153 del Código Penal, que si bien se garantiza el derecho de comunicar el pensamiento sin previa censura, se adquiere responsabilidad por los abusos que se cometan en el ejercicio de esa facultad, de lo cual surge un claro deber de garantía para los editores y directores de los diarios, quienes asumen por ello una obligación frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces y no lesionen el honor de los ciudadanos, lo cual los obliga a realizar una ardua tarea de control. En el caso de autos se faltó a ese deber, al autorizarse la publicación de un comunicado ofensivo y delictivo a la vez, que afectó el honor de otras personas. Ahora bien, esa autorización provino de personeros del diario, sin cuyo concurso (al menos omisivo) hubiere surgido el delito investigado en este proceso. La responsabilidad penal se adquiere en estos supuestos por omisión impropia, cuando el sujeto que está en posición de garante no impide que el resultado se produzca, siempre que pudiera evitarlo de acuerdo con las circunstancias, teniendo la obligación jurídica de hacerlo, como en este caso, conforme lo dispone el citado artículo 18 del Código Penal. Por todo lo anterior concluimos que el tercer requisito también se presenta en este asunto, pues la

publicación se hizo con el concurso de empleados de la empresa demandada, que autorizaron la inserción de la nota suscrita por el querellado [...] en el diario La Nación. En cuarto término también se cumple el último de los requisitos para que opere la responsabilidad civil objetiva sobre la empresa periodística, pese a la discrepancia del recurrente. Sobre el particular debe tomarse en cuenta que la publicación de la nota suscrita por el querellado [...] fue declarada como un delito de injuria por la prensa, es decir una autoridad jurisdiccional determinó que ese hecho constituyó un delito tipificado por la ley penal, con lo cual se cumple la primera parte del último de los requisitos. Pero también se cumple con los demás aspectos. Se afirma en el recurso que el inciso 3º del artículo 106 del Código Penal exige, para que se decrete la responsabilidad civil solidaria de la empresa, que el empleado de la misma sea declarado autor responsable del hecho delictivo, sobre todo tratándose de delitos de acción privada. Sin embargo debemos replicar que la norma lo que exige es, conforme ya se dijo supra, que el hecho sea realizado en la empresa, por un empleado de la misma y que tal cosa se declare en un proceso jurisdiccional, tramitado conforme a derecho. Pero no indica esa norma que el personero deba necesariamente ser declarado autor responsable del ilícito, como lo interpreta el recurrente. En el caso de autos el fallo tiene por cierto que la publicación se hizo en el diario La Nación, lo cual significa -por las razones ya dichas- que fue necesario el concurso de sus empleados, al menos de los responsables de examinar el material que se publica en el diario, sobre todo cuando dicho material es aportado por particulares que pagan un precio para que se publique, como ocurrió en este caso. Estos hechos los tiene por ciertos la sentencia recurrida, luego de tramitarse un proceso cumpliéndose las reglas legales y constitucionales. La norma no exige que para decretar la responsabilidad civil de la empresa necesariamente deba declararse culpable al personero acusado, sino que para que la empresa asuma esa responsabilidad civil objetiva es indispensable tener por cierto que el hecho es delictivo y que fue realizado en la empresa con el concurso de uno de sus empleados. Esto último si lo tuvo por cierto el juzgador. Esa responsabilidad civil le corresponde a la empresa periodística en virtud de que la absolutoria lo fue por el aspecto penal, no el civil, y en favor de su Director [...] en su carácter personal, y no de la empresa periodística como tal. Con esa declaratoria contenida en el fallo no se excluye la participación de los otros empleados que en este caso concreto autorizaron la inserción de la nota injuriosa en el diario, y por esa razón es que la empresa debe asumir la responsabilidad civil. Por todo lo expuesto, el recurso del representante legal de La Nación debe declararse sin lugar."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 492-F de las 11,00 hrs. del 31 de agosto.

#### 14. TRANSPORTE DE MADERA SIN LA DOCUMENTACION RESPECTIVA - Posibilidad de complementar el tipo penal vía reglamento.

"En su único motivo del recurso por el fondo, el imputado [...] denuncia la inconstitucionalidad del artículo 122.e) de la Ley Forestal N° 7174, porque se estructura como un «tipo abierto» contrario a los artículos 39 de la Constitución Política y 1º del Código Penal. Argumenta que

el citado 122.e) de la Ley N° 7174, tipifica la acción de transportar productos forestales sin la «documentación respectiva», pero como la propia ley no establece el contenido de este concepto sino que debe ser llenado por el juzgador, no hay certeza para el ciudadano acerca de cuál es la acción punible, y no se comprende a cuál fuente acudió el *a quo* para determinar que la documentación omitida en el transporte de madera es la denominada «guía», pues la misma no existe en el Reglamento a la Ley Forestal que solo preceptúa -en el artículo 159- el deber de la Dirección General Forestal de establecer anualmente la documentación para el transporte de madera, pero nunca se ha hecho pública tal resolución. Debe rechazarse el reclamo. En un sistema democrático como el nuestro la creación, derogatoria y reforma del *tipo legal* corresponde exclusivamente al Poder Legislativo, y así lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, como una garantía ciudadana de que nadie podrá ser penado por acciones no previstas como delito. Bajo este concepto, el ideal es contar con un catálogo de *tipos penales cerrados*, esto es que definen plenaria y herméticamente un acción como delito. Debido a una interpretación extrema del concepto de *tipo cerrado* y a la diversidad de relaciones intersubjetivas que surgen cada día, muchas acciones lesivas de los bienes jurídicos de mayor importancia social quedarían fuera de la protección penal. Por ello se conciben los denominados *tipos abiertos* que no individualizan totalmente la conducta punible, pero dan los elementos descriptivos y normativos para que los tribunales -a través de la hermenéutica- determinen si la conducta bajo su conocimiento tiene identidad con la previsión legal; y los *tipos penales en blanco*, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Extremar la creación de *tipos abiertos* al punto de generalizar de tal modo que sea posible encuadrar cualquier conducta en la prohibición penal, sería violatorio del principio de legalidad; pero la enunciación general de la conducta prohibida dando las «pautas o reglas» para que el juez individualice la conducta en cada caso concreto, no atenta contra el principio *nullum crimen sine lege*. (Sobre el particular v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Manual de derecho penal. Parte general.», EDIAR, Buenos Aires, 1978, pp. 374-375.). En igual sentido también le corresponde al Poder Ejecutivo complementar algunos aspectos del contenido del tipo penal (normas penales en blanco), cuando el propio legislador señala en la descripción típica la necesidad de remitirse a algunos parámetros, límites o criterios fijados por las autoridades administrativas, como ocurre con la «lista oficial de precios» en el delito de especulación, o las sustancias restringidas en los delitos contra la salud pública, donde el Poder Ejecutivo complementa el contenido del tipo, por medio de su potestad constitucional de reglamentación. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso de autos.

Sobre este extremo, ya la Sala Constitucional ha afirmado que "... esa técnica no se aparta del marco constitucional de división de Poderes, siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena. Si, por ejemplo, aceptamos que un radio de acción propio de ese Poder es proteger la salud pública, es claro que el Presidente de la República y su Ministro de Salud pueden dictar

reglamentos en protección de la salud de la población, así no resulta inconstitucional el artículo 268 del Código Penal que reprime con prisión de uno a tres años o multa de cincuenta a doscientos días multa a quien violare las medidas sanitarias acordadas por la autoridad competente para evitar la introducción o propagación de una epidemia epizootia o plaga vegetal...» (Sala Constitucional, N° 1876-90, de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1990). En esa misma dirección y sobre los tipos abiertos esta Sala ha afirmado que en sentencia N° 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993: «...es imposible crear un sistema legislativo de carácter pleno o hermético, de tal forma que todos los términos estén definidos en la ley sin duda alguna; así, cae por su propio peso la objeción expuesta por el recurrente. De aceptarse su tesis valdría la objeción para los términos "persona" del artículo 111, "libidinosos" del 163 o "cosa mueble" del 208 por ejemplo, todos del Código Penal; y valdría también para cualquier norma penal, en cualquier ley especial en todo el ordenamiento jurídico...» (Sala Tercera, Sentencia N° 511-f, de 9 hrs del 10 de setiembre de 1993). Es evidente que la enunciación del inciso e del artículo 122 de la Ley Forestal es una norma penal en blanco, pues tipifica, entre otros, el transporte de madera «sin la documentación respectiva», sin especificar la clase de documentación a la que se refiere. Para la determinación de este concepto debe el juzgador remitirse a otras disposiciones del ordenamiento, pero esa remisión no atenta contra el principio de legalidad, pues la necesidad de control sobre la explotación de los recursos naturales, podría implicar la variación, aumento o disminución de documentos que acrediten los permisos o licencias, lo que de acuerdo a la lógica elemental no puede estar definido en la ley, sino que debe establecerlo el Poder Ejecutivo en uso de sus atribuciones legales y constitucionales. Desde luego, con base en los artículos 106 y 122.e) de la Ley N° 7174 y 159 del Decreto N° 19886-MIRENEM-, los documentos respectivos no pueden ser cualesquiera, ni los que se le ocurran arbitrariamente al Poder Ejecutivo, sino que se trata de los documentos indispensables para acreditar la licitud de la corta de madera y la licitud del transporte de la madera, autorizados por la Dirección General Forestal. Mal harían los juzgadores si se exceden al cerrar el tipo del citado 122.e) de la Ley Forestal, exigiendo más de los documentos mínimos idóneos para la configuración del delito; en tal caso lo inconstitucional no sería la ley sino que podría serlo la interpretación jurisprudencial. Pero al interpretar el *a quo* que el documento exigible es la guía para el transporte de madera, no abre el tipo más de lo razonable, pues el instrumento que pretendió hacer valer el imputado a requerimiento de la autoridad fue precisamente una guía para el transporte de madera vencida. De manera que el propio encartado sabía cuál era la documentación respectiva, y el juzgador de mérito interpretó el tipo del 122.e) de la Ley Forestal según la propia creencia de aquel; pero la falta de vigencia del documento dejó la conducta dentro de la norma prohibitiva. Ello evidencia, aún más, que en este caso el sentenciado estaba informado en forma plena del contenido del tipo de comentario, aspecto que resulta mínimo para una persona que se dedique a transportar madera.»

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 570-F de las 9,40 hrs. del 22 de octubre.

## 15. VIOLACION - Relación con el delito de lesiones.

"En su recurso el Defensor Público argumenta que fue aplicada indebidamente la regla del concurso material. Afirma que las lesiones causadas a la ofendida se encuentran subsumidas por el concepto de violencia propio del delito de violación con uso de fuerza, para lo cual hace una cita de varios autores, nacionales y extranjeros, que coinciden al afirmar que la violencia corporal ejercida sobre la víctima con anterioridad o concomitantemente con el coito, quedan subsumidas en el delito de violación, siempre que se trate de lesiones leves, equímosis o pequeñas excoriaciones. El reclamo del defensor público no es atendible sobre todo en un caso como el presente, en que de acuerdo con los hechos probados el imputado lesionó a la ofendida antes de proceder a atacarla sexualmente, y sin que se aprecie que la violencia física anterior hubiere sido necesaria para consumar la violación de la cual fue víctima. En efecto, se tiene por acreditado en sentencia que el imputado agredió a la ofendida golpeándola salvajemente en la cara y en la cabeza, lo cual le produjo lesiones que la incapacitaron más de diez días para sus ocupaciones habituales, y luego procedió a realizar su ataque sexual hasta lograr el acceso carnal. Consecuentemente las lesiones no configuran, según ese cuadro fáctico, un delito de pasaje como acto necesario para consumar la violación en este caso concreto, lo cual descarta el problema referido a la subsunción de una figura en la otra, y plantea en forma más evidente que estamos ante un concurso de delitos. Conviene agregar, además de lo anterior, algunos aspectos sobre las relaciones entre el delito de violación y el delito de lesiones, ante la frecuencia con que esos hechos concurren. **En primer término** no es válido distinguir las consecuencias jurídicas para el delito de violación producidas por las lesiones y excoriaciones que acompañan el ataque sexual, de las consecuencias jurídicas que derivan si las lesiones son graves y gravísimas, pues la verdad no existe ninguna base para hacer razonablemente una distinción sobre el problema concursal entre esos ilícitos y la violación. Las consecuencias que derivan de uno de esos delitos, lo será también respecto de los otros. Obsérvese que en ambos casos puede afirmarse que la violencia ejercida sobre la víctima no es necesaria (instrumental) para la consumación de la agresión sexual, porque la finalidad sexual no siempre requiere el concurso de las lesiones, de manera que no se justifica variar de criterio cuando se trata de lesiones leves o cuando concurren lesiones más graves. La verdad es que la relación que pueda existir entre cualesquiera de los delitos de lesiones y la violación siempre es la misma, y la solución jurídica debe ser igual en cualquiera de los tres tipos penales (leves, graves y gravísimas). **En segundo lugar**, tampoco podría hacerse una diferencia para solucionar jurídicamente el problema concursal que se presenta cuando concurren el robo y las lesiones, de aquellos casos en que concurren las lesiones con la violación.

El delito de robo, que se comete cuando **con violencia sobre las personas** un sujeto se apodera de un bien ajeno, no subsume las lesiones que se ejecuten para realizar el apoderamiento, a pesar de que en la descripción típica se hace referencia, como forma de ejecución, a la "violencia sobre las personas". En estos casos se afirma que ambos ilícitos (el robo y las lesiones) concurren en concurso real o material. Lo mismo sucede con la violación, donde el tipo penal hace referencia a la violencia corporal como forma de

ejecutar el acceso carnal. Tanto el delito de robo con "violencia sobre las personas", como el de violación con "violencia corporal" son tipos penales pluriofensivos. Muchos tipos penales tutelan diversos bienes jurídicos fundamentales, a pesar de que el legislador toma sólo uno de esos bienes -generalmente el que mayor se agrade con la conducta punible- para clasificarlos en el Código Penal. Pero esa clasificación no descarta la pluralidad de ofensas. Así, efectivamente es cierto que los delitos sexuales realizados con violencia física sobre la víctima (lesiones leves, graves o gravísimas) son pluriofensivos en sentido amplio, porque afectan tanto la libertad sexual y el desarrollo normal de la sexualidad, cuanto la integridad física; pero indiscutiblemente esa pluralidad de ofensas la encontramos también en el robo con violencia sobre las personas (con lesiones leves, graves o gravísimas), pues junto a una tutela a la propiedad se protege también la integridad física, por ello es que se hace una diferencia entre la sustracción de un objeto ajeno sin violencia (hurto) de aquel que se realiza con violencia (robo), y dentro de éstos últimos la situación se agrava cuando la violencia se ejerce sobre una persona, independientemente de que además se agregue el delito de lesiones. **En tercer lugar**, tampoco sería atendible calificar como "delito de pasaje" al delito de lesiones leves, para llegar a la violación con "violencia corporal", y en consecuencia no sería válido concluir que por esa razón esté subsumido en la agresión sexual. Es cierto que los **delitos de pasaje** constituyen etapas previas a la realización de un hecho más grave, que por lo general pierden significación independiente en la medida en que ocurra una lesión mayor al bien jurídico tutelado, en una etapa posterior de la conducta criminosa; pero lo anterior no significa que en todos los casos en que se realiza una conducta contra un mismo bien jurídico, como medio para llegar a otra conducta lesiva más grave contra ese mismo bien jurídico, debamos concluir que se trata de un delito de pasaje y por ello impune. En realidad debe tomarse en cuenta la naturaleza de la acción emprendida, el tipo de conducta desplegada, la entidad de la lesión y fundamentalmente debe examinarse la naturaleza del bien jurídico tutelado, para poder subsumir como de pasaje una actuación en otra más grave. Así podemos afirmar que los abusos deshonestos quedan subsumidos en el delito de violación, cuando ambos concurren. En el caso de autos la posición del recurrente nos conduciría a afirmar que las lesiones leves constituyen una conducta impune cuando se configura además el delito de violación, y lo que se hizo fue ejercer violencia sobre la víctima con el fin de lograr el acceso carnal. Esa tesis podría considerarse hipotéticamente reforzada si se considera que el delito de violación tutela tanto la integridad física como la libertad sexual, al igual que las lesiones que protegen la integridad física, y supuestamente por consiguiente al tratarse de bienes jurídicos idénticos se da esa relación de pasaje. Discrepamos de la hipotética conclusión. Es cierto que el delito de violación, realizado por medio de violencia física sobre la víctima, es pluriofensivo como indicamos atrás en un sentido amplio, pero también el delito de robo con violencia sobre las personas es pluriofensivo, pues afecta tanto el patrimonio como la integridad física de las personas, y en este último caso no por ello afirmamos que las lesiones están subsumidas en el robo con violencia sobre las personas, ni dejamos de sancionarlas como delito independiente del robo. En realidad el problema se resuelve, conforme indicamos, apreciando el tipo de conducta y de lesión, así

como también desentrañando la naturaleza del bien jurídico protegido, y sólo cuando son de la misma especie podemos concluir que se trata de un delito de pasaje, sin que ello signifique que sólo por esa razón debemos excluir la posibilidad del concurso de delitos. En el delito de violación agravada realizado con violencia sobre las personas se tutela la integridad física tanto cuanto lo hace el delito de robo realizado con violencia sobre las personas, pero tanto en uno como en otro es posible realizar el delito final sin necesidad de lesionar (típicamente) a la persona agredida.

Ello significa que la tutela a la integridad física no constituye la protección esencial de cada una de esas figuras delictivas, y que en consecuencia no podemos concluir tan fácilmente y en sentido estricto que las lesiones corporales y el delito de violación tutelan el mismo bien jurídico, al menos no con la identidad necesaria para concluir que se trata de delitos de pasaje. **En cuarto lugar**, el hecho de que un delito constituya a su vez un medio para realizar otro (crimínis causa) no necesariamente significa que el delito medio quede subsumido en el delito fin. Ello es posible sólo cuando haya una relación de género a especie, de accesoriadad o subsunción, según los términos del artículo 23 del Código Penal. En realidad existe un concurso material de delitos cuando un sujeto viola y a la vez lesiona típicamente a su víctima (lesiones leves, graves o gravísimas); esos delitos no se excluyen entre sí porque ni el núcleo del tipo penal de violación, ni su conducta periférica, describen la agresión física como parte de la agresión sexual, de acuerdo con los parámetros establecidos en los artículos 22 y 23 del Código Penal, en cuyo caso se trata de conductas independientes, con lesiones jurídicas independientes, y así deben tratarse. Esa independencia subsiste incluso aún cuando en el artículo 158 *ibidem* se mencione el grave daño en la salud de la víctima como causal de agravación. Se trata de la misma solución jurídica que la jurisprudencia y la doctrina ha admitido en el robo con violencia sobre las personas y las lesiones. Lo mismo podría afirmarse -y se ha afirmado- entre esos delitos (robo o violación) cuando para llegar a ellos se comete también el homicidio. Por todo lo expuesto el recurso del señor defensor público también debe declararse sin lugar."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 552-F de las 9,10 hrs. del 8 de octubre.

#### 16. VIOLACION DE DOMICILIO - Alcances del concepto "domicilio"

"En efecto, el delito de Violación de Domicilio que prevé y sanciona el artículo 204 del Código Penal, señala que: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años al que entrare a morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, sea contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, sea clandestinamente o con engaño...La pena será de uno a tres años, si el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas, con escalamiento de muros, con violencia en las personas, con ostentación de armas, o por dos o más personas". En el fallo se aprecia, que el juzgador de mérito tuvo por cierto -en lo conducente- que el encartado aprovechando que el negocio comercial denominado [...], en razón de la hora (nueve de la noche), se encontraba sólo, "escalando por la pared del referido local, se introdujo al mismo por la abertura natural que se forma entre el tapichel

y el techo de la bodega" [...]. Ahora bien, la acción típica en el delito de violación de domicilio, "Consiste en entrar a uno de los recintos constitutivos de un domicilio ajeno, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluir...Entrar significa pasar de afuera hacia adentro, trasponer los límites del recinto, contra la voluntad adversa de la persona que tenga derecho de exclusión. Por lo tanto, el delito se consuma cuando el sujeto activo ha introducido toda su persona en uno de los recintos enumerados por la ley...El concepto de domicilio ajeno,..., comprende la morada, la casa de negocio, y el recinto habitado. Desde el punto de vista penal, el concepto de domicilio es distinto y a la vez más amplio que el del domicilio civil... La casa de negocio también es materia de protección penal; y comprende, todo tipo de locales destinados, en forma habitual o transitoria, a una actividad lucrativa o no, abierta o cerrada al público"(Levene, Ricardo(h.), *Manual de Derecho Penal- Parte Especial*, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía; 1978, p. 280). En cuanto se señala la necesidad de que el negocio se encuentre habitado, el artículo 204 citado es muy claro, al indicar que basta -para el caso- la penetración en la casa de negocios ajenos para realizar el hecho punible, de manera que quien penetre a una vivienda o casa de negocios ajena, puede perturbar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, aunque ese no haya sido su objetivo directo y específico. En efecto, "Por casa de negocio debe entenderse todos los lugares destinados a una utilidad comercial, profesional o científica, quedando comprendidos los locales en los que el acceso al público es libre o relativamente libre..., lugares que, en su mayoría y por razón de su destino, no están permanentemente ocupados" (Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, undécima edición; 1987, p. 359). En cuanto a este aspecto resta señalar, que carece de razón lo que se ha interpretado en cuanto a la necesidad de que la casa de negocios esté habitada para que haya delito, ya que de ser así, no tendría sentido la distinción que dispone la ley entre morada y casa de negocios, pues habitada la última, se la tutelaría como morada.

Diferente es cuando el tipo penal en forma expresa lo exige, es decir, cuando el legislador señala en el tipo penal, que para la realización de esa específica figura delictiva, es necesario que la casa de negocios se encuentre habitada, por lo que "Un recinto responde al concepto legal de casa de negocio cuando en él, una o varias personas ocupan habitual o transitoriamente su tiempo en una actividad, cualquiera que sea su naturaleza y carácter, lucrativa o no, con o sin trascendencia al público o a terceros"(Núñez, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino- Parte Especial*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omega; 1976, p. 73). Así las cosas, el delito de violación de domicilio contenido en el Código Penal costarricense no es un tipo asimétrico, al no exigir para su configuración elementos subjetivos distintos al dolo, consistiendo éste simplemente, en querer el resultado o preverlo al menos como posible. "Cuando se trata de la entrada en la casa de negocio público, la cuestión de la voluntad contraria presenta peculiaridades. Se debe distinguir si la casa está cerrada o abierta y, en este último caso, si se trata de un lugar no abierto al acceso público o abierto a él. Estando cerrada la casa, la delictuosidad de la entrada en ella o sus dependencias se determina no sólo por la voluntad expresada por el titular, sino también por esa voluntad presumida por el autor... Tanto la casa de negocio cerrada como el ámbito de ella no entregado al acceso

público, mantienen por manifestación del titular o por presunción, la intimidad resguardada por el artículo 150." (Núñez, *op. cit.*, p. 80 y 81). En consecuencia, aquel que penetre a una casa de habitación o casa de negocios ajena, contra la voluntad de quien tendría derecho a excluirlo, cometería el delito de violación de domicilio aunque su motivación concreta para penetrar en ella, no hubiere sido el perturbar o lesionar el ámbito de intimidad de los moradores o poseedores del inmueble, porque el tipo penal no exige -en forma particular- esa finalidad como un elemento subjetivo distinto del dolo. Para esos efectos, deben distinguirse en forma clara el dolo y las concretas motivaciones del sujeto para realizar el hecho punible. En muchos casos, esas motivaciones coinciden con el dolo, pero no en todos. En conclusión, un sujeto puede violar un domicilio motivado en muy diferentes situaciones, pero no por ellas se hace desaparecer el dolo constitutivo de la infracción al haberse perturbado el ámbito de intimidad y lesionado así el bien jurídico tutelado en el tipo penal, de manera que "No es necesario, para la consumación de este delito, la concurrencia de ningún *animus* especial, ninguna intención determinada." (Levene, *op. cit.*, p. 282), resguardando la libertad de la intimidad de un negociador. Ahora bien, no obstante no ser objeto del reclamo resta analizar la contravención contemplada en el artículo 383 del Código Penal, que dispone en lo conducente que: "Se impondrá de tres a treinta días multa a quien: ... 1) Entrare usando la violencia a un establecimiento público o casa de negocio, taller o garaje;". Esa norma tiene por objeto tutelar terrenos, heredades o negocios y no la protección de la intimidad, por lo que en relación con el artículo 204 resultan excluyentes y más bien en este supuesto, se debe interpretar que se trata más bien de la protección del negocio durante el tiempo en que está abierto al público, pues "El libramiento de ese ámbito al acceso público excluye la razón de intimidad que fundamenta la protección penal del domicilio como aspecto de la libertad de la persona. El titular de la casa de negocio conserva, sin lugar a dudas, el derecho de excluir a los terceros del acceso a su ámbito público, pero con esto no defiende la intimidad del recinto, sino el derecho de *dominus* respecto de su negocio y local, de la misma manera en que lo puede hacer en relación a sus inmuebles y negocios en general" (Núñez, *op. cit.*, p. 81). Finalmente, en cuanto a la pena impuesta, corresponde señalar que el juzgador no obstante tener por acreditado que [el imputado] se introdujo al negocio escalando uno de sus muros, incorrectamente obvió la aplicación de la agravante en la pena imponible señalada en el segundo párrafo del artículo 204 *ibídem*; sin embargo, en el presente caso el fallo se mantiene incólume, al tratarse de un recurso interpuesto por el defensor del encartado y cualquier pronunciamiento en torno a la pena impuesta no lo favorecería, sino más bien implicaría reformar el fallo en su perjuicio (*reformatio in-peius*), lo que no resulta pertinente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 459 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 177-F de las 9,45 hrs. del 23 de abril.

## B- DERECHO PROCESAL PENAL.

### 17. ADHESION A LA APELACION - Imposibilidad para el defensor de adherirse a la "apelación" de su

### defendido.

"El Lic. [...], codefensor del imputado [...], justifica el presente incidente de nulidad contra las actuaciones del Tribunal de mérito alegando que él tiene interés en adherirse al recurso que interpuso el imputado, posibilidad que -en criterio del incidentista-, no ha podido agotar por las omisiones del Tribunal *a quo*. El reclamo no es aceptable. Esta Sala coincide con el criterio externado por el señor Fiscal General de la República, en el sentido de que, en tanto el defensor se entiende doctrinalmente como uno de los sujetos en los cuales se articula la parte pasiva del proceso penal (así LEONE, Giovanni: *Tratado de derecho Procesal Penal*, Vol. I, Buenos Aires, 1963, págs. 577 a 578), la petición del Lic. [...] carece de interés legítimo, puesto que en realidad ninguna autoridad judicial le ha negado la posibilidad de adherirse durante el emplazamiento al recurso interpuesto que él mismo autenticó como defensor del encartado, sino que tal posibilidad se la niega el propio sentido e inteligencia de la ley. En efecto, el artículo 453 del Código de Procedimientos Penales dispone que "El que tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del término del emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda" (la negrilla no es del original), de lo cual se colige que por medio de la adhesión puede "unirse al recurso **abierto por otro** para expresar sus agravios contra la resolución" (la negrilla es suplida, NÚÑEZ, Ricardo: *Código Procesal Penal*, Buenos Aires, Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., segunda edición actualizada, 1986, pág. 442), donde por "otro" no puede entenderse al propio defendido del incidentista, sino que solo se refiere -según la opinión dominante- al recurso concedido a la *parte adversaria* o *contraparte* del sujeto adherente o, en un sentido más amplio, a la *co-parte* (cfr. AYAN, Manuel: *Recursos en Materia Penal*, Editora Córdoba, 1985, pág. 157; DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968, pág. 238; CHAVES RAMIREZ, Alfonso: *Algunas notas sobre Recursos*, en *Ensayos de Derecho Procesal Penal*, ILANUD, San José, 1990, pág. 157; FENECH, Miguel: *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Barcelona, Editorial Labor, 1960, pág. 1151; PRIETO CASTRO, Leonardo y otro: *Derecho Procesal penal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1976, pág. 384; VAZQUEZ ROSSI, Jorge y otros: *Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1991, pág. 104; LAJE ANAYA, Justo y otro: *Código de Procedimiento Penal de Córdoba*, Córdoba, Ediciones lerner, 1965, pág. 298; y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 213 a 214). En efecto, el sistema de la adhesión tiene por fundamento histórico el principio de igualdad procesal de oportunidades entre las partes: por este medio se tiende a favorecer a quien no recurrió pudiendo hacerlo, permitiéndole que pueda impugnar la resolución fuera de término (pero dentro del término del emplazamiento) cuando así se lo aconsejan los motivos del recurso concedido a la parte contraria (véase AYAN, *Op. cit.*, págs. 153 a 155). En este caso, como se apuntó anteriormente, el Lic. [...] no podría adherirse al recurso de casación que él mismo autenticó en su propia papelería, como codefensor y asistente técnico del imputado [...], por lo que procede declarar sin lugar el incidente planteado."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 468-A de las 9,15 hrs. del 22 de octubre.

**18. COSTAS - Obligación de pronunciamiento de oficio.**

"En el primer alegato señala la violación de los artículos 1, 3, 8, 11, 67, 70, 106, 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales, 41 de la Constitución Política y 99 del Código de Procedimientos Civiles, por cuanto "la fijación y determinación de costas se hizo sin ningún razonamiento jurídico, toda vez que la parte actora no solicitó se acogiera dicho extremo", que requiere petición expresa. El reclamo no procede. El artículo 543 del Código de Procedimientos Penales, dispone en lo conducente que: "Toda resolución que ponga término a la causa, condenará al pago de las costas procesales y personales". Por otra parte y sobre este mismo aspecto, la Corte Plena en sesión celebrada el 4 de julio de 1983, dispuso mediante publicación en el Boletín Judicial N° 175 del 16 de setiembre de ese año, recordarle a los Tribunales Superiores Penales y a los Jueces de ese mismo ramo, que de conformidad con los artículos 543 y 544 del Código de Procedimientos Penales, **deben pronunciarse al resolver toda acción civil resarcitoria sobre el pago de costas, aún cuando ello no haya sido expresamente solicitado por el actor civil o su abogado.** En ese entendido, analizada la situación que estima irregular la recurrente, se aprecia ajustada a las exigencias legales, ya que de acuerdo con lo indicado, está el a-quo en la obligación de pronunciarse sobre ese extremo, independientemente de que haya o no gestión de parte."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 600-F de las 9,05 hrs. del 5 de noviembre.

**19. DEBIDO PROCESO - Violación por declaratoria de incompetencia después de abierto el debate y recibida la prueba.**

"Alega la recurrente quebranto de los artículos 106, 389 y 392 al 400, todos del Código de Procedimientos Penales, en relación con el artículo 39 de la Constitución Política. Señala, en sustento de su reproche, que en la especie se dejaron de aplicar groseramente las normas procesales citadas, en detrimento del debido proceso, ya que, una vez que se incorporó la prueba documental por lectura y se escuchó la prueba testimonial, el despacho decidió declararse incompetente, de oficio, por estimar que el asunto debía ser ventilado en la vía civil, dando por terminada la audiencia y ordenando el archivo del sumario. Agrega que el juzgador debió concluir el debate y dictar sentencia con los requisitos de ley, pero que, no obstante, dejó de resolver el fondo del asunto, creando una evidente inseguridad jurídica para los interesados. La recurrente lleva razón. De conformidad con el acta respectiva, en este caso se ordenó la lectura del requerimiento de citación directa y se declaró abierto el debate; se recibió la declaración indagatoria del imputado, se incorporó parte de la prueba documental y se evacuó la testimonial (ver folio 46 frente y vuelto). Sin embargo, a partir de ese momento el a quo siguió un procedimiento totalmente irregular, pues no está previsto por el ordenamiento jurídico. En efecto, en vez de continuar con el desarrollo de la audiencia, intempestivamente señaló que de acuerdo con la prueba que se había recibido lo que existía era un problema de linderos y que para determinar si se había dado o no la

usurpación, era necesario primeramente establecer con certeza a través de los medios técnicos respectivos cuál era la línea divisoria correcta.

Indicó, además, lo siguiente: "...si una vez que se determine técnicamente donde se ubica el referido lindero, la parte ofendida considera que existe una demasía a favor del aquí imputado, entonces sí se podría proceder penalmente, pero no antes" [...]. Con base en lo anterior, el a quo estimó que el hecho debía ser conocido por un tribunal civil, por lo cual se declaró incompetente para resolver el fondo del asunto, ordenando además el archivo definitivo de la causa [...]. Al actuar de esa forma, el juzgador dejó de lado, en primer término, su deber de investigación autónoma. En efecto, si era necesario determinar el lindero correcto, el deber de recurrir a los medios técnicos o científicos para conseguir ese propósito correspondía al propio tribunal de mérito, según se desprende de la relación de los artículos 369, 378, 387 y 394 del Código de Procedimientos Penales. El proceso, en la materia que nos ocupa, persigue la averiguación de la verdad real y el primer obligado a procurar ese objetivo es el juzgador. Por otra parte, en este caso se le puso término de manera irregular a la acción penal ejercida por el Ministerio Público. En los delitos de acción penal pública, este órgano es el que tiene la potestad de requerir una decisión jurisdiccional respecto a si se ha cometido o no un hecho delictivo. No es la parte ofendida la que "procede penalmente", como se indica por error en la resolución impugnada. Tampoco es necesario en este caso que se emita un pronunciamiento previo por parte de los tribunales civiles, para poder continuar con las averiguaciones correspondientes en el aspecto penal. En la etapa que había alcanzado este proceso, el a quo tenía el deber de concluir el debate y emitir sentencia, cumpliendo los requisitos señalados por el artículo 395 del Código de Procedimientos Penales, fallo que podía ser absolutorio o condenatorio, según lo dispuesto por los artículos 398 y 399 del Código de Procedimientos Penales. Por ende, su negativa a resolver el fondo del asunto, la pretendida declaración de incompetencia alegando que el expediente debía ser conocido por un tribunal civil, así como el inmediato "archivo" de la causa, son decisiones contrarias al debido proceso, pues implican una denegatoria de justicia en cuanto a esta litis se refiere. Al respecto, se le debe llamar la atención enérgicamente al juzgador, para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en vicios similares. En virtud de lo expuesto, corresponde declarar con lugar el recurso formulado en esta causa, anular la resolución recurrida, así como el debate que le sirvió de base, y ordenar el reenvío para la nueva sustanciación que determina la ley."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 603-F de las 9,20 hrs. del 5 de noviembre.

**20. DEFENSA PUBLICA - Sustitución de defensor no debe necesariamente documentarse con certificado del acuerdo de Corte Plena.**

"Además, la razón básica por la que no es atendible el reclamo es que en cada uno de esos procesos no necesariamente debe documentarse con certificado del acuerdo de Corte Plena que nombró una defensora pública en lugar de otra."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 469-F de las 15,15 hrs. del 20 de agosto.

## 21. DERECHO DE ABSTENCION - Improcedencia en el caso de familia de hecho.

"Recurso de casación interpuesto por el Licenciado [...], en su condición de representante del Ministerio Público. **Motivo de forma:** En el único alegato presentado, alega preterición de los artículos 146, 148 inciso 3), 400 inciso 3), 224 y 226 todos del Código de Procedimientos Penales y 36 de la Constitución Política, por haberse otorgado a la ofendida el derecho de abstenerse de declarar, pese a que la relación concubinaría entre ella y el imputado, no se encuentra tutelada por la norma constitucional, excluyendo así arbitrariamente prueba básica para la averiguación de la verdad real. El reproche resulta atendible. En efecto, en cuanto a la garantía constitucional contemplada en el artículo 36 de la Carta Magna, ya esta Sala ha indicado que "Debe observarse que la jurisprudencia de la Sala Constitucional (Voto 264 de las 14:30 horas 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 concubinaría 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" (el subrayado es suplido, Sala Tercera, V-16-F de las 9:45 horas del 8 de enero de 1993). Ahora bien, la actuación de la juzgadora de mérito resulta ilegal -de acuerdo con lo expuesto-, al proceder a advertir a la ofendida [...] que podía abstenerse de declarar -según lo señala el artículo 227 ibídem-, (lo que en efecto hizo), pues en el caso citado ni resulta aplicable el contenido de esa norma, ni la del numeral 36 de la Constitución Política. Así las cosas, con ese proceder resultó inobservado el debido proceso, al excluir una prueba admitida que resultaba esencial para cumplir con los fines del proceso, lo que justifica el reenvío. En consecuencia, al observarse el vicio alegado en la resolución impugnada, por cuanto la declaración de la concubina no se encuentra contenida dentro de la prohibición constitucional de no incriminación entre familiares, procede declarar con lugar el recurso por la forma, anulando el fallo y el debate que lo sustentó y ordenando el reenvío al Tribunal de origen, para que se dicte nueva sentencia con arreglo a derecho."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 657-F de las 9,15 hrs. del 26 de noviembre.

## 22. PRESCRIPCION - Rechazo de recurso de casación con base en normas declaradas posteriormente inconstitucionales - Cómputo del plazo.

"En la presente causa, por sentencia del Juzgado Cuarto Penal de San José del diecinueve de febrero de mil

novecientos ochenta y seis, se condenó al querellado [...] a sufrir la pena de cincuenta días multa a razón de mil colones diarios, como autor responsable del delito de difamación en perjuicio de [...]. Asimismo se fijó el daño moral en la suma de un colón, las costas procesales en la suma de cuatrocientos veinte colones y las personales en la suma de ciento cinco colones con veinticinco céntimos. El once de marzo siguiente (sean catorce días hábiles después) el defensor [...] presentó recurso de casación contra aquel fallo, el cual fue denegado reiteradamente tanto por el Juzgado dicho como por esta misma Sala cuando conoció del recurso de queja, por estimarse que la redacción original del inciso 2º del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales no autorizaba al imputado ni a su defensa para recurrir en casación en esas circunstancias. Posteriormente, en la sentencia Nº 719-90 de las 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990, la Sala Constitucional anuló y tuvo por no puestas las limitaciones al derecho de recurrir en casación a favor del imputado, contra toda sentencia penal por delito. Para tales efectos estimó, entre otras cosas, que "...la norma invocada artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), es absolutamente clara e incondicionada, en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo para ante un superior...". A la vez agregó que "... concretamente, el artículo 474 incisos 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales al restringir el recurso de casación contra el fallo penal condenatorio a los casos de condena por dos o más años de prisión y otros, en juicio común, o por más de 6 meses de prisión u otros, en el de citación directa, viola la norma invocada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por lo que deben tenerse por derogadas esas restricciones, y por otorgado el recurso contra toda sentencia penal por delito sin ninguna excepción...". Pero la Sala Constitucional no se limitó a declarar la inaplicabilidad de esas normas, sino que además señaló, con evidente efecto vinculante, que esa declaratoria era retroactiva a la fecha de promulgación del Código, y para ello estableció un plazo de quince días, a partir de la publicación de la reseña de ese fallo en el diario oficial La Gaceta, para que se ejercitara el derecho de recurrir en casación, en los casos juzgados con anterioridad a esa fecha. Es evidente que esta disposición está haciendo referencia a los casos anteriores, porque en los futuros bastaba con tener por no puestas las limitaciones para recurrir, de modo que el derecho le correspondía a todo condenado por delito, dentro del plazo que establece la ley. Para los casos anteriores la Sala Constitucional dió una solución estableciendo un plazo a futuro para presentar el recurso, que contaba a partir de la publicación de la reseña en el diario oficial.

Sin embargo, si a ese momento se otorgaba un nuevo plazo para que las personas condenadas por delito -que no habían formulado recurso alguno- presentaran un recurso de casación para conocer de la sentencia condenatoria dictada tiempo atrás, incluso años (prácticamente desde que el Código Procesal fue promulgado), es obvio concluir entonces, que también debían ser admitidos los recursos presentados con anterioridad a que caducara dicho plazo, incluso desde antes que comenzara a correr y que fueron rechazados exclusivamente porque los incisos 1º y 2º del artículo 474 -declarados inconstitucionales- lo impedían. De lo contrario tendríamos que concluir que el derecho de impugnar no lo tenía aquel imputado diligente que formuló



recurso de casación dentro de los quince días siguientes al fallo, es decir en tiempo, y a quien se le rechazó el recurso porque el monto de la pena impuesta no lo autorizaba según las limitaciones vigentes en aquella fecha previstas en los incisos 1º y 2º del artículo 474 citado; pero tal derecho absurdamente sí lo tenía quien no recurrió en tiempo, pero lo venía a hacer mucho después, dentro del nuevo plazo que concedió la Sala Constitucional al pronunciarse sobre este tema. La verdad es que de acuerdo con los principios expuestos en el fallo de la Sala Constitucional, antes referido, ambos deben tener derecho al recurso, tanto aquel que había presentado su impugnación en tiempo y que le fue rechazada sólo porque el monto de la pena no lo autorizaba según aquellos incisos del 474, cuanto el que sin haber formulado recurso con anterioridad lo venía a hacer dentro del nuevo plazo de quince días que otorgó la Sala Constitucional, a partir de la publicación de la reseña de su sentencia en La Gaceta. Para tales efectos, basta que quien formuló la impugnación en tiempo, pero que le fue rechazada con base en las normas inconstitucionales, manifieste ahora su interés en que el recurso sea conocido por esta Sala y que objetivamente exista ese interés jurídico. Desde luego ello no significa que el recurso deba ser admitido y sustanciado, pues para ello debe cumplir también con todos los demás requisitos exigidos por la ley. Por todo lo anterior y por estar sustentada en normas declaradas posteriormente inconstitucionales, se anula la resolución de esta Sala Nº 335-A de las catorce horas del veinticinco de setiembre de mil novecientos ochenta y seis, que resolvió el recurso de queja [...], así como todas las demás resoluciones posteriores que de una u otra manera hayan denegado el derecho de recurrir para el imputado en este asunto, pero sólo en ese extremo. En su lugar se declara con lugar el recurso de queja, y se ordena al Juez Cuarto Penal de San José sustanciar el recurso de casación presentado. Por esa razón debe ese Tribunal dejar sin efecto todas las acciones dirigidas a ejecutar lo resuelto en el fallo. En virtud de lo expuesto corresponde examinar de oficio el problema de la prescripción de la acción penal. En tal sentido es evidente que en la presente causa el querellante no estaba obligado a instar el curso del procedimiento desde que se dictó la sentencia condenatoria del Juzgado Penal. Lo anterior porque, en primer término, la solución no le resultó adversa y en consecuencia, no estaba interesado (ni tenía legitimación) para impugnarla. Pero también porque los Tribunales que hemos intervenido en este asunto desde aquel momento y hasta ahora habíamos venido sosteniendo la tesis de que dicho fallo era irrecurrible con base en disposiciones legales que fueron luego declaradas contrarias a la Constitución, en cuyo caso se estimó que la sentencia había quedado firme, y que el deber del querellante de continuar instando el curso del procedimiento también había concluido.

En consecuencia ahora no podríamos estimar que ha corrido el plazo de prescripción a que se refiere el inciso 4º del artículo 82 del Código Penal porque el procedimiento ha estado paralizado más de un año, por dos razones jurídicas básicas. En primer término porque no le correspondía al querellante sino al querellado instar el curso del procedimiento y solicitar, como lo hace ahora la defensa, la aplicación del fallo de la Sala Constitucional que dejó sin efecto las normas que limitaban el derecho de recurrir en casación. En segundo lugar, por aplicación de un principio elemental de justicia y equidad, según el cual no puede correr la prescripción de la acción penal contra una parte

que no está en el deber de instar la continuación del curso del procedimiento. En efecto, un principio básico de derecho, que sustenta la razón de ser de la prescripción de la acción penal, nos indica que la prescripción constituye una sanción procesal contra el sujeto que debió realizar una o varias actuaciones en un determinado plazo, y que por no hacerlas el asunto no podía dejarse en suspenso en forma indefinida. Se trata de una exigencia que busca la seguridad y la certeza para que se defina una situación jurídica, y ésta no quede sin resolverse en forma prolongada. La aplicación de este principio básico de justicia se encuentra respaldada por el artículo 4º del Código Civil al disponer que "los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". Por lo anterior y tomando en consideración que la ley procesal no regula el problema relativo al curso o no de la prescripción de la acción penal en un caso tan particular como el presente, debe concluirse que ésta no corrió (y estuvo suspendida) durante el tiempo transcurrido desde que se dictó el fallo del juzgado penal hasta que quede firme esta resolución."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 177-A de las 9,30 hrs. del 7 de mayo.

### 23. PRESCRIPCIÓN - Suspensión - La interposición de acción de inconstitucionalidad es cuestión prejudicial.

"[...] en el cómputo de ese plazo [prescripción] no debe contarse el tiempo que el asunto se encuentre paralizado por la interposición de una acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 83 del Código Penal, en cuanto dispone que "...se suspenderá la prescripción en el caso de que surja en el proceso una cuestión prejudicial", como resulta ser la acción judicial dicha."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 492-F de las 11,00 hrs. del 31 de agosto.

### 24. PRINCIPIO DE DEFENSA - Inexistencia de violación por distinta calificación jurídica.

El imputado, en su escrito de folio 23, amplía los fundamentos de su recurso por violación al debido proceso u oportunidad de defensa, alegando que fue requerido e indagado por el delito de Abusos Deshonestos, pero que en la sentencia se le condenó por el delito de Corrupción Agravada. Señala el recurrente que la recalificación obedeció a que durante el debate el Psicólogo [...], además de haber ratificado las conclusiones de las pruebas realizadas a la ofendida, también aclaró "que la niña crea fantasías compensatorias de su estado emocional bastante desgraciado", lo cual fue un hecho nuevo que se suscitó en el momento del debate, sobre el cual no fue requerido ni indagado, que le fue imposible valorar, refutar o defenderse en el momento por no disponer del tiempo necesario. Debe rechazarse este motivo toda vez que, conforme al artículo 397 del Código de Procedimientos Penales "En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la del requerimiento fiscal o auto de elevación a juicio...", razón por la cual el procedimiento seguido por el *a quo* en forma al, una violación las garantías constitucionales

del imputado, ni contraviene las normas procesales cuya inobservancia se acusa en el recurso. El objeto del proceso es el **acontecimiento histórico** investigado y no la **figura jurídica** con que se le ha calificado. Esta última es siempre provisional, susceptible de ser modificada en cualquier momento, sin necesidad de realizar una nueva intimación al imputado. Apunta la doctrina que «No cabe confundir, pues, el aspecto fáctico con el jurídico-penal, es decir, la situación de hecho que el actor penal pone en tela de juicio cuando se la atribuye al acusado, incluso, en la ampliación oral, con la valoración de derecho sustantivo de esa situación. Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un *nomen iuris*, o lo que es igual, para reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal. Aunque la acusación... debe contener tanto la enunciación del hecho imputado como la pretendida calificación legal, para individualizar la imputación y facilitar la defensa (lo que no puede negarse), basta que la correlación aludida verse sobre el hecho, de modo que el Tribunal de sentencia tiene libertad para "elegir la norma" que considera aplicable al caso. Si ese Tribunal estuviera vinculado a la calificación legal que propugna el actor, si debiera limitarse a aceptar o rechazar en la sentencia la pretensión represiva tal como fue formulada por el acusador, la función jurisdiccional sufriría un menoscabo que en realidad no impone el derecho de defensa. Como bien se ha dicho, el Tribunal no juzga sobre la corrección del juicio jurídico-penal del acusador, sino sobre el hecho que él mismo atribuye al imputado» (VELEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., tomo II, la. reimpresión, 3ª. edición, 1982, pág. 236). La misma Sala Constitucional, al evacuar la consulta preceptiva sobre este recurso, indicó que "...el tribunal está facultado para variar la calificación, según lo autoriza el numeral 397 citado, pero sin alterar el cuadro fáctico intimado, circunstancia ésta que no lesiona las garantías en comentario" (Sala Constitucional, Nº 2832-93 de las 9:06 hrs. del 18 de junio de 1993, visible de folios 44 frente a 45 vuelto).

Como se dijo anteriormente, tanto el requerimiento de elevación a juicio como la relación de hechos probados de la sentencia coinciden con respecto a los elementos relevantes, necesarios y suficientes para incriminar la conducta que se está juzgando, de tal forma que las circunstancias o particularidades que rodearon el hecho acreditadas por el *a quo* no contenidas en la acusación -referentes al estado emocional de la menor-, carecen de la relevancia que pretende darles el impugnante y no afectaron en forma alguna el derecho de defensa del encartado, ya que, como se indicó, la sentencia condenatoria y la acusación son idénticos en cuanto a la determinación de los elementos de hecho necesarios para juzgar la conducta del imputado, guardando entre sí la correlación jurídica que es menester para determinar los límites de la cosa juzgada y preservar el principio constitucional de inviolabilidad de la defensa, pues no se coartó en forma alguna al imputado o su defensa la posibilidad de contradecir las circunstancias de modo, tiempo y lugar de valor penal que constituyeron el objeto del juicio (en este sentido véase DE LA RUA, Fernando: *El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía-Editor, 1968,

pág. 139, y: VELEZ MARICONDE, Alfredo: *Op. cit.*, págs. 233 a 242). Se declara sin lugar este reclamo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 574-F de las 10,00 hrs. del 22 de octubre.

## 25. QUERRELLA - Actuación de querellante que no requiere poder especial.

"El recurrente, licenciado [...], en el primer motivo del recurso por la forma denuncia la violación de los artículos 87 y 432.2 del Código de Procedimientos Penales, con relación al 41 de la Constitución Política y 146 del Código de Procedimientos Penales. En el segundo motivo del recurso de forma refiere el quebrantamiento de los artículos 67 y 87 del Código de Procedimientos Penales, con relación al artículo 41 de la Constitución Política. Deduce que en las dos oportunidades en que fueron convocados a debate el querellante se presentó con abogado, pero éste no tenía poder especial, razón por la cual solicitaron se declarara desistida la acción, solicitud que les fue rechazada por el Juzgado Penal. Estima la defensa que el artículo 87 citado exige que el querellante puede actuar en el proceso sólo por medio de mandatario especial. Los reclamos no son atendibles. El artículo 87 *ibidem* dispone que "El querellante y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por un abogado; el primero, con mandato especial". Esa norma no puede ser interpretada en los términos en que lo refiere el recurrente porque constituiría una clara y evidente disminución de los derechos constitucionales del querellante. En efecto, si admitimos que el querellante no puede actuar personalmente en el proceso aunque se haga acompañar de un abogado, salvo que lo haga por intermedio de un mandatario con poder especial, ello le cercenaría derechos fundamentales consagrados en la Constitución, tales como el acceso a la justicia y su derecho a recurrir en forma directa a los Tribunales, en una materia en que ningún órgano público lo sustituye, es decir en delitos perseguibles sólo con querrela del propio ofendido, donde la acción no es pública ni se inicia de oficio por iniciativa del Ministerio Público ( Artículos 27 y 41 de la Constitución Política; 3, 428, 431 del Código de Procedimientos Penales). Además, exigir en todos los supuestos el mandato especial y negarle al querellante la posibilidad de actuar personalmente, aunque se haga acompañar de abogado, equivaldría también a violar la esencia misma del mandato, que regula el Derecho Civil, pues esa figura jurídica descansa, entre otros supuestos, sobre la base de que el mandante siempre puede asumir en forma directa su propia representación, o bien puede revocar o sustituir el mandato ( artículos 1251 y ss. del Código Civil). En realidad y conforme ya lo ha interpretado esta Sala (véase sentencia Nº 605-F de 9:05 hrs. del 18 de diciembre de 1992), debe entenderse que el artículo 87 del Código de Procedimientos Penales exige mandato especial cuando el querellante quiere hacerse representar durante el trámite de la querrela para alguna actuación, pero ese mandato no es necesario cuando el propio querellante asume su propia representación, caso en el cual basta que se haga acompañar de abogado que lo patrocine, conforme esa misma disposición legal exige. Por lo expuesto debe declararse sin lugar el reclamo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 460-F de las 14,30 hrs. del 20 de agosto.

**26. QUERRELLA - La falta de precisión del monto de la pena solicitada no está sancionada con nulidad.**

"En el cuarto motivo del recurso se acusa la violación de los artículos 144, 389 inciso 6) (sic) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales, porque el letrado que patrocinó a la querellante no indicó en el momento de emitir sus conclusiones la pena que se debía imponer a los imputados. No lleva razón el recurrente, pues si bien el acusador privado tiene el deber de solicitar la condenatoria señalando la pena que debe imponerse al querrellado, lo cierto es que la falta de tal precisión respecto al monto no está sancionada procesalmente con nulidad, razón por la cual en este caso resulta suficiente con su solicitud de que "...se les imponga la pena pertinente" (cfr. acta de debate a folio 32, líneas 7 y 8). La omisión de esa especificación, en principio, tan solo afectaría al propio querellante, en el caso eventual de que intente impugnar la sentencia absolutoria (véase el artículo 473 inciso 2° del Código de Procedimientos Penales), razón por la cual debe rechazarse este reclamo por falta de interés del recurrente."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 493-F de las 14,10 hrs. del 31 de agosto.

**27. RECURSO DE CASACION - Remisión del proceso a Alcaldía de Faltas y Contravenciones no le pone fin a la acción**

"Por resoluciones dictadas en el Juzgado Primero de Instrucción de Alajuela, a las 11:00 hrs. del 19 de abril de 1993 [...], y en el Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sección Tercera, a las 13:00 hrs. del 16 de junio de 1993 [...], se acogió una excepción de incompetencia material, en virtud de la cual se recalifican los hechos bajo conocimiento judicial a la contravención de desobediencia a la autoridad, establecida por el artículo 392.3 del Código Penal. Contra el último de dichos autos, que confirmó el primero al resolver en apelación, formula recurso de casación la representante del Ministerio Público [...]. El criterio de esta Sala, es que el auto impugnado tiene como consecuencia la remisión del proceso a conocimiento del Alcalde de Faltas y Contravenciones, de manera que no pone fin a la acción, dado que la misma seguirá tramitándose en la Alcaldía. De acuerdo a esto, no tiene recurso de casación al no tratarse de un auto que ponga fin al proceso en los términos del artículo 472 del Código de Procedimientos Penales. En razón de lo anterior lo procedente es declarar erróneamente concedido el recurso. Se reitera de esta forma el criterio emitido por esta Sala en auto N° 613-A, a las 11:10 hrs. del 4 de diciembre de 1992. Lo anterior se resuelve así sin perjuicio de lo que pueda disponerse ante un eventual incidente o conflicto sobre la competencia para conocer de este asunto."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 409-A de las 11,05 hrs. del 17 de setiembre.

**28. SENTENCIA - Criterios sobre la redacción y lectura.**

"En el segundo motivo del recurso acusa la violación a los artículos 396 y 421 del Código de Procedimientos Penales. Expone el impugnante que una vez cerrado el debate fue leída la parte dispositiva del fallo, y al siguiente día todavía no existía «la sentencia documento» en limpio y firmada. Solicita en consecuencia modificar el criterio de esta Sala de Casación, que otorga valor a la sentencia leída en borrador, y se declare la nulidad de la resolución impugnada. Debe rechazarse el motivo. Consta en el acta de debate [...] que la sentencia de instancia fue dictada por el Juez Penal, verbalmente al término de la audiencia; y según los informes de la Secretaria y Prosecretaria del Juzgado Penal de Limón [...], el fallo debidamente documentado estuvo a disposición de las partes un día después del debate. Es criterio de la mayoría de esta Sala que no se lesionaron los derechos de defensa, porque los motivos del juzgador fueron conocidos oralmente apenas se cerró el juicio, de tal modo que se mantuvo la inmediación; y, por otra parte, para la documentación del fallo no transcurrió un tiempo excesivo que evidencie un perjuicio a las partes. Acerca del tiempo para la redacción y lectura de la sentencia, se han venido estableciendo una serie de criterios que es menester citar: Se ha considerado que lo óptimo y apegado a derecho es la redacción y firma del fallo inmediatamente concluido el debate. Empero la violación de esta regla solo causa nulidad cuando existe interés, cual sería el caso de duda sobre la identidad del Juez o tribunal, por ejemplo cuando no asiste a la lectura; en sentido contrario si está presente cuando notifica públicamente el veredicto, es aceptable la lectura de un borrador y la suscripción tardía. Lo importante es que la irregularidad no impida a los interesados conocer los motivos del tribunal y la oportunidad de impugnarlos. El retardo es inadmisibles cuando supera los límites de lo razonable, pero está plenamente justificado cuando lo complejo del asunto o una extensa y necesaria redacción así lo imponen. «En estos casos la falta de firma, con el Juez presente, no lesiona derechos fundamentales de las partes, razón por la cual apreciamos esa nulidad como excesiva y legalista. En el presente caso, al llegar el expediente a la Sala de Casación, verificamos que la sentencia si se encuentra firmada por todos los jueces que intervinieron en el debate. Entonces, el vicio no consiste en ausencia de firma, porque a este momento la sentencia se encuentra suscrita por todos los jueces.

Se trata de un problema que debe calificarse exclusivamente como de firma tardía... Distinta pudo haber sido la solución si existiere alguna duda sobre la identidad de los jueces que concurren a dictar sentencia, lo que no ocurre en el caso de autos. En este sentido es conveniente agregar que no hay ninguna duda sobre quienes fueron los jueces que estuvieron en el debate, pues se trata de los mismos que estuvieron también en la deliberación, tomaron las decisiones plasmadas en la sentencia, la redactaron y firmaron, por lo que tampoco podría estimarse afectado el principio sobre la identidad física del juzgador.» (N° 449-F, de las 8:15 hrs. del 2 de octubre de 1992. Ver también N° 205-F, 9:40 hrs. del 10 de mayo de 1991) Y en cuanto la lectura en borrador, como consecuencia necesaria de un caso complejo o de una extensa redacción, se ha dicho: «En efecto, se aprecia de la constancia del Secretario del Juzgado Penal de la ciudad de Grecia 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"... 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... 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.» (Nº 496-F, 11:30 hrs. del 23 de octubre de 1992.) Como ya se dijo, en este caso no existe violación de los derechos de defensa, toda vez que la motivación fue comunicada oralmente al finalizar el debate, y para el conocimiento documental del fallo únicamente transcurrió un día, que es razonable si se ve la redacción. Se entiende que el plazo para recurrir en casación fue prorrogado por un día, y no fue afectado el derecho de defensa, dada la existencia de este recurso. Estamos ante uno de los casos de excepción, subsanado por no haberse causado indefensión alguna; apreciación que se hace de acuerdo al criterio de la Sala Constitucional, expuesto en voto Nº 1502-92, de las 14:00 hrs. del 10 de junio de 1992. Debe agregarse que esta Sala no comparte el criterio del recurrente, en cuanto a la interpretación que hace la citada resolución de la Sala Constitucional, pues esta dice claramente -con carácter *erga omnes* y fuerza vinculante- que el tribunal de casación en ejercicio de las potestades de ley, puede apreciar los casos en que se justifica una situación como la que ahora se resuelve. Por lo anterior se rechaza el reproche."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 469-F de las 15,15 hrs. del 20 de agosto.

## 29. SENTENCIA - Posibilidad de aplicarse una sola de las calificaciones dadas por el querellante.

"Como tercer reclamo del recurso por la forma, el licenciado [...] acusa el vicio de falta de fundamentación del fallo de mérito, para lo cual cita los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 106, 395.2, 400.4 y 400.5 del Código de Procedimientos Penales. Al deducir el motivo advierte que la acción penal se formuló por los delitos de «injurias, calumnias y difamación», pero no se pronuncia sobre los dos últimos violando con ello el principio de defensa en juicio y el debido proceso. El reproche debe rechazarse. El objeto sustancial del proceso es un hecho, que a través de la prueba puede acreditarse o desvirtuarse; no se juzgan calificaciones jurídicas. Por esa razón el tribunal de instancia -en tanto no modifique la especie fáctica investigada- tiene la facultad de calificarla de acuerdo al tipo penal correspondiente. Solamente si es modificado en sentencia el hecho de la imputación, se estaría violando el derecho de defensa y el debido proceso; pero no se dan tales violaciones cuando se califican los hechos probados, porque en todo momento el encartado ha sabido de qué se le acusa y cuáles pruebas sirven a dicha imputación. En el presente caso, el Juez Primero Penal de San José tuvo por acreditado el núcleo de los hechos atribuidos por el querellante al querellado, y dio la calificación legal. No dejó de resolver hechos por lo que no se ha violentado en ninguna forma el debido proceso. Si de las tres calificaciones dadas por el querellante, solo se aplicó una en el fallo, es claro que el *a quo* estima que únicamente ésta es aplicable a los hechos. Para una fundamentación más completa, lo recomendable es indicar por qué no tienen incidencia en el proceso los otros tipos penales, pero el no referirlos no es causal de nulidad. Además, no existe interés procesal en la sanción solicitada, porque de haberse condenado por los otros delitos en concurso solo vendría a perjudicar a los imputados. Por lo expuesto, se rechaza el motivo."

1993. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 460-F de las 14,30 hrs. del 20 de agosto.

### **JUNTA DIRECTIVA**

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

**Precio ¢600.00**



**Esta Revista se edita con la colaboración del Colegio de Abogados de Costa Rica.**